



Lutter contre le terrorisme aujourd'hui

Riséo 2015-2

Comité scientifique

Thierry Cahn

Avocat, ancien Bâtonnier du Barreau de Colmar

Stéphane Caporal

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de Saint-Etienne,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Saint-Etienne

Liliane Daligand

Professeur de Médecine légale, Psychiatre des Hôpitaux, CHU de Lyon

Patrice Jourdain

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Renée Koering-Joulin

Conseiller à la Cour de cassation

Claude Lienhard

Professeur de Droit à l'Université de Haute-Alsace, fondateur du CERDACC,
Fondateur de l'Institut National d'Aide aux Victimes et Médiation (INAVEM), Avocat

Bertrand Ludes

Professeur de Médecine légale à l'Université Paris-Descartes,
Directeur de l'Institut de médecine Légale de Paris,
Ancien Doyen de la Faculté de Médecine de Strasbourg

Raphaël Romi

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de Nantes,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Nantes, Avocat

Marie-France Steinlé-Feuerbach

Professeur émérite de Droit à l'Université de Haute-Alsace

Georges Wiederkher

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur émérite de l'Université de Strasbourg,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Strasbourg

SOMMAIRE

Lutter contre le terrorisme aujourd'hui, p. 5

Bertrand PAUVERT, Maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC

Les enjeux

L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme, p. 9

Bertrand PAUVERT, Maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC

Le terroriste est-il une personne ?, p. 27

Laurent REVERSO, Professeur d'histoire du droit à l'Université de Toulon

L'état de droit à l'épreuve de la lutte anti-terroriste, p. 47

Marie-Béatrice LAHORGUE, Maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC

Droit international et terrorisme, p. 93

Pascale MARTIN-BIDOU, Maître de conférences à l'Université Paris II

Le nucléaire et le terrorisme, p. 107

Muriel RAMBOUR, Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC

Les moyens

Les doctrines américaines de la lutte contre le terrorisme, p. 143

Ghislain BENHESSA, Docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université de Strasbourg

Lutte contre le terrorisme et protection des données, p. 161

Vincent BOUHIER, Maître de conférences à l'Université d'Evry

Contre le terrorisme par le contrôle des flux financiers, p. 177

Alev COMERT, Docteur en droit, Université de Lorraine à Nancy

Les forces armées françaises et le terrorisme en 2015, p. 189

Chef de bataillon Cyril BEDEZ, Etat-Major du Corps européen

Les politiques européennes de lutte contre le terrorisme, p. 201

Anne-Sophie TRAVERSAC, Maître de conférences à l'Université Paris II

La lutte contre le terrorisme aux pays du printemps arabe, p. 219

Wafa TAMZINI, Maître de conférences à l'Université Paris XIII

Les contrôles

Le terrorisme devant la justice constitutionnelle, p. 231

Sonia BEN YOUNES, ATER à l'Université de Lyon II

Le terrorisme au filtre de la jurisprudence administrative, p. 261

Florence NICOUD, Maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC

Le terrorisme dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, p. 291

Madeleine LOBE-LOBAS, Maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC

Lutter contre le terrorisme aujourd'hui

Bertrand PAUVERT

Maître de conférences HDR en droit public
Directeur du CERDACC (EA 3992), Université de Haute-Alsace

1. Le thème de ce numéro spécial de *RiSEO*, décidé au lendemain des sanglants événements de janvier 2015, résonne d'une douloureuse actualité, quelques jours après les tueries perpétrées dans les rues de Paris, par les tenants de l'islamisme le plus radical qui soit. La condamnation unanime des auteurs, des actes et de leurs motivations n'empêche pas l'interrogation fondamentale que suscitent ces événements : que faire ? Au-delà de l'unité nationale provoquée par ces actions criminelles, chacun ressent d'ailleurs intuitivement que marches blanches et minutes de silence ne suffiront pas à répondre aux tueurs qui se sont désormais glissés au sein même de nos pays ; dès lors, comme l'a dit le Président de la République devant le Parlement réuni en Congrès à Versailles, le 16 novembre 2015, « *nous devons être impitoyables* ».

2. Si les récents événements n'ont de nouveau qu'un *modus operandi* jusqu'alors inconnu du vieux continent, ils n'en rappellent pas moins l'ardente nécessité de répondre aux agressions répétées dont nous faisons *crescendo* l'objet. Chacun en conviendra, la lutte contre le terrorisme n'est certes pas d'abord le fait des juristes ; pour autant cette lutte ne saurait laisser ceux-ci indifférents. La question de la lutte contre le terrorisme interpelle bien évidemment le juriste de la même manière qu'elle questionne chaque citoyen et au-delà, chaque homme ; toutefois, elle intéresse spécifiquement les juristes pour plusieurs raisons. D'abord, parce que la lutte contre le terrorisme intervient nécessairement dans un cadre juridique qui mérite d'être envisagé et discuté. Plus largement, ce sont les moyens utilisés dans cette lutte contre le terrorisme qui apparaissent susceptibles d'intéresser le juriste, car si le droit résulte fréquemment de la conciliation entre différents intérêts, la lutte contre le terrorisme interroge l'équilibre fragile entre le droit à la sécurité¹ et la liberté individuelle. Enfin, le droit et la juridicité se caractérisant, comme

¹ Consacré comme un droit fondamental par l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure, la sécurité figure bel et bien au fondement même du pacte social, comme le rappellent Hobbes ou Rousseau. Pour Hobbes, en effet : « *La cause finale, la fin, ou l'intention des hommes (qui aiment naturellement la liberté et la domination [exercée] sur les autres), quand ils établissent pour eux-mêmes cette restriction dans laquelle nous les voyons vivre dans les Républiques, est la prévision de leur propre préservation, et, par-là, d'une vie plus satisfaisante; c'est-à-dire [qu'ils prévoient] de s'arracher*

le relevait Carbonnier, par l'éventualité du recours au juge², c'est l'encadrement juridictionnel de la lutte contre le terrorisme qu'il convient d'aborder.

3. Sans prétendre à l'exhaustivité, les quatorze contributions rassemblées dans ce numéro de *RISÉO* visent à présenter différentes facettes susceptibles d'éclairer de manière large les modalités de la lutte actuelle contre le terrorisme. Si ces contributions ne sont nécessairement pas à jour des dernières mesures faisant suite aux attentats du 13 novembre 2015 (recours à l'état d'urgence, mesures annoncées par le président lors de son message devant le Congrès du Parlement, vote de la loi prorogeant celui-ci³...), il ne nous a pas paru pertinent de décaler la publication de ce numéro. D'abord parce que ces mesures s'inscrivent dans le fil de celles déjà intervenues, ensuite car ces derniers événements ne renouvellent pas la définition des enjeux soulevés par la question de la lutte contre le terrorisme. Les contributions présentées viendront donc naturellement s'articuler autour de ces trois axes que sont les enjeux de la lutte contre le terrorisme, les moyens affectés à cette lutte et enfin, les contrôles de cette lutte contre le terrorisme.

4. Sous l'angle des enjeux, ce sont d'abord les modalités de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme qui seront présentées, tant il est vrai que les démocraties occidentales ont pu aller jusqu'à reconnaître la légitimité du recours à la torture dans la lutte contre le terrorisme. Cette question justifie d'ailleurs l'interrogation posée par le professeur Reverso quant au caractère humain du terroriste. Les exceptions aux règles générales et ordinaires du droit faites au nom de la lutte contre le terrorisme semblent en effet pouvoir justifier que soit posée la question de l'appartenance du terroriste à l'humanité. L'exigence de la lutte contre la violence terroriste affecte également l'état de droit, qui ne sort pas toujours indemne de cette lutte comme en témoignera l'article de Marie-Béatrice Lahorgue. Le terrorisme fait l'objet d'une réprobation unanime sur la scène internationale et Pascale Martin-Bidou, montrera que si le droit international ne donne pas de définition du terrorisme, il a néanmoins élaboré plusieurs conventions visant à faciliter la lutte des Etats contre les actes terroristes. Enfin, la menace spécifique que fait peser le terrorisme dans sa déclinaison nucléaire est désormais une réalité

de ce misérable état de guerre qui est la conséquence nécessaire, comme il a été montré, des passions naturelles des hommes quand n'existe aucun pouvoir visible pour les maintenir dans la peur, et les lier, par crainte de la punition, à l'exécution des conventions qu'ils ont faites », in Leviathan, 1651, 2^e partie, ch. XVII. De manière semblable, Rousseau rappelle que le pacte social est « une forme d'association qui défend[e] et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé », in Du contrat social, 1762, Livre I, ch. 6.

² Carbonnier, *Sociologie juridique*, 2^e éd. PUF, Quadrige, 2004.

³ Loi n° 2015-1501 du 20 nov. 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avr. 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, JO du 21, p. 21665.

qu'envisagera Muriel Rambour, le nucléaire se révélant aussi bien une arme qu'une cible pour ceux dont les objectifs sont de semer la terreur dans nos Cités et perturber de manière durable l'existence des populations civiles.

5. Les moyens utilisés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme doivent encore se voir envisagés. Ces moyens sont d'abord réfléchis et justifiés d'un point de vue théorique et Ghislain Benhessa présente la manière dont est intervenue la rénovation des doctrines américaines de la lutte contre le terrorisme. Cette lutte suppose notamment d'accéder aux données de communication des personnes afin de chercher à contrôler celles soupçonnées de terrorisme, cela, alors même que la protection des données à caractère personnel possède une dimension fondamentale, connexe à la vie privée des individus. Vincent Bouhier met en perspective les tensions affectant les instances de l'Union en la matière, la Commission et le Conseil privilégiant les impératifs de sécurité, tandis que le Parlement européen paraît se soucier plus concrètement de la protection des droits des personnes ; seul le contrôle des actes de portée générale par la Cour de justice de l'Union européenne apparaissant aujourd'hui effectif. Lutter contre le terrorisme suppose encore le contrôle des flux financiers l'alimentant et Alev Comert, reviendra sur la manière dont on cherche à réaliser celui-ci. Au-delà de sa dimension financière, la lutte contre le terrorisme est également une guerre et appelle à ce titre l'intervention des forces armées. Or, comme le montre le chef de bataillon Bedez, si les forces armées françaises parviennent efficacement à lutter contre le terrorisme lorsque l'ennemi et les cibles sont clairement définies (comme cela est le cas pour les opérations extérieures de la France : Mali, Syrie...), elles parviennent plus difficilement à remplir cet objectif lorsque l'on envisage de les utiliser sur le territoire national dans des missions dont les contours apparaissent plus nébuleux. Enfin, la lutte contre le terrorisme possède encore une dimension collective qu'éclaireront deux contributions complémentaires. Il s'agira de voir, avec Anne-Sophie Traversac, comment se manifeste la volonté de l'Union de lutter contre le terrorisme, aux côtés des Etats membres ; l'Union ayant progressivement élaboré un corps de règles communes depuis les années 1970. Au-delà des terres européennes, la lutte contre le terrorisme se manifeste avec une acuité toute particulière dans les pays du printemps arabe et Wafa Tamzini présentera comment cette lutte s'y développe.

6. C'est enfin la question de la prise en compte juridictionnelle de la lutte contre le terrorisme qu'aborderont les dernières contributions. Les contrôles opérés le sont d'abord et avant tout sur

la loi, « *expression de la volonté générale* »⁴ et Sonia Ben Younès montre comment les juridictions constitutionnelles cherchent à encadrer cette lutte contre le terrorisme qui conduit fréquemment les gouvernants à adopter des lois exceptionnelles quand ce ne sont pas des lois d'exception. Au-delà de l'intervention législative, la lutte contre le terrorisme est également le fait des diverses autorités publiques et il est nécessaire d'envisager, avec Florence Nicoud, les contours du terrorisme, tels que ceux-ci ressortent du filtre de la jurisprudence administrative. Enfin, les terroristes devront à un moment répondre de leurs agissements devant la justice. Cependant tous les moyens ne sont pas autorisés dans cette lutte car « *c'est le destin d'une démocratie de ne pas considérer tous les moyens comme acceptables et les moyens de ses ennemis ne lui sont pas toujours ouverts Une démocratie doit parfois se battre avec une main attachée derrière le dos* »⁵, dès lors, si l'impératif de la lutte contre le terrorisme peut conduire à assouplir certaines règles procédurales, le juge pénal veille à garantir certains standards procéduraux dans le fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, comme le rappellera Madeleine Lobe-Lobas.

7. Chacun le pressent, la lutte contre le terrorisme, aujourd'hui comme hier, ne relève pas essentiellement de l'art juridique et la situation en la matière, plus que dans beaucoup d'autres, rappelle que « *la science juridique arrive forcément toujours après les transformations du droit qu'elle entend décrire, appliquer, expliquer et interpréter* », étant toutefois ensuite immédiatement précisé « *ce qui ne veut pas dire (...) qu'elle arrive toujours trop tard* »⁶. L'enjeu de la lutte contre le terrorisme paraît assez clair, il réside dans la préservation de notre identité et de nos valeurs, à l'encontre de criminels prêts à tout pour les détruire ; pour autant, tous les moyens sont-ils mobilisables dans cette lutte ? Dans le délicat équilibre entre la sécurité et la liberté, l'essor du terrorisme conduit à rehausser l'exigence de sécurité et c'est bien ce phénomène qui se dessine dans l'ensemble des pays visés par les attentats. Le juge aura alors à cœur de faciliter la lutte contre ces criminels nouveaux, tout en garantissant les principes éthiques fondamentaux sans lesquels nous serions condamnés à n'être que des Tartuffe.

⁴ Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

⁵ Cour suprême d'Israël, 15 juil. 1999, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCI 5100/94, § 39 ; traduction par nos soins.

⁶ Jean-Michel Lemoyne de Forges, « Le juriste arrive toujours plus tard », *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p. 481.

L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme

Bertrand PAUVERT

Maître de conférences HDR en droit public

Directeur du CERDACC (EA 3992), Université de Haute-Alsace

Résumé : *L'essor du terrorisme a conduit à la création d'un dispositif législatif en constante croissance visant à s'en préserver et justifiant fréquemment la mise à l'écart de nombres de règles procédurales ou éthiques couramment considérées comme inhérentes à l'état de droit. Le terrorisme apparaît alors tout à la fois comme la cause de lois d'exception et leur sésame. Pour autant l'arsenal législatif institué ne va pas sans soulever d'interrogation tant il semble accréditer que la fin puisse justifier les moyens ; or il sera vérifié que tel n'est pas le cas.*

1. L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme est en pleine expansion et ne semble devoir connaître aucune faille ; un rapide examen des textes applicables suffit à en convaincre. Cet examen révèle immédiatement la multitude de textes ayant le terrorisme pour objet. En France, si la première utilisation législative du terme terrorisme remonte à la deuxième guerre mondiale¹, c'est au cours des trente dernières années qu'il a vu croître de façon exponentielle son inscription dans les lois. On compte en effet en France pas moins de seize lois qui, depuis 1986, possèdent le terrorisme en objet², quand ce sont deux cents articles de nos textes codifiés qui reprennent ce terme³. Cette prolifération hexagonale n'a d'ailleurs d'égale que

¹ Loi du 24 déc. 1943, assurance des sinistres résultant d'actes de sabotage ou de terrorisme (JO du 12 mars 1944, p. 753). L'essor des actes de sabotage et de destruction commis par la résistance en France conduisit alors le Gouvernement à adopter une loi obligeant les sociétés d'assurance à rembourser les dommages résultant d'actes de terrorisme (elles en obtenaient ensuite le remboursement, d'un fonds « attentats » alimenté par une contribution assise sur tous les contrats). V. not. *Livre Blanc Réassurance du Terrorisme en France*, Apref, Paris, déc. 2012, p. 31.

² Au 20 juil. 2014. La première, fut la loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat (JO du 10, p. 10956) ; on peut encore relever que depuis cette même date ce sont pas moins de soixante-deux lois qui comportèrent des articles relatifs au terrorisme (sans compter les textes visant à la ratification de conventions internationales ou d'accords de coopération entre Etats).

³ A la même date du 20 juil. 2015 ; cela sans tenir compte des occurrences susceptibles d'apparaître dans des textes non codifiés.

celle des dispositions internationales puisque l'on compte autant de conventions, qu'elles soient universelles⁴ ou locales⁵ sur le sujet.

2. Le pullulement des textes va de pair avec l'imprécision de la notion, tant il est vrai que l'on n'est jamais parvenu à aucune unanimité quant à la définition du terrorisme. Il semble qu'à la question « qu'est-ce que le terrorisme ? » existe autant de réponses que de spécialistes ; il n'existe pas de définition reconnue du terrorisme qui fasse l'unanimité, mais que l'on puisse assez facilement en dresser une typologie. La classification qui fait sans doute le plus sens conduit alors à distinguer le terrorisme idéologique⁶, de libération nationale⁷ ou d'Etat⁸. Par ailleurs, la définition la plus acceptée est sans doute celle des professeurs Schmid et Jongman, pour lesquels : *« le terrorisme est une méthode d'action violente répétée inspirant l'anxiété, employée par des acteurs (semi-) clandestins individuels, en groupes ou étatiques, pour des raisons idiosyncratiques, criminelles ou politiques, selon laquelle -par opposition à l'assassinat- les cibles directes de la violence ne sont pas les cibles principales. Les victimes humaines immédiates de la violence sont généralement choisies au hasard (cibles d'occasion) ou sélectivement (cibles représentatives ou symboliques) dans une population cible, et servent de générateurs de message. Les processus de communication basés sur la violence ou la menace entre les (organisations) terroristes, les victimes (potentielles), et les cibles principales sont utilisés pour manipuler la (le public) cible principale, en*

⁴ Quatorze conventions de l'ONU (sans compter les protocoles additionnels ou modificatifs) s'appliquent en matière de terrorisme et un Comité contre le terrorisme y a été créé en 2001 par la résolution AG n° 1373 (2001) du 28 sept. 2001 afin de renforcer l'aptitude des États à empêcher les actes de terrorisme à l'intérieur de leurs frontières et dans l'ensemble des régions. V. not. « Instruments juridiques internationaux pour combattre le terrorisme », www.un.org/fr/terrorism/instruments.shtml ; v. aussi Pascale Martin-Bidou, « Droit international et terrorisme », cette revue, spéc. n° 28 à 40.

⁵ Neuf conventions du Conseil de l'Europe visent à la lutte contre le terrorisme ; elles sont le reflet de l'importance de la lutte contre ces actions pour les sociétés démocratiques comme le notait le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa déclaration sur le terrorisme, le 23 nov. 1978 : « *la prévention et la répression des actes de terrorisme sont indispensables pour assurer le maintien de la structure démocratique des États membres* ». V. l'état des conventions : www.coe.int/t/dlapil/codexter/conventions_fr.asp.

⁶ On y retrouve le terrorisme anarchiste du 19e siècle, celui des Brigades rouges italiennes ou de la *Rote Armee Fraktion*, mais également le terrorisme néofasciste ou le terrorisme d'inspiration religieuse lié à l'islam.

⁷ Entrent dans cette catégorie, tous les terrorismes liés aux différents combats pour la décolonisation (Viêt-Nam, Algérie...) ou pour la reconnaissance d'un Etat (Irlande, Israël, Palestine...).

⁸ Peuvent entre autres être évoqués ici les menées de la Lybie du colonel Kadhafi, la Syrie de Hafez el-Assad, les combats d'Israël, voire certaines opérations de la France ; sur ces dernières voir not. Vincent Nouzille, *Les tueurs de la République*, Fayard, 2015.

faisant une cible de la terreur, une cible d'exigences, ou une cible d'attention, selon que l'intimidation, la coercition ou la propagande est le but premier »⁹.

3. Si la définition du terrorisme est ardue, il semble plus facile de dater son apparition dans l'histoire humaine. Si la violence politique a de tout temps émaillé l'histoire des hommes, le terrorisme -tel que nous le connaissons- est incontestablement né avec la modernité. Le mot, sans viser désormais un mode opératoire spécifique désigne aujourd'hui toute action violente destinée à répandre la terreur : attentat, détournement aérien, meurtre... Il s'agit, par ces actes meurtriers et médiatisés, de marquer l'opinion pour parvenir à un résultat de nature politique : faire pression sur une population civile pour obtenir la soumission d'un Etat aux objectifs de l'auteur ou de l'instigateur de l'acte terroriste¹⁰.

4. Confrontés aux actions terroristes, les gouvernants cherchent à développer une réponse toujours plus efficace s'efforçant de connaître leurs ennemis et de prévoir leurs mouvements. Dans cette lutte, les mouvements terroristes constituent une sorte d'empire invisible et disposent toujours d'un temps d'avance, sachant où et comment ils défieront leurs ennemis. C'est cette réalité qui nous a été cruellement rappelée au début de l'année 2015.

5. Eprises de libertés, nos sociétés voient dans celles-ci le fondement du pacte social et s'efforcent de lutter contre ceux qui par la terreur viennent nier leur raison d'être. La lutte contre le terrorisme mobilise les pouvoirs publics qui s'efforcent de doter les services de police ainsi que la justice des moyens appropriés de contrecarrer les méfaits de ces criminels modernes. Pour

⁹ Alex P. Schmid et Albert J. Jongman, *Political Terrorism : A New Guide To Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, And Literature*, Transaction Publishers, Piscataway, 1988, pp. 1-2. Sur la définition du terrorisme, on se reportera notamment, parmi une littérature abondante, à David Cumin, « Tentative de définition du terrorisme à partir du jus *in bello* », *RSC*, 2004, pp. 11-30 ; Hélène Tigroudja, « Quel (s) droit (s) applicable (s) à la "guerre au terrorisme" ? », *Annuaire français de droit international*, 2002, n° 48, pp. 81-102 ; Eric Hugues, « La notion de terrorisme en droit international: en quête d'une définition juridique », *Journal du droit international*, 2002, pp. 753-771...

¹⁰ Sous cet angle, le terme « terrorisme » a fait l'objet d'une évolution conceptuelle et sémantique intéressante. Il apparaît en effet au cours de la Révolution française et désigne alors pour ses zéloteurs la terreur exercée par l'Etat contre les ennemis de la Révolution (et c'est d'ailleurs encore en ce sens que le désigne le *Dictionnaire de l'Académie française*, dans sa 8^e éd. : « Régime de terreur politique »). Le mot va ensuite évoluer pour d'abord désigner ceux qui utilisent des moyens violents contre l'Etat, cherchant à instiller la terreur (anarchistes au XIX^e siècle), puis d'autres utilisant les mêmes moyens dans le cadre des luttes d'indépendance nationale. Aujourd'hui, cette dimension idéologique, amplifiée par la revendication religieuse (spécialement liée à l'Islam) constitue la forme de terrorisme la plus fréquente...

autant les moyens de lutter contre le terrorisme ne vont pas sans soulever d'interrogations, tant ils tendent à remettre peu ou prou en cause les libertés individuelles au nom de la sécurité (surveillance des populations et contrôle des médias, fichage, réduction des garanties procédurales offertes, alourdissement des sanctions pénales...)¹¹. De telles évolutions sont discernables dans l'ensemble des démocraties occidentales et méritent d'être discutées ; d'autant qu'elles ne permettent pas de réduire à néant la menace terroriste. Cette insuffisance conduit à ce que d'autres méthodes, encore plus radicales, soient envisagées.

6. De la validation par la Cour suprême d'Israël de la réalisation de « *pressions physiques modérées* », à la mise en œuvre des assassinats ciblés par les Etats-Unis, en passant par l'internement sans jugement de centaines de personnes présumées terroristes (Guantanamo), les méthodes utilisées tendent à s'éloigner chaque jour un peu plus des standards procéduraux des démocraties pluralistes. Alors que le terroriste mène une guerre révolutionnaire et se veut, à l'instar de la recommandation de Mao Tsé-toung, « *dans le peuple comme un poisson dans l'eau* », comment répondre aux défis qu'il pose à nos sociétés sans que celles-ci ne se renient ? Nos sociétés se trouvent soumises à la tentation de mener une guerre totale contre un ennemi considéré comme absolu ; elles répondent par un essor des normes applicables à la lutte contre le terrorisme (I). Cet essor de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme n'est pas sans connaître d'importantes limites (II).

I. L'essor de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme

7. Au développement du terrorisme a répondu une mobilisation toujours croissante de la législation. S'il est attesté de longue date que les circonstances exceptionnelles appellent des

¹¹ Sur ces éléments, v. not. Alain Vandervorst, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme », *RRJ*, 1998-3, pp. 1009-1019 ; Eve Boccara, « La lutte contre le terrorisme est-elle compatible avec le respect des droits de l'homme ? », *Lexbase Hebdo*, 2002, n° 50 ; Roland Drago, « L'État face au terrorisme : introduction », *Rev. Adm.*, 2004, n° 340, pp. 342-344 ; Claude Journès, « Les dispositifs français de lutte contre le terrorisme », *RSC*, 2010, pp. 743-749 ; Carolina Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger : vers un nouvel équilibre entre sécurité et libertés ? », *RDLF*, 2015, chron. n° 14, www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/la-lutte-contre-le-terrorisme-en-droit-constitutionnel-etranger-vers-un-nouvel-equilibre-entre-securite-et-libertes/.

mesures exceptionnelles¹² ; de telles mesures se doivent de rester réellement exceptionnelles au risque de conduire vers le despotisme¹³. Or, sous cet angle et pour ne s'en tenir qu'à la situation de la France, se dresse le constat d'une réponse législative systématique à toute nouvelle situation dite « terroriste » et omniprésent, le terrorisme apparaît comme la cause des lois d'exception. L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme ne s'arrête toutefois pas à ce constat ; en effet l'examen du contenu de ces législations anti-terroristes atteste que la justification terroriste apparaisse comme le moyen de justifier des mesures ordinairement refusées. Dès lors, si le terrorisme semble bel et bien la cause des lois d'exception¹⁴ (A), il paraît surtout en être le sésame (B).

A) Le terrorisme, cause des lois d'exception

8. Toute attaque terroriste tend à justifier l'adoption de dispositions *ad hoc* spécialement destinées à contrer la menace venant de se réaliser. Les différents régimes confrontés au terrorisme cherchent à éviter le renouvellement de tels événements en donnant des moyens supplémentaires aux services de sécurité. Loin de n'être limité qu'à la France, ce constat se vérifie sur l'ensemble de la planète. Cette concomitance vérifiée des événements va le plus souvent de pair avec l'accélération des procédures permettant l'adoption de ces dispositions, tout cela au nom du « droit à la sécurité » dont disposerait le citoyen.

¹² On se souviendra d'ailleurs que la première référence à une situation de « terrorisme » et à des lois justifiées par la terreur se retrouve sous la République romaine, puisque la panique et le danger soulevés par la proximité de l'invasion Cimbrique conduisit le Sénat à proclamer l'état de terreur cimbrique (*terror cimbricus*) en 105 avant Jésus-Christ ; état donnant les pleins-pouvoirs à Marius.

¹³ D'ailleurs, il est remarquable de noter que chez Montesquieu, la terreur constitue bel et bien le principe du gouvernement despotique ; v. *De l'esprit des lois*, 1748, 1^{ère} partie, L. VI, ch. 9.

¹⁴ La question pourrait se poser de savoir si la législation visant la répression du terrorisme est ou pas une législation d'exception. En effet, l'étude d'impact du 8 juil. 2014 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (qui conduira à la loi n° 2014-1353) récuse cette qualification au motif suivant : « *La qualification terroriste induit l'application de la législation anti-terroriste, qui répond de manière adaptée et proportionnée à la gravité et à la complexité de la menace terroriste, en permettant la mise en œuvre de techniques spéciales d'enquête contrôlées par un juge du siège. Le recours à ces qualifications ne saurait correspondre à l'application d'un droit exceptionnel, en raison des garanties suivantes : la législation anti-terroriste n'est pas un droit d'exception mais un droit spécifique s'intégrant dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, soumis aux mêmes garanties procédurales admises pour toute infraction* » ; www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2110-ei.asp. La volonté de distinguer la législation contre le terrorisme du droit d'exception pour le qualifier de droit spécifique nous paraît s'appuyer sur une nuance relativement byzantine, tant il est vrai que par exception on peut tout à fait entendre *ad hoc*, c'est-à-dire qui déroge au droit commun, qui s'applique de manière spécifique.

9. Avec désormais trente ans de recul, on peut vérifier que chaque attentat ou vague d'attentats génère de façon quasi automatique l'adoption de nouvelles lois visant à conjurer le renouvellement de ces événements. Au regard de leur forte dimension symbolique, chacun pense spontanément aux attentats du 11 septembre 2001 qui ont entraîné de manière immédiate et quasi concomitante l'adoption aux Etats-Unis d'Amérique du *Patriot Act*, le 26 oct. 2001¹⁵ ; cette proximité temporelle se vérifie en France également. En restant sur cette dimension symbolique, on se souviendra que la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001 n'avait que trois semaines de retard sur sa grande sœur américaine¹⁶. Sans qu'il soit besoin d'effectuer la généalogie de l'ensemble des textes intervenus, la première loi ayant spécifiquement le terrorisme pour objet fut adoptée le 9 septembre 1986, six mois après les attentats de février-mars de la même année¹⁷. De la même manière, chaque évolution des méthodes terroristes donne lieu à de nouvelles inflexions législatives et encore récemment, c'est à la suite de l'apparition du phénomène dénommé par les journalistes du « loup solitaire », que l'on a créé la notion d'entreprise terroriste individuelle ; inflexion explicitement justifiée : « *afin de tenir compte de l'évolution de la menace terroriste et de la possibilité pour une personne seule de préparer un acte de terrorisme* »¹⁸. D'ailleurs, le texte à l'origine de la loi revendique lui-même sa filiation avec les actes terroristes : « *les événements récents ont mis en lumière quelques manques de notre*

¹⁵ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, HR 3162, 26 oct. 2001.

¹⁶ Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne (JO du 16, p. 18125). On relèvera d'ailleurs que le projet de loi initialement déposé au mois de mars ne contenait même pas le mot terrorisme (projet de loi n° 2938 relatif à la sécurité quotidienne, Ass. nat., 14 mars 2001 : www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/projets/pl2938.pdf). Des dispositions *ad hoc*, spécifiques à la lutte contre le terrorisme, ont été ajoutées par amendement gouvernemental, en cours de procédure ; v. Jean-Pierre Schosteck, rapport n° 7 sur le projet de loi relatif à la sécurité quotidienne, Sénat, 10 oct. 2001, spéc. p. 8.

¹⁷ Loi n° 86-1020 préc. ; le projet de loi n° 155 fut déposé à l'Assemblée le 28 mai 1986, deux mois après les attentats et le changement de majorité intervenu à la suite des élections législatives du 16 mars.

¹⁸ Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Ass. nat., 9 juil. 2014, p. 7. Cette forme de terrorisme apparaît en France après les crimes de Mohammed Merah à Toulouse en mars 2012 ou Mehdi Nemmouche, à Bruxelles en mai 2014. Il est d'ailleurs une conséquence des nouveaux mots d'ordre des dirigeants radicaux islamistes : Abou Moussab al-Souri promeut ainsi, dans son ouvrage *Appel à la résistance islamique mondiale*, publié en 2004 (ouvrage uniquement disponible sur internet, en langue arabe), cette nouvelle méthode d'action pour les musulmans radicaux ; comme le relève Jean-Dominique Merchet, « *Il s'agit de promouvoir des actions "décentralisées", sans ordres venant du sommet : un "solo jihad cimenté par une idéologie, un nom, relevant d'une technique de marketing et une méthode" militaire. Celle-ci a été baptisée la stratégie des "milles entailles" : faute de pouvoir porter un coup fatal à l'ennemi trop puissant, on lui inflige des centaines de petites blessures qui finiront par le terrasser* », « Comment le GIGN analyse les "tueries planifiées" des djihadistes », www.Lopinion.fr, 14 juil. 2015.

législation qu'il importe de combler afin de mieux prévenir et mieux réprimer de tels actes », déclare le Premier ministre pour justifier son texte¹⁹.

10. Une autre caractéristique de ces textes réside dans l'accélération des procédures auxquelles ils donnent lieu. La plupart de ces textes ayant la lutte contre le terrorisme sont en effet adoptés après déclaration d'urgence par le Gouvernement et parfois avec engagement de sa responsabilité sur le vote. Ces dispositions phares du parlementarisme rationalisé, conçues comme devant permettre au Gouvernement de mener à bien sa politique sans avoir à se soucier perpétuellement d'un parlementarisme devenu absolu sont ainsi utilisées au nom de l'urgence pour accélérer l'adoption des textes en cause²⁰. Si l'urgence d'une situation appelle effectivement la rapidité dans la formulation d'une réponse, l'examen du contenu des lois en cause ne laisse pas toujours apparaître que l'urgence soit toujours si réelle. Cela conduit à l'adoption extrêmement rapide de textes, ce qui ne peut que conduire à la mise à l'écart, de fait, d'un débat parlementaire approfondi et à une perte de qualité substantielle de la loi. L'examen de la procédure législative des lois relatives au terrorisme révèle que celles-ci sont en moyenne adoptées en moins de quatre mois et le plus souvent en moins de trois mois²¹... Un constat identique peut être d'ailleurs être dressé à propos de la loi de 2015 relative au renseignement, qui même sans avoir le terrorisme en objet, visait clairement à prévenir celui-ci ; présenté en conseil des ministres le 19 mars 2015, le

¹⁹ Projet de loi n° 2110 préc., p. 3 (exposé des motifs).

²⁰ En excluant les textes visant à la ratification de conventions internationales. Pour ne donner que quelques exemples de ces lois adoptées après déclaration d'urgence par le Gouvernement, ce fut le cas de la première d'entre-elles, la loi n° 86-1020 préc., de même de la loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (JO du 24, p. 1129) ; ce fut identique pour des textes plus récents : les loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme (JO du 22, p. 20281) ou n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (JO du 14, p. 10162), ont été adoptées selon la procédure d'urgence. A l'inverse, ce ne fut pas le cas pour les lois n° 96-647 du 22 juil. 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme... (JO du 23, p. 11104) et n° 96-1235 du 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme (JO du 1^{er} janv. 1997, p. 9).

²¹ Il s'écoule entre la présentation en conseil des ministres et le vote définitif de la loi, 10 semaines pour la loi n° 86-1020 préc. (28 mai - 7 août 1986), 7 semaines pour la loi n° 2006-64 préc. (28 oct. - 22 déc. 2005), 9 semaines pour la loi n° 2012-1432 préc. (3 oct. - 12 déc. 2012), 8 semaines pour la loi n° 2014-1353 préc. (9 juil. - 4 nov. 2014 ; en ôtant les vacances parlementaires). Un constat identique peut être dressé lorsqu'il s'agit de textes issus de propositions de loi : 7 semaines entre le dépôt du texte et son adoption pour la loi n° 97-1273 du 29 déc. 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme (JO du 31, p. 19312 ; 28 oct. - 18 déc. 1997) et 5 semaines pour la loi n° 2008-1245 du 1^{er} déc. 2008 (qui prolonge l'application de certaines dispositions de la loi n° 2006-64 préc. ; JO du 2, p. 18361 ; 16 oct. - 28 nov. 2008). On ne relève que deux lois ayant le terrorisme en objet direct (en excluant, là encore, les textes visant à la ratification de conventions internationales) à avoir été adoptées dans un délai que l'on qualifierait ordinairement de raisonnable ; 8 mois pour la loi n° 96-647 préc. (25 oct. 1995 - 19 juin 1996) et 7 mois pour la loi n° 96-1235 préc. (24 avr. - 19 déc. 1996).

texte est adopté dans le cadre de la procédure d'urgence et après engagement de responsabilité le 24 juin 2015 en à peine trois mois²².

11. Il ressort de ce bref examen de la procédure législative que finalement, c'est bien au nom du « droit à la sécurité », érigé par Lionel Jospin en premier droit du citoyen²³ et depuis consacré comme liberté fondamentale par le législateur par l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure que se voient justifiées ces lois visant à préserver nos sociétés du terrorisme. Or, cette justification par le terrorisme ne s'arrête pas là ; si le terrorisme justifie bien l'adoption systématique de nouvelles lois, il semble bien que la mise en avant du terrorisme permette de justifier ces lois d'exception, en écartant des principes ordinairement reconnus. Bref, que l'invocation du terrorisme constitue le sésame ouvrant la porte de la constitutionnalité de ces lois d'exception.

B) Le terrorisme, sésame des lois d'exception

12. La lutte contre le terrorisme mobilise les pouvoirs publics qui s'efforcent de doter les services de police ainsi que la justice des moyens appropriés de contrecarrer les méfaits de ces criminels modernes. Pour autant, l'examen des modalités d'adoption des différentes législations antiterroristes tend à apporter la preuve que la mise en avant de la nécessité de lutter contre le terrorisme permet assez fréquemment d'écarter des dispositions ordinairement considérées comme inhérentes à l'état de droit. Mal absolu, le terrorisme doit être combattu par tous et se dessine alors un consensus politique ayant notamment pour effet de vider de sens pratique le contrôle de constitutionnalité ou d'écarter les règles et principes ordinairement respectés.

²² Loi n° 2015-912 du 24 juil. 2015 relative au renseignement (JO du 26, p. 12735).

²³ A l'occasion de son discours de politique générale devant l'Assemblée nationale, le 19 juin 1997, Lionel Jospin qualifie la sécurité qui est, dit-il, la garante de la liberté, de « *droit fondamental de la personne humaine* ». Il tiendra ensuite ces propos fameux à Villepinte, lors d'un colloque intitulé "Des villes sûres pour des citoyens libres", le 25 octobre 1997 ; le Premier ministre y affirme les principes et la cohérence de l'action gouvernementale en matière de sécurité : « *Ainsi que le proclame la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, la "sûreté" est l'un des "droits naturels et imprescriptibles de l'Homme". Un citoyen dont la sécurité n'est pas assurée ne peut exercer son droit à la liberté. Le principe républicain de l'égalité entre les citoyens ne peut ignorer ce droit à la sécurité. Tout citoyen, toute personne, vivant sur le territoire de la République ont droit à la sécurité* ».

13. Le premier point à relever réside incontestablement dans l'absence de saisine du Conseil constitutionnel par consensus entre les principales forces politiques du Parlement. Si les premières lois firent bien l'objet de saisine du juge constitutionnel²⁴, l'évolution a été dans le sens d'une absence de saisine et désormais, dès lors qu'il est question de lutte contre le terrorisme c'est bien l'absence de saisine du juge qui figure la règle tandis que l'appel au Conseil constitutionnel tend à apparaître comme l'exception. Si l'on veut bien examiner et se concentrer sur les plus récentes des lois adoptés et visant à la lutte contre le terrorisme, à savoir les lois de 2012²⁵ et 2014²⁶, on relèvera qu'elles n'ont fait l'objet d'aucune saisine visant à les soumettre au contrôle de constitutionnalité. De manière encore plus révélatrice et même si l'objectif de la lutte contre le terrorisme ne concernait qu'une faible partie de cette loi, la loi de programmation militaire²⁷ ne fera l'objet d'aucun contrôle a priori. En effet, le très controversé article 20 de cette loi autorisant l'accès administratif aux données de connexion²⁸ ne fit l'objet d'aucune contestation quant à sa constitutionnalité, alors même que cette loi fut adoptée à l'unanimité des seuls parlementaires socialistes, malgré le vote négatif des cinq autres groupes parlementaires²⁹.

14. Une telle défausse politicienne n'est pas récente et il sera possible de se souvenir que l'adoption de la loi sur la sécurité quotidienne³⁰ (LSQ), au lendemain des événements du 11 septembre 2001, se fit au nom d'une parfaite concorde parlementaire ; au prix, sur la forme, d'un détournement de procédure avéré et sur le fond de doutes sérieux quant à la constitutionnalité des dispositions adoptées. Cette loi du 15 novembre 2011 ne donna en effet lieu à aucune saisine des juges de la rue Montpensier, ayant été adoptée au motif « *d'impérieuses nécessités de sécurité publique* ». Sur la forme, les dispositions de la LSQ furent introduites par amendement gouvernemental, devant le Sénat, après réunion de la commission mixte paritaire (CMP). Or, il est de jurisprudence constante que si un amendement peut bien être déposé à tout moment, y compris après réunion de la CMP, il est conditionné par « *deux limites supplémentaires s'il y a*

²⁴ Loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986 relative à la lutte contre le terrorisme... préc. (décision n° 86-213 DC du 3 sept. 1986).

²⁵ Loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, préc.

²⁶ Loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, préc.

²⁷ Loi n° 2013-1168 du 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019... (JO du 19, p. 20570).

²⁸ Art. L. 246-1 du code de la sécurité intérieure.

²⁹ Il fut impossible de réunir les 60 signatures exigés des pourtant pas moins de 251 députés ayant voté contre ce texte !

³⁰ Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne préc.

échec [de la CMP, ce qui était le cas pour la LSQ] : *l'amendement doit être en relation directe avec le texte en discussion ou doit être nécessité par la coordination avec d'autres dispositions législatives en discussion* »³¹. En ce qui concerne la LSQ la lecture du projet de loi permet de vérifier que le mot « terrorisme » n'y figure pas, la loi visant précisément la « sécurité quotidienne » des Français³². Il y eût donc violation explicite de la Constitution ; violation revendiquée par le Gouvernement lui-même, le ministre de l'Intérieur déclarant : « *j'ai conscience du caractère inhabituel d'un ajout, à ce stade de la procédure législative, même souhaité par le Gouvernement et approuvé par le Président de la République. Mais à circonstances exceptionnelles, procédure inhabituelle. Je remercie le président de la commission des lois, votre rapporteur, ainsi que les présidents des différents groupes d'avoir apporté leur appui à cette démarche* »³³. Violation soutenue par les parlementaires, qui, toutes tendances confondues, décidèrent de ne pas soumettre ce texte à la censure du juge constitutionnel³⁴. Celui-ci aurait peut-être trouvé à redire à ce texte. En effet, sur le fond, les dispositions votées n'allaient pas sans soulever d'interrogation quant à leur conformité à la Constitution car elles pouvaient sembler remettre en cause les libertés individuelles au nom de la sécurité³⁵.

³¹ Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10 éd., Dalloz, 1999, n° 43-11, p. 761. Cette exigence résulte des décisions 98-402 DC du 25 juin 1998 (JO du 3 juil., p. 10147, § 2 à 4) et 98-403 DC du 19 juil. 1998 (JO du 31 juil., p. 11710, § 49 à 51)

³² Projet de loi n° 2938 relatif à la sécurité quotidienne, Ass. nat., 14 mars 2001. On trouve initialement dans ce projet de texte, des dispositions sur la vente d'armes au détail, la possibilité donnée aux adjoints de sécurité de relever par procès-verbal certaines contraventions au code de la route, la sécurité des cartes bancaires, la possibilité d'euthanasier un animal dangereux... Inventaire à la Prévert qui fera vite qualifier la loi de loi « fourre-tout ». A l'Assemblée, Noël Mamère dénoncera un projet de loi « *devenu un texte fourre-tout, remanié au gré des événements* », tandis que les mêmes termes seront repris à droite par M. Michel Herbillion : « *vous nous présentez un texte fourre-tout* » ; Ass. nat., Compte-rendu analytique, 1^{ère} séance du mercredi 31 oct. 2001 (www.assemblee-nationale.fr/11/cra/2001-2002/2001103109.asp#P29_418). Le rapporteur de la loi devant le Sénat, M. Jean-Pierre Schosteck évoquait pour sa part un texte : « *qui ne contenait que des mesures partielles et décousues* », Rapport n° 353 sur le projet de loi relatif à la sécurité quotidienne, Sénat, 5 juin 2001, p. 2.

³³ Daniel Vaillant, Ass. nat., Compte-rendu analytique, 1^{ère} séance du mercredi 31 oct. 2001.

³⁴ Comme le relève, devant le Sénat, M. Jean-Pierre Schosteck, « *ces amendements étaient déposés à un stade de la procédure législative où l'adoption de dispositions nouvelles est limitée aux quelques cas énumérés par le Conseil constitutionnel. Il a néanmoins estimé que la gravité de la situation actuelle et la modification du contexte dans lequel se déroulait la discussion du projet de loi justifiait le recours à des procédés exceptionnels* », Rapport n° 7 sur le projet de loi relatif à la sécurité quotidienne, Sénat, 10 oct. 2001, p. 7.

³⁵ Surveillance accrue des populations, condition de la fouille des véhicules, alourdissement des sanctions pénales, transfert au privé de pouvoir de police administrative... Certains s'en émurent, tels le GISTI dénonçant la procédure suivie : « *Le législateur, conscient de l'incompatibilité avec la Constitution de certaines dispositions et de la procédure législative suivie, a décidé de ne pas les soumettre au contrôle du Conseil constitutionnel* » (www.gisti.org/doc/actions/2001/lsi/) ou le Syndicat de la magistrature déplorant « *qu'à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le gouvernement et la classe politique, faisant fi de tout respect des règles constitutionnelles, se soient engagés dans un processus d'exception, qui se traduit par une extension des atteintes aux libertés individuelles, et par l'absence des traditionnels mécanismes de contrôle susceptibles d'en prévenir les dérives* », motion relative aux

15. On rappellera de la même manière que dans un domaine connexe, celui de la sécurité des aéroports, tout le mouvement de privatisation partielle de l'exécution des mesures de sécurité au sein du domaine portuaire et aéroportuaire s'est fait au nom de la lutte contre le danger terroriste³⁶ et « sans que les parlementaires ne saisissent le Conseil Constitutionnel d'une quelconque irrégularité des lois de 1989 et 1996, au regard du principe traditionnel voulant que la puissance publique soit le dépositaire exclusif des missions de sécurité au sein du territoire »³⁷. En outre, il est loin d'être certain qu'un contrôle du Conseil conduirait celui-ci à encadrer trop strictement des dispositions adoptées au nom de la lutte contre le terrorisme³⁸.

16. Au regard de l'ensemble de ces éléments on peut bien considérer que l'invocation de la lutte contre le terrorisme constitue le sésame permettant d'écarter les garanties constitutionnelles bornant ordinairement la procédure législative. Si de telles évolutions sont discernables dans l'ensemble des démocraties occidentales, elles ne sont pas pour autant rassurantes. En effet, si dans le cas de la France la réalité des atteintes aux droits fondamentaux résultant de ces législations peut être discutée, la situation d'autres démocraties occidentales ne manque pas de soulever d'importantes interrogations. En effet, l'essor vérifié de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme ne va pas sans que l'on n'y vérifie d'importantes lacunes.

dispositions de la loi sur la sécurité quotidienne, 4 déc. 2001 (www.syndicat-magistrature.org/Motion-relative-aux-dispositions.html).

³⁶ Comme le notera Florence Nicoud, « la menace terroriste grandissante au sein des enceintes des aéroports conduit à un bouleversement de taille (...), le recours systématique à des agents privés pour participer à la sécurité aéroportuaire résultera du vote de la loi du 10 juillet 1989. Celle-ci, modifiant l'article L. 282-8 du Code de l'aviation civile, fait des agents privés des acteurs à part entière de la sécurité dans les aéroports puisqu'ils peuvent "procéder à la visite des bagages, du fret, des colis postaux, des aéronefs et des véhicules" », « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, pp. 1255-1256.

³⁷ F. Nicoud, *ibid.*, p. 1257 ; la saisine aurait pu se justifier notamment au regard du principe traditionnel voulant que la puissance publique soit le dépositaire exclusif des missions de sécurité au sein du territoire, cela dans la mesure où ces lois confient des missions de police à des agents privés.

³⁸ Ainsi de la récente loi n° 2015-912 du 24 juil. 2015 relative au renseignement (JO du 26, p. 12735), notamment justifiée pour prévenir la réalisation de nouvelles menées terroristes et dont la quasi-totalité des dispositions a été déclarée conforme à la Constitution, en dépit des fortes oppositions qu'elles soulevèrent : CC, décision n° 2015-713 DC, 23 juil. 2015, *Loi sur le renseignement* (JO du 26, p. 12751). Ce constat n'est d'ailleurs pas limité à la France, v. not. de Karine Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2012. Mme Roudier de relever, « l'évidence des motifs et la légitimité que le législateur tire de son action contre le terrorisme emportent, ainsi, la conviction des juges constitutionnels, qui valident les dispositions limitatives des droits fondamentaux. Le cadre du contrôle des juges constitutionnels imposé par le fait de terrorisme laisse effectivement transparaître leur impossibilité à remettre en question les aménagements des droits fondamentaux justifiés par les caractéristiques du terrorisme et l'urgence qu'il crée dans les ordonnancements », p. 250.

II. Les limites de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme

17. Les limites qu'il s'agit d'envisager ici ne sont en aucun cas à envisager en terme d'efficacité technique de cet encadrement ; bien fou d'ailleurs qui pourrait croire que l'on puisse à tout jamais circonscrire et prévenir la réalisation d'un risque³⁹, tant il est vrai que le terroriste disposera toujours d'un temps d'avance sur ceux qui visent à le contrer⁴⁰. Par limites, il convient plus sûrement de se pencher sur les limites morales et juridiques que révèle l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme. Si celles-ci n'ont sans doute pas été franchies en France, l'examen des différentes législations produites par les démocraties occidentales témoigne de ce que trop souvent et à l'instar de ceux qu'elles prétendent combattre, la fin semble pour elles justifier les moyens engagés dans la lutte contre le terrorisme. En effet, sévèrement visés par des actions terroristes, Israël d'abord, les Etats-Unis d'Amérique ensuite, ont développé une législation radicale de la lutte contre le terrorisme. Par ailleurs, l'importance de l'état de droit et la place éminente du Juge dans ces Etats ont conduit à ce que leurs juridictions suprêmes se voient saisies de ces questions. Il en ressort que si la lutte contre le terrorisme paraît parfois justifier des lois d'exception toujours plus radicales (A) ; position qui mérite à nos yeux de se voir contestée (B)

A) Le terrorisme, justification des lois d'exception

18. La violence terroriste s'attache et s'en prend le plus souvent aux symboles. Nulle surprise alors à ce que les Etats-Unis ou Israël soient régulièrement touchés par le terrorisme ; aussi ces Etats se sont-ils attachés à construire une législation visant à les prémunir du danger terroriste. Sur les bords du Jourdain comme du Potomac, des législations d'exception ont ainsi validé des pratiques ordinairement inconnues des démocraties occidentales ; le législateur, au nom de l'absolue nécessité de la lutte contre le terrorisme, y reconnu ainsi la légalité non seulement du recours à la détention arbitraire, mais encore celle de l'usage de la torture ou des assassinats. Ces législations radicales de la lutte contre le terrorisme méritent l'attention tant elles révèlent

³⁹ Il en est d'ailleurs sous cet angle du risque ou du danger terroriste, comme de tout autre risque.

⁴⁰ Il est une leçon certaine de la tactique militaire, celle qui veut que dans la lutte entre le glaive et le bouclier, la victoire aille à celui qui porte les coups ; la meilleure défense... Restant l'attaque.

comment l'exigence de lutter contre le terrorisme conduit à justifier des lois toujours plus répressives, au motif que l'idéal recherché (la lutte contre les pratiques ignobles du terrorisme) valide toutes les pratiques y compris les moins ordinaires, car la fin justifie les moyens. Il s'agit donc d'envisager la justification juridique de ces pratiques, qu'il s'agisse de torture, de détention arbitraire ou même du recours aux exécutions extra-judiciaires.

19. Se considérant comme en guerre⁴¹, les Etats-Unis se sont attachés à développer un statut *sui generis* s'attachant à ceux qu'ils saisissaient dans le cadre de leurs opérations de combat et leur permettant d'user à leur encontre de tous les moyens techniques, tout en cherchant à éviter le contrôle du juge. La création du statut de « *combattants illégaux* » devait ainsi permettre d'écarter l'application du droit de la guerre, tandis que leur incarcération à Guantanamo -en dehors du territoire des Etats-Unis d'Amérique-, visait à écarter l'intervention des juridictions américaines. La création de ce statut *ad hoc*, s'appuyant sur d'anciennes jurisprudences de la Cour suprême, visait bien à écarter tout contrôle *ratione materiae*⁴² et *ratione loci*⁴³ de l'action des services de renseignement américains dans leur lutte contre le terrorisme. La mise à l'écart des règles ordinaires de la procédure américaine par le choix d'un territoire hors de la juridiction des tribunaux américains devait permettre de recourir à des pratiques généralement refusées ; incontestablement, cette argumentation « *atteste de la volonté de l'administration américaine de défendre une position dans laquelle la torture n'est pas niée mais couverte juridiquement* »⁴⁴. Un décret présidentiel de George W. Bush autorisa ainsi la détention sans limite et sans chef d'accusation, sur un territoire ne relevant pas (théoriquement) de la législation américaine, de tous les combattants illégaux capturés.

⁴¹ Sur ce point, v. Diane-Marie Amann, « Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme », *RSC*, 2002, pp. 745-764 ; Ghislain Benhessa, « La guerre contre le terrorisme : John Yoo, architecte juridique de l'Administration Bush », *RISÉO*, 2015-2, et spéc. n° 6 à 12. Sur les conséquences de cette approche, v. encore Christiane Wilke, « War v. Justice : Terrorism Cases, Enemy Combatants, and Political Justice in U.S. Courts », *Politics & Society*, 2005, vol. 33, pp. 637-669.

⁴² « *Combattant illégal* », l'étranger détenu ne saurait bénéficier de l'application du droit de la guerre ; v. Cour suprême, 31 juil. 1942, *Ex parte Quirin*, 317 US 1, 63 (1942). Dans cette affaire, le statut de prisonniers de guerre avait été refusé pour des saboteurs allemands opérants aux Etats-Unis, en tenue civile.

⁴³ La Cour suprême avait en effet affirmé l'incompétence des tribunaux américains pour connaître de griefs soulevés par des étrangers détenus en dehors du territoire de l'Union ; Cour suprême, 5 juin 1950, *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 763 (1950). Dans cette affaire, il s'agissait de militaires allemands prisonniers et détenus par l'armée américaine dans des prisons allemandes.

⁴⁴ Carolina Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger : vers un nouvel équilibre entre sécurité et libertés ? », *RDLF*, 2015, chron. n° 14, www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/la-lutte-contre-le-terrorisme-en-droit-constitutionnel-etranger-vers-un-nouvel-equilibre-entre-securite-et-libertes/.

20. Au-delà du cadre juridique développé, plusieurs démocraties se sont attachées à justifier et encadrer le recours à la torture, de manière à obtenir des renseignements susceptibles d'éviter la réalisation de nouveaux attentats terroristes. Les pratiques réalisées à Guantanamo s'inscrivent dans un cadre visant à permettre la torture et si le terme n'est pas explicitement utilisé ni revendiqué par l'administration américaine, il est euphémisé par l'utilisation du vocable de *coercive interrogations*⁴⁵, supposés seuls capables d'obtenir des informations de la plus haute importance. L'autorisation du recours à la torture est justifié au nom de l'objectif « sauver des vies » ; « protéger des innocents » justifierait alors d'obtenir coûte que coûte les renseignements ou informations recherchés. C'est ainsi que la Cour suprême d'Israël a pu justifier l'usage de « *pressions physiques modérées* » sur des prisonniers convaincus de terrorisme. La Commission Landau⁴⁶ justifia ces pratiques dès le milieu des années 1980 ; pratiques qui ne se virent pas ensuite prohibées de manière absolue. Dans un arrêt de 1999 la Cour suprême se borna simplement à demander à ce qu'une loi vienne autoriser - et encadrer - ces « *pressions physiques modérées* », sans les rendre interdites par principe ; la Cour à l'encontre de ceux lui demandant l'interdiction de la torture, se borne à déclarer « *nous ne prenons aucune position sur cette question en ce moment* »⁴⁷. Outre la torture au sens strict, cette même logique valide la pratique des exécutions extra-judiciaires qualifiées d'assassinats ciblés ou d'éliminations ciblées⁴⁸ ; que ce

⁴⁵ C'est ainsi que ces interrogatoires sont désignés dans la traduction française du rapport de la commission sénatoriale sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA ; v. Diane Feinstein, *La CIA et la Torture. Rapport de la commission sénatoriale américaine sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA*, Les Arènes, Paris, 2015.

⁴⁶ Cette commission de trois personnes fut instituée en 1987 par le gouvernement israélien et dirigée par le Juge Moshé Landau, ancien Président de la Cour suprême. La Commission Landau remit son rapport le 30 oct. 1987 et celui-ci fut approuvé par le cabinet le 8 novembre ; *Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, *Israel Law Review*, 1989, pp. 146-188 (Commission d'enquête sur les méthodes d'enquête du Service de sécurité générale à propos des activités terroristes hostiles). Dans ce rapport était expressément validé l'usage de la torture : « *Les moyens de pression devraient principalement prendre la forme de pressions psychologiques non violentes exercées lors d'un interrogatoire vigoureux et exhaustif, à l'aide de stratagèmes, y compris de tromperies. Toutefois, lorsque ces moyens n'atteignent pas leur but, des pressions physiques modérées ne peuvent être évitées* ». V. not. Serge Portelli, *Pourquoi La Torture ?*, Vrin, 2011, pp. 174-175.

⁴⁷ Cour suprême d'Israël, 15 juil. 1999, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCI 5100/94, § 39.

⁴⁸ En anglais, *targeted killings*.

soit dans la pratique d'Israël ou celle des Etats-Unis, il s'agit tout à la fois de mesures de guerre⁴⁹ mais qui s'apparentent techniquement à une procédure d'assassinat individuel⁵⁰.

21. Cependant, loin de n'en rester qu'à cette situation validant le recours à la torture ou aux détentions arbitraires, ces mêmes Etats ont connu une contestation de ces solutions validées par les gouvernants ; en particulier, l'importance de l'état de droit et la place éminente de la figure du Juge dans ces Etats a conduit à ce que leurs juridictions suprêmes soient saisies de ces questions. Elles ont su construire une réponse mesurée mais témoignant de ce que la fin ne saurait justifier les moyens.

B) La faute morale, prix des lois d'exception

22. L'extension continue de ces législations d'exception justifiées par la nécessité de lutter contre le terrorisme s'est tout de même vue mise en cause et l'idée que contre le terrorisme tout soit autorisé se voit contestée. Le juge a pris une place de choix dans ce mouvement et il a été constaté que *« le juge, et plus particulièrement le juge constitutionnel, s'est rapidement présenté comme le principal rempart démocratique à la lutte contre le terrorisme. (...) la jurisprudence des différentes juridictions constitutionnelles atteste d'une volonté de sanctionner les excès des mesures anti-terroristes »*⁵¹. Pour louable qu'elle soit cette réaffirmation de la compétence du juge doit être dépassée par une prise de conscience exigeant que la morale soit guide de la légitimité de nos actions.

23. La réaffirmation de sa compétence par le juge a été très nette aux Etats-Unis et on a pu y voir que la Cour suprême s'est attachée à reconquérir pied à pied la possibilité de se prononcer

⁴⁹ Spécialement dans le cas des Etats-Unis avec l'usage systématique des drones de combat.

⁵⁰ Et bien évidemment susceptible des dommages collatéraux innocents. V. Cour suprême d'Israël, 11 déc. 2005, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02 ; affaire dite aussi *Targeted Killings case*. Dans son arrêt, la Cour relève not. : *« The result of that examination is not that such strikes are always permissible or that they are always forbidden »*, § 60. Et par conséquent : *« les assassinats ciblés ne peuvent, en tant que tels, être considérés comme illégaux »*, comme l'a relevé Samia Chouchane, « La judiciarisation de l'éthique militaire en Israël - Éléments pour une analyse politique du rôle de la Cour Suprême dans le conflit israélo-palestinien », *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem*, 2009-20, § 24.

⁵¹ C. Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger... », *op. cit.* ; l'auteur nuance ensuite son propos et relève : *« cette volonté n'est pas sans faille : les censures sont rares et, lorsqu'elles existent, elles sont parfois très circonscrites »*.

sur les actions réalisées par le Gouvernement afin de lutter contre le terrorisme. En particulier, la volonté du Gouvernement d'écarter, *rationae materiae* et *ratione loci*, la possibilité que le Juge se prononce sur les traitements apportés n'a pas tenu devant la ténacité de la Cour suprême et sa volonté de se prononcer sur les actions en cause. La première jurisprudence significative intervint en 2004 lorsque la Cour suprême se reconnut la compétence pour juger de la légalité de la détention personnes internées à Guantánamo⁵². Par la suite, c'est la volonté gouvernementale de soustraire les prisonniers détenus du droit de la guerre, par l'attribution du statut *ad hoc* de « combattant illégal » qui fut sanctionnée. La Cour jugea que le gouvernement ne pouvait écarter l'application du droit de la guerre et des Conventions de Genève pour faire juger ces « combattants illégaux » par des commissions militaires⁵³ ; cela en dépit même de la dangerosité éventuelle alléguée du combattant détenu⁵⁴. Le combat judiciaire n'a pas cessé et c'est ensuite en 2008, par sa décision *Boumediene v. Bush*, que la Cour suprême reconnut aux détenus de Guantanamo le bénéfice de l'*habeas corpus*⁵⁵. Par ce que l'on peut qualifier de véritable guérilla procédurale « la Cour suprême a ainsi pu rappeler l'importance de l'*habeas corpus* dans le droit constitutionnel américain mais aussi la nécessité pour un Etat démocratique de placer le contrôle des mesures restrictives de liberté dans les mains du juge »⁵⁶. Pour autant, la manière dont les gouvernants (exécutif et législatif d'un même pas) se sont efforcés de contrer les effets de ces

⁵² Cour suprême des Etats-Unis, 28 juin 2004, *Rasul v. Bush*, 542 US 466 ; n° 03/334. Pour autant, le législateur intervint pour contrer cette décision et le Congrès adopta, le 30 déc. 2005, le *Detainee Treatment Act*, visant à interdire à tout tribunal américain d'entendre un bref d'*habeas corpus* émanant d'un étranger détenu à Guantánamo.

⁵³ Cour suprême des Etats-Unis, 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 ; n° 05/184 ; v. Jérôme Marty, « A propos de la décision *Hamdan v. Rumsfeld* », <http://m2bde.u-paris10.fr/content/propos-de-la-d%C3%A9cision-hamdan-v-rumsfeld-cour-supreme-des-etats-unis-29-juin-2006-par-j%C3%A9r%C3%B4me-marty?destination=node%2F2059>. Là encore, le Congrès répliqua par l'adoption, le 17 oct. 2006, du *Military Commission Act* ; texte permettant à des tribunaux militaires spécialement créés à cet effet, de juger les détenus de Guantanamo. Ce dernier texte fut d'ailleurs par la suite déclaré partiellement contraire à la Constitution des Etats-Unis ; Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 2008, *Al Odah v. United States*, 553 U.S. 557 ; n° 06/1196.

⁵⁴ Cour suprême des Etats-Unis, 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, préc. « *Even assuming that Hamden is a dangerous individual who would cause great harm or death to innocent civilians given the opportunity, the Executive nevertheless must comply with the prevailing rule of law in undertaking to try him and subject him to criminal punishment* » ; même en supposant que Hamden soit un individu dangereux qui causerait beaucoup de tort ou de mort pour des civils innocents s'il lui en était donné l'occasion, l'exécutif doit néanmoins se conformer à la règle de droit qui prévaut pour le juger et le soumettre à une sanction pénale (traduction par nos soins).

⁵⁵ Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 2008, *Boumediene v. Bush*, 553 US 723 ; n° 06/1195. « *Petitioners have the constitutional privilege of habeas corpus. They are not barred from seeking the writ or invoking the Suspension Clause's protections because they have been designated as enemy combatants or because of their presence at Guantanamo* » ; les requérants bénéficient du privilège constitutionnel d'*habeas corpus*. Ils ne sont pas exclus de sa recherche par l'invocation de la clause de suspension de protection parce qu'ils ont été désignés comme des combattants ennemis ou du fait de leur présence à Guantanamo (traduction par nos soins).

⁵⁶ C. Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger... », *op. cit.*

jurisprudences et de les contourner laisse à penser que la solution ne peut seulement résider dans l'intervention du juge.

24. En effet, les lois votées, les actes qu'elles autorisent, soulèvent la question de leur moralité intrinsèque et conduisent à envisager la question de leur légitimité. La Cour suprême israélienne a clairement résumé les enjeux moraux auxquels sont confrontées nos sociétés, lorsqu'elle souligna « *this is the destiny of a democracy -it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back* »⁵⁷. Se battre avec une main attachée dans le dos reflète clairement l'idée que l'ensemble des moyens ne sont pas acceptables pour lutter contre le terrorisme. *Nihil nove sub sole*, cette jurisprudence ne fait que reprendre les règles et principes les plus éminents et immémoriaux de la philosophie morale ; tandis que Saint Paul disait aux Romains à l'aurore de l'Empire « *ceux-là sont coupables, qui veulent faire le mal pour qu'il en arrive un bien* »⁵⁸, Saint Thomas d'Aquin relevait la même règle d'action, il y a plus de huit siècles, « *c'est pourquoi aucune action mauvaise, faite avec une bonne intention, ne peut se justifier* »⁵⁹. Même si la volonté de contrer la barbarie terroriste se comprend et paraît devoir justifier les réponses les plus radicales qui soient, il nous est absolument moralement interdit d'utiliser les armes de ceux qui combattent les valeurs du système occidental, au risque pour celui-ci de se renier.

25. S'il est grave d'utiliser de telles méthodes, il nous paraît encore plus grave de justifier le recours à ces armes, c'est-à-dire précisément ce que nous tendons à faire ; soit de manière explicite comme aux Etats-Unis, soit de manière plus diffuse comme en France (et en Europe) par

⁵⁷ 15 juil. 1999, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, préc. § 39 ; c'est le destin d'une démocratie de ne pas considérer tous les moyens comme acceptables et les moyens de ses ennemis ne lui sont pas toujours ouverts Une démocratie doit parfois se battre avec une main attachée derrière le dos. (traduction par nos soins).

⁵⁸ Saint Paul, *Rom.* III, 8.

⁵⁹ Saint Thomas d'Aquin, *Tractatus de duobus praeceptis charitatis et decem legis praeceptis* (Explication des deux préceptes de la charité et des dix commandements de la loi), Traduction par un moine de Fontgombault, Nouvelles Editions Latines, 1970, §41. V. spéc. *De decem praeceptis, a. 1 tit. 1 De dilectione Dei* « *Unde nullum malum bona intentione factum excusatur* » <http://docteurangelique.free.fr/bibliotheque/sermons/04lesdeuxpreceptescharite.htm>. Le *Catéchisme de l'Eglise catholique* de préciser, « *il est donc erroné de juger de la moralité des actes humains en ne considérant que l'intention qui les inspire, ou les circonstances (milieu, pression sociale, contrainte ou nécessité d'agir, etc.) qui en sont le cadre. Il y a des actes qui par eux-mêmes et en eux-mêmes, indépendamment des circonstances et des intentions, sont toujours gravement illicites en raison de leur objet (...). Il n'est pas permis de faire le mal pour qu'il en résulte un bien* », Mame/Plon, 1992, § 1756.

la multiplication des lois d'exception. Par ailleurs, s'il est possible de concevoir que, spécialement dans le feu de l'action et dans l'urgence, des agents des forces de sécurité (qu'elles soient civiles ou militaires) aient recours à de telles méthodes⁶⁰, cela ne saurait avoir pour effet de justifier l'existence d'un système pérenne de recours à des méthodes de torture moralement inacceptables.

26. La voie est donc étroite qu'il convient de suivre, mais elle est éthiquement et moralement absolument nécessaire, car, comme le relève Noam Chomsky, « *si l'on adopte le principe de l'universalité : si ce que fait autrui est mal (ou bien), c'est également mal (ou bien) lorsque c'est nous qui agissons. Ceux qui ne se plient pas à cette exigence morale minimale - qui consiste à appliquer pour soi-même les principes que l'on applique aux autres, voire plus rigoureusement encore - ne méritent décidément pas d'être pris au sérieux lorsqu'ils parlent du caractère approprié de la réponse au terrorisme, ou même de ce qui est juste ou injuste, voire du Bien et du Mal* »⁶¹. Un guide d'action pourrait alors résider sur la distinction *ex ante* / *post factum*. S'il n'est pas admissible que de tels usages puissent se voir justifiés, *ex ante*, par une législation positive leur donnant un cadre d'habilitation, il reste envisageable que ces usages puissent se voir absous, *post factum*, par le juge, au regard des circonstances les ayant occasionnés. D'aucuns trouveront la distinction byzantine et quelque peu jésuitique, elle présente l'avantage d'être moralement soutenable.

⁶⁰ La possibilité d'une telle situation s'est vue précisément reconnue ; cela concerne le paradigme dit de « la bombe à retardement » ou *ticking time bomb scenario*. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un événement terroriste serait imminent et que les services chargés de la sécurité aient entre leurs mains une personne dont elles savent avec certitude qu'elle connaît le lieu et l'heure de l'attentat prévu ; dans une telle hypothèse de « la bombe à retardement », il deviendrait alors licite de recourir à l'usage de moyens de pressions physiques pour obtenir le renseignement. Sur cette question, v. Cour suprême d'Israël 15 juil. 1999, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 5100/94, spec. § 33; la Cour y note que pour l'Etat, dans une telle hypothèse : « *the state answers in the affirmative. The use of physical means should not constitute a criminal offence, and their use should be sanctioned, according to the state, by the "necessity" defense* » (dans ce cas, la réponse de l'Etat est que le recours à des moyens de contrainte physique ne constitue pas une infraction pénale et que leur usage ne pourrait être poursuivi que par référence à l'état de légitime défense ; traduction par nos soins). Sur cette question, v. aussi, Michel Terestchenko, *Du bon usage de la torture, ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte, 2008, spéc. ch. 4.

⁶¹ Noam Chomsky, « Le terrorisme et la réponse appropriée », juillet 2002, www.chomsky.fr/articles/20020702.html.

Le terroriste est-il une personne ?
Droit romain, droit naturel, droit positif, droit pénal de l'ennemi

Laurent REVERSO

Professeur d'Histoire du droit, Université de Toulon
Centre de Droit et de Politique Comparés - UMR-CNRS 7318 DICE

Résumé : *Le développement du droit de l'exception qu'est le droit applicable aux terroristes, en rompant avec la tradition personnaliste romaniste, devient fondamentalement inhumain en ce sens que cette législation aboutit à nier la qualité même de personne, d'être humain, à une catégorie de la population. C'est pourquoi on peut se demander si le terroriste est toujours une personne dotée comme toute personne de droits fondamentaux. Pour répondre à cette question, il faut (re)définir ce qu'est une personne dans la tradition romaniste continentale. Dans cette tradition juridique qui est celle du droit romain et du Code civil de 1804, il y a une équivalence entre homo et persona, ce qui interdit les manipulations conceptuelles des droits contemporains et la privation de certains personnes de leurs droits. Il faut aussi, au-delà des apparences médiatiques et des fausses évidences politiques définir ce qu'est le terrorisme, ce qui n'est pas le cas des textes juridiques français. Il s'agit de montrer que le terrorisme n'existe pas, mais qu'il y a des formes différentes de terrorisme. En outre, on doit aussi constater l'instrumentalisation de la notion de terrorisme par les Etats dits démocratiques.*

Cette instrumentalisation a pour conséquence une régression juridique qui s'incarne dans une innovation juridique extrêmement problématique comme le « droit pénal de l'ennemi ». Ce questionnement permet de reprendre la problématique de la souveraineté notamment dans sa version absolutisée et radicalement sécularisée de l'époque contemporaine. Ainsi, la lutte contre le terrorisme ne doit pas entraîner la production d'une nouvelle législation, qui serait surabondante et inutile. Les lois d'exception sont encore plus dangereuses que cet ennemi en grande partie fantasmatique qu'est « le » terrorisme. De plus, il semble inadapté de combattre un phénomène de nature totalitaire par des méthodes elles-mêmes totalitaires.

I. Définition de la notion juridique de personne

- A. Droit romain jusnaturaliste : *persona, id est homo*
- B. Maintien de la tradition juridique romaniste (Révolution et Code civil)
- C. Difficultés posées par les droits positifs modernes

II. Ambiguïtés de la notion de terrorisme

- A. Pluralité de la notion de terrorisme dans les textes juridiques
- B. Inexistence « du » terrorisme, réalité *des* terrorismes
- C. Instrumentalisation de la notion de terrorisme

III. Régressions juridiques impliquées par le développement de la notion de terroriste

- A. Droit pénal de l'ennemi
- B. Souveraineté
- C. Caractères antijuridique et inhumain du droit de l'exception généralisée

1. Le constat duquel on partira est celui du durcissement de la législation anti-terroriste depuis les années 1980, en particulier par la loi fondatrice du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, prise à l'initiative de Charles Pasqua. Ce même personnage dont une des dernières déclarations a consisté à affirmer qu'il fallait envoyer au bagne les djihadistes français¹. Manifestement, les droits fondamentaux ne sont pas au cœur de la réflexion de tous ceux qui, en France, légifèrent sur le terrorisme.

2. Par ailleurs, force est de constater que les dispositions législatives ou réglementaires sensées être destinées à lutter contre le terrorisme ont parfois pour seul effet d'exercer une contrainte sur les citoyens honnêtes. On en veut pour preuve le décret n° 2015-741 du 24 juin 2015 fixant à un maximum de 1000 € le montant maximum des paiements en espèces². Il aura échappé à de nombreux observateurs que ceux qui ont la volonté d'acheter des armes illégalement aient subitement peur de payer en espèces... Cette disposition, sensée empêcher les transactions illégales et le financement du terrorisme n'aura aucun effet sur la cible désignée, mais entraînera un contrôle bancaire de la population comme seuls les cauchemars totalitaires en connaissent puisque si toutes les transactions se font sans espèces, le banquier peut tout savoir d'une personne ; naturellement, si le banquier peut tout savoir d'une personne, la police aussi car il n'aura échappé à personne que les établissements bancaires ne sont pas précisément connus pour être d'ardents défenseurs des libertés individuelles. Si les espèces disparaissent, la liberté de disposer de son argent disparaît aussi. Le résultat est donc de porter atteinte, pour les citoyens honnêtes seulement, à la liberté de disposition des biens. Il faut dire qu'entre temps, l'exemple de la Grèce en a certainement fait réfléchir certains : si les honnêtes citoyens s'avisait de retirer leurs avoirs des banques qui les volent depuis des décennies...

3. Les actions terroristes indiffèrent globalement la grande majorité de la population qui n'habite ni Paris, ni Londres, ni Madrid ni New-York. Les chances d'être victime d'un attentat sont infimes ; pas pires que celles d'avoir un accident de voiture, comme il en est de la quasi-totalité des Français. Par contre, la perte de liberté induite par l'excuse du terrorisme touche directement, et de façon certaine, la quasi-totalité des Français. Or il se trouve que n'importe quel individu

¹ www.lepoint.fr/politique/charles-pasqua-veut-envoyer-les-djihadistes-au-bagne-09-03-2015-1911333_20.php

² Le montant était, de façon raisonnable, auparavant fixé à 3000 €. Il s'agit de l'art. D 112-3 du code monétaire et financier. Cette disposition a bien entendu été adoptée dans la continuité de l'émotion suscitée par les attentats qui ont endeuillé la France en janvier 2015 ; moralité : les terroristes ont gagné le combat, qu'ils mènent aux côtés de l'État, contre les libertés du peuple français.

rationnel préfère un inconvénient (très) incertain à un inconvénient certain même moindre. La question quelque peu provocatrice qui donne le titre de cette étude semble donc justifiée, tant le constant durcissement en question va d'ailleurs de pair avec une tout aussi constante inefficacité, ce qui paraît peu à peu aboutir à priver de ses droits fondamentaux une catégorie, certes peu recommandable, de personnes et surtout, aboutit parallèlement à mettre à mal les libertés de tous les citoyens.

4. Dès lors que cette législation est de plus en plus répressive et contraire aux droits fondamentaux, et touche surtout des personnes qui sont totalement étrangères au terrorisme notamment par la généralisation des procédures de surveillance informatique, téléphonique ou par la télésurveillance, on est en droit de se poser la question de savoir si le terrorisme n'est pas une excuse maniée par les gouvernants pour assujettir l'ensemble de la population à un contrôle de type autoritaire. Généralisation de la surveillance d'ailleurs globalement inefficace dans sa généralité même et de plus en plus arbitraire puisque échappant au contrôle judiciaire dans la loi relative au renseignement présentée en conseil des ministres le 19 mars dernier et promulgué le 24 juillet malgré de très nombreuses oppositions et une censure partielle du Conseil constitutionnel³.

5. Le fait même de confier à une Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), juridiquement une autorité administrative indépendante, le contrôle du renseignement et d'en déposséder donc la justice ordinaire, est en soi extrêmement préoccupant. Ce qui l'est encore davantage, c'est de préciser que « *en cas d'urgence absolue* », l'autorisation de procéder au renseignement pourra être donnée sans même consulter cette commission, qui se verra informée *a posteriori*. Le fait que le Premier ministre doive justifier ensuite auprès de cette commission des éléments constituant cette « urgence absolue » n'y change rien⁴. Quant à l'urgence absolue en matière terroriste, il s'agit d'un pléonasme.

6. Le fait de mettre en place un droit de recours devant le Conseil d'Etat, qui sera ouvert à « *toute personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard* »⁵ et le fait que le Conseil d'Etat puisse être saisi par la CNCTR

³ www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2015-03-19/renseignement

⁴ Art. L. 821-5 du code de la sécurité intérieure (CSI).

⁵ Art. L. 841-1 1° CSI.

lorsqu'elle estimera qu'une autorisation a été accordée irrégulièrement ne constitue en aucun cas une garantie juridictionnelle sérieuse, quand on connaît la formidable indépendance du Conseil d'Etat par rapport à quelque gouvernement que ce soit, lorsque, précisément, des affaires d'Etat sont en jeu...⁶ On prendra un seul exemple : pendant les émeutes d'octobre-novembre 2005 l'état d'urgence décrété par le gouvernement et contesté par un justiciable, a donné lieu à un arrêt plutôt inquiétant du Conseil d'Etat ne reconnaissant par l'intérêt à agir pour une personne ne résidant pas dans la zone géographique d'application des mesures contestées, préférant donc se fonder sur un motif futile plutôt que d'examiner le fond de l'affaire⁷. En d'autres termes, jamais le Conseil d'Etat ne prononcera un arrêt condamnant un gouvernement en place faisant procéder à des surveillances prévues dans le cadre de cette loi, d'autant plus que le CNCTR comprendra lui-même deux membres du Conseil d'Etat⁸.

7. L'hypothèse que l'on voudrait défendre est que le développement du droit de l'exception qu'est le droit applicable aux terroristes débouche sur la mise en place d'un système juridique qui, en rompant avec la tradition personnaliste romaniste, devient fondamentalement inhumain et antijuridique. En d'autres termes, cette législation aboutit à nier la qualité même de personne, d'être humain, à une catégorie de la population.

8. Pour cela, encore faut-il savoir ce qu'est une personne (I). Il faut également dessiner les contours de ce qu'est le terrorisme (II.). On en conclura à l'inefficacité et à la dangerosité de cette législation pour lutter contre le terrorisme, véritable régression juridique (III.).

⁶ Chacun aura reconnu la fameuse théorie des « actes de gouvernement » qui, depuis son invention en 1875 lors de la fameuse affaire *Prince Napoléon*, a certainement pris des déguisements plus discrets, mais non moins efficaces : aujourd'hui, le Conseil d'Etat ne refuse plus le contrôle contentieux à partir du critère politique de la décision gouvernementale, il appuie le gouvernement quel qu'il soit dans son action politique. Sur la permanence de ces actes au sens strict, Elise Carpentier, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA*, 2015, pp. 799-805.

⁷ CE, 14 nov. 2005, n°286837 ; Philippe Chrestia, « Rejet de la demande de suspension de l'état d'urgence », *AJDA*, 2006, pp. 501-505.

⁸ Art. L. 831-1 CSI. Les autres membres étant deux députés et deux sénateurs, deux magistrats nommés par le président et le procureur général de la Cour de cassation et « *une personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communications électroniques* ».

I. Définition de la notion juridique de personne

A) Droit romain jusnaturaliste : *persona, id est homo*

9. Sur le plan logique il est nécessaire de mettre en lumière la relation entre *homo* et *persona* tant il est vrai qu'existe une relation étroite entre la conception que l'on a de l'être humain et de ses relations avec le droit, et la conception que l'on a des droits fondamentaux⁹.

10. Nombre de juristes actuels distinguent personne humaine et personne juridique, sous l'influence probable de l'intégration, même inconsciente des présupposés du positivisme juridique à travers l'adoption de la notion abstraite de « personnalité juridique »¹⁰ ou de capacité juridique¹¹. Tout cela résulte du passage dans la doctrine française (et italienne) d'une invention de la science juridique allemande du XIX^e siècle, sous l'influence de l'idéalisme hégélien¹². Le droit romain, dont le cadre général de pensée est jusnaturaliste¹³, inscrit la définition de la notion de personne dans un cadre général qui est tracé au début du titre V du livre I du Digeste. Ce texte de Gaius (D.1, 5, 3) placé donc de façon stratégique au début du Digeste, et qui a donc de ce seul fait

⁹ A ce sujet, v. Xavier Martin, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, DMM, 1994 ; *L'homme des droits de l'homme et sa compagne (1750-1850). Sur le quotient intellectuel et affectif du « bon sauvage »*, DMM, 2001.

¹⁰ Guillaume Beaussonie, « Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal », *Droit de la famille*, 9-2012, dossier 5, explique donc à raison que « la personnalité juridique est une théorie. Nulle part on ne trouve sa définition ».

¹¹ Par ex. Aude Mirkovic, « Le droit constate-t-il ou génère-t-il l'existence de la personne physique ? », *Droit de la famille*, 2012, n° 9, dossier 6 : « *Le mot personne désigne à la fois la personne humaine, l'être humain, l'être de chair et d'os, et la personne juridique, c'est-à-dire l'être investi de la personnalité juridique, qualité juridique attribuée par le droit aux individus, ou aux groupes d'individus, et qui leur donne la capacité juridique. Il y a donc deux ordres de personnalité, ce qui exige de préciser à quel ordre correspond la catégorie juridique des personnes* » ; Carole Petit, « La notion de personne au sens juridique », *Droit de la famille*, 2012, n° 9, dossier 3 : « *si la personne est une notion inhérente au droit, elle n'est pas véritablement définie par lui. Aucun code ne précise le sens de la notion. En outre, si la personnalité juridique est assez bien cernée par les dictionnaires juridiques, et appréhendée comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, la notion de personne l'est quant à elle beaucoup moins et lorsqu'un effort est fait pour l'aborder, elle est couramment définie par ses conséquences plus que par sa qualification propre* ».

¹² Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, T. 2, Firmin Didot Frères, Paris, 1841, pp. 2-3 & 12-13 : « *A la vérité, le droit positif, (...) peut modifier doublement l'idée primitive de personne, la restreindre ou l'étendre. Il peut, en effet, refuser à certains individus la capacité du droit en totalité ou en partie ; il peut, en outre, transporter la capacité du droit hors de l'individu, et créer artificiellement une personne juridique. (...) La capacité naturelle commence au moment de la naissance, c'est-à-dire au moment où une créature humaine est complètement séparée de sa mère (...). Si donc, posant la question d'une manière générale, l'on demande quelle est la capacité de l'enfant avant sa naissance, la solution n'est pas douteuse. L'enfant n'a aucune capacité, car il ne peut avoir ni propriété, ni créances, ni dettes ; ce n'est pas une personne dont la représentation soit nécessaire ou possible* ».

¹³ Le fait que dès le début du Digeste (D. 1, 1, 1, 3) le droit naturel soit, avec le droit des gens et le droit civil, placé parmi les sources du droit privé est assez révélateur de l'atmosphère jusnaturaliste dans laquelle baigne tout le droit romain.

une valeur éminemment systématique, indique que « *la principale division du droit des personnes consiste en ce que tous les hommes sont soit libres, soit esclaves* »¹⁴.

11. Le Titre V dans lequel est inséré le fragment de Gaius s'intitule *de statu hominum*. Cela suffit à écarter l'hypothèse selon laquelle le droit s'appliquerait seulement à la personne et non à l'homme. A vrai dire, on peut sans doute aller plus loin et considérer que pour les juristes romains, du point de vue des principes il existe une identité entre *homo* et *persona*. A cet égard, le fragment cité est parfaitement clair : « *la principale division du droit des personnes consiste en ce que tous les hommes sont soit libres, soit esclaves* ». Difficile de nier, semble-t-il, que ce passage ne soit par révélateur d'une équivalence parfaite entre les deux termes. Difficile également de nier la portée systématique de ce passage dans la mesure où les fragments précédents et suivants sont dotés d'une portée systématique évidente¹⁵. Le juriste est, au début du Titre V du Livre I du Digeste, au point cardinal des concepts fondamentaux du droit romain. L'équivalence *homo-persona* en fait partie. De plus, la notion de personne est au cœur de toute la systématique juridique du droit romain par le simple fait qu'elle est placée en tête des livres du Digeste : « *Tout le droit a pour objet soit les personnes, soit les choses, soit les actions* ». L'ordre a un sens¹⁶.

¹⁴ D. 1, 5, 3 (Gaius, Inst. 1, 9) : « *summa itaque de iure personarum divisio haec est : quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi* ». David Deroussin commente ce passage en indiquant qu'il marquait le fait que, si liberté et esclavage atteignent des êtres concrets, des hommes, sur le plan juridique « *ils déterminent des statuts et définissent donc des catégories de personnes. Autrement dit, le droit, parce qu'il est un artefact, ne peut s'appliquer qu'à des éléments de même nature que lui : des personnes et non pas des hommes. Parce qu'il est une abstraction, il saisit non pas à tel ou tel mais la protection juridique (la personne) d'un tel* », in « *Homo / persona. Archéologie antique de la personne* », *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, Bernard Gallinato-Contino et Nader Hakim (dir.), PU Bordeaux, 2014, p. 671. L'auteur soutient la thèse selon laquelle les notions d'*homo* et de *persona*, loin de se confondre sauf exceptions non techniques, sont au contraire clairement distinguées par les juristes romains dans la mesure où la notion de *persona* serait essentiellement caractérisée par son « artificialité ». Il y aurait donc par conséquent des hommes qui, « *en tant qu'ils appartiennent au genre humain, indépendamment de leur qualification par le droit* » sont qualifiés par les juristes romains d'*homines*. Et par ailleurs, une notion artificielle, construite, fonctionnelle, relevant seulement du droit (qualifié pour sa part d'« artefact » sans doute sous l'influence kelsenienne), la notion de *persona*.

¹⁵ D. 1, 5, 1 : « *Omne ius, quo utimur, uel ad personas, uel ad res, uel ad actiones* » ; « *Tout le droit a pour objet soit les personnes, soit les choses, soit les actions* » ; D. 1, 5, 4 : « *Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid ui, aut iure prohibetur* » ; « *La liberté est la faculté naturelle de faire ce qui plaît, hormis ce qui est empêché par la force ou ce que le droit interdit* ». Sur la valeur éminemment systématique de cette partie du Digeste : Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, Torino, Giappichelli, 1990, pp.167-169.

¹⁶ En dépit de certaines tentatives actuelles pour le nier : Emmanuel Lazayrat, « *La distinction des personnes et des choses* », *Droit de la famille*, 4-2013, étude 5 : « [...] si l'expression elle-même de *summa divisio* relève bien du droit romain, son application en tant que *summa divisio* (division suprême et rigoureuse) à la distinction chose-personne ne se retrouve pas *stricto sensu* dans les textes juridiques romains. Autrement dit, ce qui distingue la personne de la chose en droit romain n'est pas une *summa divisio*, du moins aux yeux des juristes romains ». Significativement, l'auteur veut étudier « *la notion de personne dans la perspective des choses en droit romain* ». Il semble que ce que la seule chose que les Romains pensaient possible de faire juridiquement était au contraire d'envisager les choses dans la perspective des personnes !

12. Cette identité *homo-persona* résulte d'ailleurs du fait que ces notions ne sont nullement abstraites, mais bien concrètes, comme en témoigne le fait que le terme *homo* soit utilisé dans des formules solennelles du *ius civile*, pour l'acquisition et la défense des droits des *Quirites* sur les esclaves (par les techniques de *mancipatio*, *in iure cessio* et *legis actio sacramenti*)¹⁷. Dans ces cas précis, l'esclave, être humain concret, est désigné techniquement par le terme *homo*.

13. Cette tradition juridique romaniste s'est maintenue jusqu'à une période récente, dans la pensée juridique et le droit de la Révolution et du Code civil¹⁸.

B. Maintien de la tradition juridique romaniste (Révolution et Code civil)

14. Pendant la discussion de l'article 725 du Code civil, le Tribun Chabot de l'Allier fit un rapport, le 16 avril 1803, qui reprenait exactement, et explicitement, la tradition juridique romaniste centrée sur la notion de personne¹⁹. Par ailleurs, on note que, comme dans le Digeste, le Livre I du Code civil est consacré aux personnes, signe que le droit est d'abord fait pour les personnes et seulement subsidiairement pour les biens et les manières dont on acquiert la propriété.

15. Chabot de l'Allier expliquait qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant soit né pour être capable de succéder, il suffit qu'il soit conçu au moment où s'ouvre la succession²⁰. Chabot ajoutait qu'en tant qu'être vivant, l'enfant, avait dès sa conception la capacité de succéder. Son argumentation est la reprise évidente de dispositions issues du droit romain, notamment en ce que ce droit est un droit reposant sur le droit naturel : « *Il serait contre le vœu de la nature, qu'un enfant fût privé des successions échues dans l'intervalle de sa conception à sa naissance : aussitôt qu'il est conçu, on le considère comme étant né, lorsqu'il y va de son intérêt* »²¹.

¹⁷ Gaius, *Inst.*, 1, 119 ; 2, 24 ; 4, 16 ; Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, op. cit., p.168.

¹⁸ Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, op. cit., pp.196 et ss., sur la protection juridique de l'enfant à naître dans le droit romain et dans les droits de tradition romaniste (jusqu'au Code civil de 1804).

¹⁹ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 12, Videcoq, Paris, 1836, p. 168. Chabot s'appuie explicitement sur D. 5, 4, 3 ; 1, 5, 7 & 26 et 37, 9, 10. Le premier fragment pose le principe général de la réserve des droits de l'enfant pour qu'il puisse les exercer à sa naissance (« *Les Anciens, pour conserver les droits de l'enfant qui est encore dans le ventre de sa mère, les ont réservés en entier jusqu'au temps de sa naissance* »). Le dernier fragment permettant à l'enfant à naître, pourvu qu'il soit conçu avant la mort du testateur, de prétendre à la succession prétorienne.

²⁰ Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions, formant le titre premier du livre troisième du code civil*, T. 1, 5^e éd., Nève, Paris, 1818, p. 68.

²¹ Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions, formant le titre premier du livre troisième du code civil*, op. cit., p. 68.

16. En droit romain, le principe est que l'enfant, dès sa conception, existe, est considéré comme une personne : « *ceux qui sont dans le sein de leur mère, sont presque toujours réputés nés : car on leur rend les successions qui leurs sont échues par la loi* »²². Et de même que Chabot plaidait pour que l'intérêt de l'enfant soit pris en compte dès sa conception, le droit romain prévoyait que : « *on considère comme déjà né, l'enfant qui est dans le sein de sa mère, toutes les fois qu'il s'agit de son avantage, quoiqu'il ne puisse être utile à personne avant sa naissance* »²³.

17. La rédaction de l'article 725 du Code civil, pour être négative²⁴, n'en reprend pas moins de façon évidente le principe du droit de succéder de l'enfant à naître, donc de sa capacité juridique ; il repose donc implicitement sur le fait de considérer cette enfant comme une personne, parce qu'il est *naturel* de le faire. De ce point de vue, le législateur, antique ou napoléonien, se reconnaît incapable de modifier l'ordre naturel, dans lequel son œuvre a l'ambition de s'inscrire.

18. Cette tradition romaniste, qui passe d'abord évidemment par la connaissance du droit romain, explique pourquoi la notion de personne est au cœur de la réflexion juridique des révolutionnaires et des législateurs de l'époque consulaire. Cela explique également pourquoi l'abandon de la tradition romaniste et jusnaturaliste aboutit à l'apparition de nouvelles difficultés.

C. Difficultés posées par les droits positifs modernes

19. Le droit romain en ce qui concerne l'homme et son identité juridique (la personne) est caractérisé par une logique concrète qui rend impossible la manipulation conceptuelle. Ainsi, l'identité entre *homo* et *persona* empêche que l'on puisse nier juridiquement l'humanité à une personne, comme c'est le cas au contraire dans la législation national-socialiste et dans la

²² D. 1, 5, 26 (Iulianus libro 69 digestorum) : « *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitima hereditates his restituuntur* ».

²³ D. 1, 5, 7 : (Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur) : « *Quae liberis damnatorum conceduntur. Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* ».

²⁴ Art. 725 C. civ (1804) : « *Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi sont incapables de succéder,*

1.° *Celui qui n'est pas encore conçu ;*

2.° *L'enfant qui n'est pas né viable ;*

3.° *Celui qui est mort civilement* ».

On peut comparer avec la rédaction actuelle, issue de la loi du 3 déc. 2001 : « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112* ».

législation fasciste, comme c'est aussi le cas dans les législations dites démocratiques pour les enfants à naître en deçà d'une certaine durée de conception²⁵.

20. L'article 1^{er} du code civil italien de 1942, disposait que « *la capacité juridique s'acquiert au moment de la naissance. Les droits que la loi reconnaît en faveur de l'enfant conçu sont subordonnés à l'événement de la naissance. Les limitations à la capacité juridique dérivant de l'appartenance à des races déterminées sont définies par des lois spéciales* ». En d'autres termes, l'appréhension de la personne humaine de façon abstraite, à travers le concept de « capacité juridique » permet de priver certains de droits, qui se retrouvent de fait exclus de la catégorie des personnes, donc des hommes. C'est vrai pour les juifs depuis les lois raciales italiennes de 1938²⁶, c'est également vrai pour les enfants à naître, juridiquement relégués dans la sphère de la non-existence. Il est d'ailleurs significatif que les deux soient organiquement liés dans cet article du code civil italien de 1942 dont le second alinéa a été abrogé à la fin de la guerre, mais dont la logique d'exclusion demeure dans le premier qui reste en vigueur aujourd'hui.

21. Un autre exemple parlant de logique exclusive du droit concerne la législation de l'Allemagne national-socialiste ; l'article 2 § 3 de la Loi sur la citoyenneté du Reich (*Reichsbürgergesetz*) du 15 septembre 1935 disposait ainsi que « *le citoyen du Reich est le seul titulaire de la totalité des droits politiques conformément aux lois* »²⁷. Etant entendu que les §§ précédents définissait le citoyen par son appartenance raciale, donc excluait de la citoyenneté certaines personnes des droits civiques. Il faut noter que dans ce cadre juridique particulier, la remise des droits civiques est subordonnée à la délivrance d'un certificat de citoyenneté²⁸. Cette disposition en apparence technique signifie en réalité que les droits politiques ne sont pas attachés naturellement à l'homme, à la personne, mais seulement au citoyen et ne résultent que de leur reconnaissance explicite par l'Etat, qui peut évidemment le refuser, donc exclure qui il entend de la

²⁵ Sur l'identité entre *homo* et *persona* en droit romain, Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, op. cit., pp.167-172 ; sur la protection juridique de l'enfant à naître dans le droit romain et dans les droits de tradition romaniste (jusqu'au Code civil de 1804), *Idem*, pp.196 et suiv.. Pour une vue d'ensemble sur la question des enfants à naître, Michel Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 152-167. L'auteur utilise de façon intéressante la notion romaine de *nasciturus*, enfant à naître, mais aucune référence au droit romain n'apparaît clairement dans ses développements.

²⁶ Notamment le Regio Decreto-Legge du 17 nov. 1938 portant *Dispositions pour la défense de la race italienne* qui interdisait les mariages entre italiens et juifs, interdisait aux juifs la possession de terres dépassant une certaine valeur, l'accès à certaines professions, etc. ; Saverio Gentile, *Le leggi razziali : scienza giuridica, norme, circolari*, EDUCatt, Milano, 2010, pp. 145-163.

²⁷ Art. 2 § 3 : *Der Reichsbürger ist der alleinige Träger der vollen politischen Rechte nach Maßgabe der Gesetze.*

²⁸ Art. 2 § 2 : « *Le droit de citoyenneté sera accordé par délivrance de certificats de citoyenneté* » (*Das Reichsbürgerrecht wird durch Verleihung des Reichsbürgerbriefes erworben*).

sphère de la citoyenneté. Une législation donc radicalement anti-jusnaturaliste et positiviste jusqu'à l'absurde²⁹.

22. Ce genre de manipulation juridique anti-jusnaturaliste n'est pas le propre des régimes totalitaires ; ou plus exactement, il apparaît malheureusement qu'en cette matière les Etats dits démocratiques se comportent structurellement comme des Etats totalitaires. Les Etats-Unis d'Amérique ont ainsi connu le même type de législation jusqu'aux années 1960. Le fameux arrêt de la Cour suprême du 18 mai 1896, *Plessy v. Ferguson*, aboutissait de fait à entériner le principe de la ségrégation raciale (à travers la doctrine abstraite du « *separate but equal* ») en écartant l'application du XIV^e amendement de la Constitution qui reconnaît à toute personne née aux USA la citoyenneté, ce qui implique que dans le cadre d'une égale protection de la loi, les Etats fédérés ne puissent porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne (vie, liberté, propriété) sans un *due process of law*, sans un jugement légal³⁰.

23. Une fois les contours de la notion de personne tracés, reste à tenter d'apprécier ce qu'est « le » terrorisme.

II. Ambiguïtés de la notion de terrorisme

A) Pluralité de la notion de terrorisme dans les textes juridiques

24. On s'en tiendra ici au code pénal car le code de la sécurité intérieure comprend également un titre entier consacré à la « *lutte contre le terrorisme et les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation* » ; ce dernier ne définit pas le terrorisme mais organise, comme son titre l'indique, les moyens de lutte contre celui-ci. En tout cas, en ce qui concerne les dispositions du code pénal, force est de constater que la définition « du » terrorisme comme notion unitaire apparaît comme une entreprise parfaitement vaine.

²⁹ Sur tout cela, mais sans aucune prise en compte de la question du positivisme et du jusnaturalisme : Giorgio Agamben, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1997, pp. 139-166.

³⁰ Andrew Kull, *The Color-Blind Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, pp. 113 et suiv.

25. En effet, si l'article 421-1 semble dans un premier temps définir de façon exhaustive les éléments constituant « *des actes de terrorisme* », les articles suivants ne peuvent que compléter cette première définition par un inventaire à la Prévert. Significativement, les articles 421-2, 421-2-1 et 421-2-2 du Code pénal commencent par « *constitue également un acte de terrorisme* ». Pour une raison mystérieuse, l'article 421-2-6 commence lui par « *constitue un acte de terrorisme* » ce qui n'est pas pour clarifier la question.

26. Cette situation quelque peu embrouillée est le symptôme d'une impossibilité de définir juridiquement le terrorisme, qui n'est pas une notion par nature juridique mais politique. Au mieux, le législateur pourra multiplier à l'infini les cas dans lesquels on est en présence d'un acte de terrorisme.

27. Par ailleurs, le fait que s'accumulent pêle-mêle dans la définition de l'acte terroriste des actes de violence contre les personnes, les biens, des infractions de blanchiment, de recel, d'empoisonnement de personnes ou de l'environnement, des faits de financement ou de participation à l'étranger à des activités « *de groupements terroristes* », contribue à accréditer que la définition de l'acte terroriste relève pratiquement de l'arbitraire. Cela conduit à la constatation de l'inexistence *du* terrorisme, tant juridiquement qu'historiquement, et à la conclusion selon laquelle existent en réalité *des* terrorismes.

B) Inexistence « du » terrorisme, réalité *des* terrorismes

28. Utiliser sans réflexion historique, politique et juridique préalable l'expression « le » terrorisme est une absurdité sur le plan scientifique ; autant laisser cette absurdité aux journalistes et aux politiques. En réalité, tout semble indiquer qu'il y ait eu, et qu'il y ait encore différentes formes de terrorisme, la formule attrape-tout n'étant qu'une manipulation du langage destinée à donner une unité fictive à une réalité plus complexe, dans un but de condamnation morale. Comme toutes les condamnations morales, l'appréhension « du » terrorisme en tant que phénomène cohérent et unitaire vise uniquement à le présenter comme étant « le » mal et donc à justifier toutes les atteintes aux droits fondamentaux de la personne pour lutter contre. Car par définition on ne négocie pas avec « le » Diable.

29. On rappellera simplement à cet égard que l'occupant allemand qualifiait de terrorisme, y compris sur le plan juridique, les actes de la résistance française pendant la seconde guerre mondiale³¹. On pourrait également rappeler³¹ que des terroristes sont devenus chefs d'État, Menahem Begin par exemple, dirigeant de l'organisation militaire terroriste *Irgoun* après la seconde guerre mondiale et premier ministre d'Israël en 1977. Il en est de même pour Martin Mc Guinness, vice-premier ministre d'Irlande du Nord depuis 2007, après avoir été le chef militaire de l'organisation terroriste qu'était l'Armée Républicaine Irlandaise à la fin des années 1970.

30. Scientifiquement, on peut donc proposer la classification suivante³² :

- Le terrorisme idéologique, lui-même décomposé entre terrorisme socialiste révolutionnaire, terrorisme néo-fasciste et terrorisme religieux (Anarchistes du XIX^e, RAF, Brigades Rouges, Action Directe, NAR, terrorisme islamiste)
- Le terrorisme national de libération (Vehme, Irgoun, IRA, ETA, FLNC, etc.)
- Le terrorisme d'Etat (Syrie, Lybie, France, USA, Israël, etc.)

31. Bien entendu, on peut considérer que certains types historiques de terrorisme appartiennent à plusieurs catégories. Ainsi, le terrorisme national de libération mené par l'IRA était également appuyé sur une idéologie de type marxiste, et bien sûr sur une base religieuse. Mais il est sans doute acceptable de considérer que ce marxisme d'une partie de l'IRA (d'une partie de sa direction) était subsidiaire par rapport à l'essentiel qui était la libération nationale de l'Irlande du Nord de l'occupation britannique. On pourrait même affirmer, à la lumière des événements récents qui ont vu le partage du pouvoir entre protestants et catholiques que le conflit religieux était subsidiaire par rapport à la question nationale. Symptomatiquement le partage du pouvoir entre les anciens ennemis qu'étaient Ian Paisley et Martin Mc Guinness au sein de l'exécutif nord-irlandais mis en place depuis 2006-2007...

32. En tout cas, la permanence de l'utilisation du concept unitaire de terrorisme signale qu'à certains égards, on est en présence de l'instrumentalisation de cette notion par l'État.

³¹ Clément Millon, *Occupation allemande et justice française : les droits de la puissance occupante sur la justice judiciaire 1940-1944*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 314 et suiv.

³² Sauf erreur, cette classification ne se trouve pas dans les différents ouvrages traitant de l'histoire du terrorisme, qui ne se soucient guère de classifications scientifiques.

C) Instrumentalisation de la notion de terrorisme par l'Etat

33. La société spectaculaire marchande quand bien même elle prétend être pacifique s'est construit un ennemi. Il faut dire qu'un système politique, quel qu'il soit, a toujours besoin d'un ennemi, même –ou surtout– dans la mesure où il se proclame pacifiste ; cet ennemi fantasmagorique, spectaculaire comme la société dont il est le produit, n'est autre que le terrorisme : *« cette démocratie si parfaite fabrique elle-même son inconcevable ennemi, le terrorisme. Elle veut, en effet, être jugée sur ses ennemis plutôt que sur ses résultats »*³³. Ce qui est logique vu que ses résultats sont : l'enrichissement insensé de quelques-uns au détriment de tous les autres, le règne du capital au détriment du travail, de la spéculation financière et boursière, la destruction des conditions naturelles de vie jusqu'à un point délirant, la manipulation génétique des végétaux, des animaux et bientôt de l'être humain...

34. Comme le dit Guy Debord, *« l'histoire du terrorisme est écrite par l'Etat ; elle est donc éducative. Les populations spectatrices ne peuvent certes pas tout savoir du terrorisme, mais elles peuvent toujours en savoir assez pour être persuadées que, par rapport à ce terrorisme, tout le reste devra leur sembler plutôt acceptable, en tout cas plus rationnel et plus démocratique »*³⁴.

35. Si cet ennemi spectaculaire a été mis en place par la société spectaculaire marchande, c'est parce que dans un monde unifié par le spectacle, il ne saurait y avoir d'opposition si ce n'est illégitime : l'anathème remplace donc le combat politique ; la « lutte contre le terrorisme », figure caricaturale et spectaculaire de l'ennemi remplace l'opposition politique dans la mesure où dans un monde unifié de façon totalitaire et violente par l'économie, il ne saurait y avoir de politique, c'est-à-dire de choix pour le citoyen réduit à l'état de spectateur.

36. Quoi que l'on pense du terrorisme, le résultat (on juge un arbre à ses fruits) est un contrôle toujours plus étendu sur tous les aspects de la vie, des pouvoirs policiers toujours renforcés, et des libertés individuelles toujours amoindries, notamment au profit des entreprises de sécurité privée, dont les effectifs sont aujourd'hui pratiquement aussi importants que ceux des agents publics³⁵.

³³ Guy Debord, *Commentaires sur la société du spectacle*, Gallimard, 1988, p. 32.

³⁴ Idem, p.33.

³⁵ Florence Nicoud, « La répartition des compétences entre l'Etat et les opérateurs privés en matière de sûreté aéroportuaire », *AJDA*, 38-2006, p.2107 ; « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, pp.1247-1273.

37. La lutte contre cet ennemi largement fantasmatique qu'est le terrorisme permet toutes les dérives, précisément parce que cet ennemi relève essentiellement du fantasme. Une illustration parmi des dizaines peut être trouvée dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme adoptée à Varsovie le 16 mai 2005 et signée par la France le 22 mai 2006³⁶. Ce texte (dont le contenu est par ailleurs parfaitement concevable dans le cadre d'une coopération policière des Etats européens) affirme dans son préambule que les Etats signataires sont « *conscients de la grave inquiétude causée par la multiplication des infractions terroristes et par l'accroissement de la menace terroriste* ». Le seul élément ne relevant pas de la contre-vérité réside évidemment dans « l'inquiétude » dont le texte se fait l'écho. En ce qui concerne le nombre d'infractions terroristes, il n'a jamais été aussi peu élevé en Europe. A titre de comparaison, la seule Italie a subi environ 14.000 attentats entre 1969 et 1986, qui ont fait 415 morts et 1 180 blessés. « *Multiplication des infractions terroristes* »³⁷?

38. Du point de vue juridique, force est donc de constater que le développement de la répression anti-terroriste, dont on constate d'ailleurs l'inefficacité, a pour résultat un certain nombre de régressions.

III. Régressions juridiques impliquées par le développement de la notion de terroriste

A) Droit pénal de l'ennemi

39. Depuis 2001, les Etats-Unis et d'autres Etats à leur suite, ont mis en place une politique pénale que l'on appelle désormais, à la suite des travaux du pénaliste allemand Günther Jakobs le « droit pénal de l'ennemi » et qui consiste en somme à considérer le coupable d'une infraction -symptomatiquement le terroriste- non pas comme un délinquant mais comme un ennemi de la communauté nationale toute entière. D'où les mesures d'exception (devenues habituelles avec le

³⁶ Décret n° 2008-1099 du 28 oct. 2008 portant publication de la convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (ensemble une annexe), adoptée le 16 mai 2005 à Varsovie, signée par la France le 22 mai 2006 (JO du 30, p. 16475).

³⁷ Pour une comparaison synthétique et commode entre la France et la Belgique, v. Maria Luisa Cesoni, « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux », Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité Texte imprimé : *La normalisation de l'exception : étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, M. L. Cesoni (dir.), Bruylant-LGDJ, 2007, not. pp. 38-42.

temps) comme la rétention sans jugement, les mesures de répression anticipée voire le recours aux exécutions extra-judiciaires et à la torture³⁸.

40. Dans un article récent, un auteur a très bien expliqué en quoi consistait ce droit pénal de l'ennemi et averti des conséquences de cette nouveauté juridique : « *Le droit pénal de l'ennemi apparaît comme un nouveau modèle possible du droit pénal, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions ante delictum en réponse à la crise des Etats qui seraient dans l'incapacité d'assurer le contrôle du crime et de la sécurité. La neutralisation de l'ennemi dangereux est au cœur de la théorie qui implique que la société s'octroie le droit de désigner l'ennemi afin de lui réserver un traitement différencié tant au regard des règles de fond que de forme du droit pénal, marquant ainsi un affaiblissement incontestable des droits fondamentaux* »³⁹.

41. En d'autres termes, le droit pénal de l'ennemi est par nature un droit de l'exception car « *une politique criminelle fondée sur le paradigme de l'ennemi se base essentiellement sur l'idée que les règles juridiques en vigueur pour le citoyen ne peuvent s'appliquer à qui rejette totalement les règles qui sont à la base de la société civile parce qu'il y porte atteinte brutalement, totalement, précisément sans aucune règle ; en effet, un citoyen, même dans le cas où il n'est pas "bon citoyen", par exemple lorsqu'il est délinquant, reste lié à la société par un rapport de reconnaissance réciproque en vertu duquel la société garantit à cet individu la protection de ses droits fondamentaux* »⁴⁰.

42. De nombreux auteurs ont souligné la gravité des atteintes aux droits fondamentaux causés par cette pénalité d'un genre très particulier. Mais ce qui n'est que rarement mis en évidence, c'est que la logique résultant de ce genre de mesure finit par contaminer l'ensemble du système juridique, au point que l'on perde tout sens des mots. En témoigne ce qu'écrivait Günther Jakobs lui-même : « *il est difficile d'imaginer qu'un Etat pourrait parfaitement se passer d'un droit d'exception comme le droit pénal de l'ennemi ; parce qu'un Etat de droit n'est pas qu'une simple pensée, mais un véritable ordre juridique dès lors qu'il garantit la validité des normes, ce qui veut dire, qu'il dirige de façon déterminante l'orientation sociale. Cependant, la manière selon laquelle*

³⁸ Pour un cadre général très récent, Ludovic Hennebel, « L'exceptionnalisme américain », *Libertés et exceptionnalismes nationaux*, Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Guy Scoffoni (dir.), Bruylant, 2015, pp. 137-154.

³⁹ Jean-François Dreuille, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence-Revue critique*, 2012, n° 3, p. 150. On pourra se reporter à cet article pour une bibliographie exhaustive sur la question.

⁴⁰ Michèle Papa, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC*, 2009-1, p.3.

cette orientation devrait être garantie ne dépend pas seulement de l'Etat de droit, mais aussi de son environnement hostile. On serait aveugle à la réalité des choses, si on niait l'existence d'une tension entre la notion de l'Etat de droit dans sa forme la plus parfaite, et ce qu'on peut pratiquement atteindre dans un Etat de droit. Et si l'on occultait le fait qu'un Etat de droit parfait pourrait garantir à des terroristes des conditions de bases idéales »⁴¹. Le véritable aveuglement hélas, réside dans le fait de confondre le droit pénal, qui s'applique au citoyen ou au résident, et la notion d'ennemi qui ne saurait se comprendre que comme conséquence d'un état de guerre. Mélanger les deux aboutit évidemment à envisager une guerre de l'Etat contre ses propres citoyens, ce qui est une aporie conceptuelle déjà résolue depuis longtemps par Hobbes...

43. Il est heureux, *a contrario*, que dans un débat récent mené dans le cadre de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, la dangerosité du rétablissement de la peine d'indignité nationale pour sanctionner le crime de terrorisme a été remise dans la perspective de cette question du droit pénal de l'ennemi⁴². Comme l'a souligné Giorgio Agamben la question de la lutte contre le terrorisme a au moins le mérite de permettre le questionnement à propos d'une notion fondamentale du droit public depuis la fin du Moyen Age, la souveraineté.

B. Souveraineté

44. Si la notion de personne est une abstraction, donc résulte de la volonté du législateur, du souverain ou du législateur-souverain, il ne saurait que difficilement être question de droits fondamentaux innés. Ces droits fondamentaux peuvent très bien être reconnus dans ce contexte, il serait excessif de le nier, mais ils ne sauraient l'être qu'artificiellement et en tout état de cause cette possibilité ne saurait être séparée de la possibilité inverse. Autrement dit, dans le contexte d'une conception abstraite et artificialiste du droit, le Souverain-Etat-Législateur peut décider de protéger tous les êtres humains au moyen de la technique des droits fondamentaux ; mais la protection naturelle, inaliénable, donnée par les droits fondamentaux considérés comme des droits innés est abandonnée⁴³. La question de la lutte contre le terrorisme supposé ou réel doit

⁴¹ Günther Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009-1, p.17.

⁴² Jean-Jacques Urvoas, rapport d'information n° 2677 sur l'indignité nationale, Ass. nat., 25 mars 2015, pp. 20 & 29. www.videos.assemblee-nationale.fr/video.6593.commission-des-lois--legitime-defense-des-policiers--indignite-nationale-communication-du-preside-25-mars-2015; www.libertes.blog.lemonde.fr/2015/03/27/jean-jacques-urvoas-lindignite-nationale-une-laicisation-de-lexcommunication/

⁴³ Sur les différentes manières d'envisager les droits de l'homme, une bonne synthèse est donnée par Bjarne

donc, *in fine*, être remise dans le contexte de la question plus générale de la souveraineté. En effet, en lisant Agamben, François Saint-Bonnet a bien vu que ce dernier ne reliait pas l'état d'exception à une situation de trouble, mais à la souveraineté⁴⁴.

45. Chez Carl Schmitt, l'idée de souveraineté est liée à la notion d'arbitraire : « *est souverain celui qui décide des circonstances exceptionnelles* »⁴⁵. Si l'on veut vraiment construire la généalogie de la souveraineté, il faut évidemment partir de Bodin. L'acte de naissance du phénomène de la souveraineté est bien connu, il s'agit des *Six livres de la République*, paru pour la première fois en 1576⁴⁶. Néanmoins, dans ce contexte pourtant troublé des guerres de religion, Bodin exprime encore l'idée selon laquelle la loi divine reste supérieure à la souveraineté du roi ou de l'Etat, ce qui constitue une limite théorique importante. L'inventeur même de la théorie de la souveraineté, après avoir énoncé qu'elle était « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* » nuance le caractère absolu de la souveraineté par le droit naturel, en ayant soin de préciser que les monarques qui ne respectaient pas cette limite tombaient de fait dans la tyrannie : « *Donc la Monarchie royale, ou legitime, est celle où les subjects obeissent aux loix du Monarque, et le Monarque aux loix de nature, demeurant la liberté naturelle et propriété des biens aux subjects. La Monarchie seigneuriale est celle où le Prince est fait Seigneur des biens et des personnes par le droit des armes, et de bonne guerre, gouvernant ses subjects comme le pere de famille ses esclaves. La Monarchie tyrannique est où le Monarque mesprisan t les loix de nature, abuse des personnes libres comme d'esclaves, et des biens des subjects comme des siens* »⁴⁷.

46. La conception de la souveraineté pleinement absolue telle que Schmitt la décrit résulte quant à elle d'une sécularisation radicale du politique, qui désormais n'a plus aucune limite résultant d'une loi supérieure. Désormais, il est possible pour le législateur de tout faire, de priver telle ou telle personne de ses droits fondamentaux puisqu'ils ne sont pas naturels. La souveraineté,

Melkevik, « Légitimité et Droits de l'homme », *L'odyssée des Droits de l'homme III. Enjeux et perspectives des Droits de l'homme*, Jérôme Ferrand & Hugues Petit (dir.), L'Harmattan, 2003, pp. 213-222.

⁴⁴ François Saint Bonnet, *L'état d'exception*, Puf, 2001, p. 3.

⁴⁵ Carl Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p. 15.

⁴⁶ On ne suivra pas du tout sur ce point Julien Freund, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, p.117, selon qui « *la souveraineté a toujours existé en fait partout où il y a eu commandement, seulement on a négligé de l'étudier et d'en faire la théorie* ».

⁴⁷ Jean Bodin, *Les six livres de la République*, II, II, pp. 34-35. La formule de la souveraineté est présente en I, X ; *idem*, II, III, p. 43 : « *Le Monarque royal est celui, qui se rend aussi obeissant aux loix de nature, comme il desire les subjects estre envers luy, laissant la liberté naturelle, et la propriété des biens à chacun* ».

en soit, en arrive à contaminer tous les domaines du droit. La question de l'encadrement juridique du terrorisme n'en est qu'une illustration.

47. L'abandon du cadre du droit naturel aboutit à ce que le législateur puisse décider qui est un être humain ou non, comme les lois italiennes de 1938 et 1942. Ce sont là des conséquences de la toute-puissance, de la souveraineté de la volonté, quand le droit naturel considère que tous les êtres humains sont égaux devant le droit, quelle que soit leur race et y compris lorsqu'ils ne sont pas encore nés. La souveraineté apparaît donc comme une tentative malheureusement réussie de faire absorber le droit par la décision unilatérale et arbitraire. Comme une subversion profonde de l'idéal juridique antique du droit naturel par la notion moderne d'État, désormais compris comme unité et indivisibilité du pouvoir suprême⁴⁸.

48. Il faut donc mettre à l'épreuve le droit de l'exception à la lumière du droit naturel.

C. Le droit de l'exception : antijuridique et inhumain dans une perspective jusnaturaliste

49. La réponse que l'on donnera à la question posée par l'organisateur de ce séminaire est donc la suivante : pour lutter contre le terrorisme aujourd'hui, *il est urgent de ne rien faire*. D'une part parce que l'arsenal juridique est déjà tellement important que l'on s'y perd, et qu'il est déjà au maximum de son efficacité, puisque apparemment plusieurs attentats sont déjoués chaque année. Il faut également se débarrasser radicalement de l'illusion selon laquelle un Etat pourrait assurer une sécurité absolue pour l'ensemble de ses citoyens. A moins que l'on veuille vivre à la coréenne... du Nord.

50. Une Démocratie et un Etat de Droit dignes de ce nom ne doivent pas utiliser les armes de leurs ennemis faute de quoi, en reconnaissant de fait le bien fondé de leurs méthodes, ils cessent d'être Démocratie et Etat de Droit. C'est un véritable déshonneur, dans un pays civilisé, d'utiliser les méthodes et les raisonnements des ennemis de toute civilisation.

51. La France dispose déjà de tout l'arsenal législatif et judiciaire nécessaires pour lutter contre les terrorismes. Si comme l'a dit le premier ministre lui-même il y a des « failles » dans le

⁴⁸ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Puf, 1994, pp. 131 et suiv.

renseignement français, ce n'est pas la loi qui est responsable, et il est donc parfaitement vain de vouloir la modifier encore. Les dispositions législatives antiterroristes sont déjà tellement nombreuses en France qu'en rajouter encore ne relève ni du droit ni de la volonté sincère de contribuer à la sécurité de tous, mais de la pensée magique. Rappelons que la dernière en date et qui contient des dispositions extrêmement dangereuses, date du...13 novembre 2014. Remarquable efficacité.

52. Faire enfler et durcir l'arsenal législatif répressif antiterroriste n'aboutit concrètement qu'à porter atteinte aux libertés individuelles fondamentales des citoyens honnêtes quand les terroristes, par définition, ne respectent –eux- aucune loi. Dissuader un terroriste avec une loi semble pour le moins naïf.

53. Les citoyens honnêtes n'ont pas à payer du sacrifice de leurs libertés individuelles les incompétences individuelles des responsables de l'administration et des dirigeants politiques. A la fin de l'empire carolingien, l'incompétence et l'incapacité des élites à protéger ce dernier des invasions a abouti à ce que ces élites s'emparent finalement du pouvoir au niveau local pour leur propre compte, tout en laissant l'Etat tomber, pour des siècles, dans une totale déshérence : cela a donné naissance à la féodalité, « cet inique et absurde gouvernement dans lequel l'espèce humaine est dégradée, et où le nom d'homme est en déshonneur »⁴⁹. Revenir au Moyen Age ? Non merci.

54. Il faut accepter, dans une Démocratie et un Etat de Droit, les risques inhérents à la jouissance de la liberté, faute de quoi on finit par abandonner la Démocratie et l'Etat de Droit. Les lois d'exception, et le droit français du terrorisme tend à devenir un droit d'exception, sont le propre des régimes totalitaires ; comment peut-on être assez aveugle pour croire que l'on peut combattre une pensée totalitaire en adoptant ses méthodes ?

55. C'est l'Espagne qui devrait servir d'exemple. Frappé très durement lors des attentats de Madrid le 11 mars 2004, après avoir connu pendant des décennies des attentats commis par les nationalistes basques d'ETA, ce pays a fait la preuve de sa solidité et de sa dignité en n'adoptant

⁴⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, 1762, III, XV.

pas une législation d'exception, ce qui n'a aucunement contribué à faire se multiplier les actes terroristes, au contraire. La fameuse citation de Benjamin Franklin -même s'il n'est pas absolument certain qu'elle soit de lui- illustre parfaitement les enjeux en matière de sécurité et de liberté : « *Ceux qui sont prêts à abandonner une liberté essentielle pour obtenir un peu de sécurité temporaire, ne méritent ni la liberté ni la sécurité* ».

Marie-Béatrice LAHORGUE

Maître de conférences HDR en droit à l'Université de Haute Alsace, CERDACC

*« Et l'esprit humain, au réveil de son ivresse,
s'est étonné des excès où l'avait emporté son fanatisme »
Voltaire, Traité sur la tolérance, Ch. IV*

Résumé : *La précédente version (et 1^{ère} partie de cet article¹) intitulée « Le pot de terre contre le pot de fer » rendait compte de « l'esprit de Charlie » saisi par le droit au lendemain des attentats du 11 janvier 2015. Depuis, l'émotion est retombée ; l'« esprit de Charlie » cédant peu à peu la place à l'« esprit des lois » anti-terroristes. Pour les uns, elles apparaissent liberticides, pour les autres, elles sont nécessaires à la sauvegarde de la démocratie.*

1. Ne l'oublions pas : « la France est en guerre contre le terrorisme, le djihadisme et l'islamisme national », ce qui appelle « une fermeté implacable dans le respect de ce que nous sommes, un Etat de droit »². La France est en effet officiellement en guerre depuis les premières frappes aériennes de l'armée française, le 18 septembre 2014, dans le cadre de la coalition internationale sur un entrepôt de l'Etat islamiste (EI). Le 22 septembre 2014, le porte-parole de l'EI appelle ses partisans à « tuer tout mécréant qu'il soit américain ou européen ». Le 25 septembre, au-lendemain de la décapitation d'Hervé Gourdel, enlevé en Algérie par des djihadistes liés à l'EI, le mot « guerre » est celui qui revient le plus souvent dans les médias³. Il faut cependant « avec les mots, ne pas jouer, pas plus qu'avec des armes. Leur justesse est toujours d'importance, mais il est des situations où elle l'est davantage : la démocratie commence par là ; or c'est elle qui est visée »⁴.

2. La résolution européenne relative à la lutte contre le terrorisme et tendant à l'adoption d'un Acte pour la sécurité intérieure de l'Union européenne, adoptée par le Sénat le 1^{er} avril 2015, donne le ton : « une menace terroriste grave et sans doute durable pèse

¹ Marie-Béatrice Lahorgue, JAC n° 151, fév. 2015, 19 p.

² Manuel Valls, extraits du discours en hommage aux victimes des attentats, Ass. nat., 14 janv. 2014

³ Frédéric Encel, « La France est en guerre ! », *La Nouvelle Revue Géopolitique*, op. cit., p. 77.

⁴ Philippe Conte, « Guerre ? », *Droit pénal*, 2015, n° 2, repère 2.

désormais sur la plupart des sociétés européennes et justifie une réponse commune urgente »⁵.

3. Les attentats de Paris ont déclenché une vague sans précédent de déclarations officielles aux niveaux international et européen au titre desquelles on trouve la déclaration des membres du Conseil européen du 12 février 2015 sur la lutte contre le terrorisme⁶ et la déclaration de Paris sur la politique européenne de lutte contre le terrorisme signée le 31 mai 2015 par les principaux Etats membres concernés (Allemagne, Danemark, Espagne, Royaume-Uni) ainsi que la présidence lettone de l'Union européenne. Le terrorisme y est clairement dénoncé comme portant « *une atteinte directe aux valeurs fondamentales énoncées par l'article 2 du traité de l'Union européenne* ».

4. « *Les citoyens européens sont en droit d'exprimer des attentes fortes quant à leur sécurité* »⁷. Il n'est pour autant pas question d'instaurer un *Patriot Act* à la française ; les parlementaires réaffirmant que « *la lutte contre le terrorisme et l'utilisation des moyens conférés à cette fin aux Etats membres doivent respecter les valeurs de l'Union et l'Etat de droit* ». Il est toutefois nécessaire et urgent de faire évoluer le cadre juridique national de la lutte anti-terroriste.

I. Une nécessaire évolution du cadre juridique de la lutte anti-terroriste

5. Pour mémoire pas moins de 14 lois composent la législation anti-terroriste française pour la période 1986-2012. La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 est le 15^{ème} texte renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Le dispositif judiciaire français de lutte antiterroriste est ancien. Il prend racine dans les vagues d'attentats des années 70 et surtout l'attentat antisémite de la rue des Rosiers, le 9 août 1982⁸. Dans ce

⁵ Résolution n° 88, Sénat, 1^{er} avr. 2015, 9 p.

⁶ www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/02/150212-european-council-statement-fight-against-terrorism/

⁷ Résolution *op. cit.*

⁸ V. not. *La lutte contre les réseaux terroristes « djihadistes »*, Etude de législation comparée n° 254, Sénat, fév. 2015, 50 p.

contexte d'extrême violence, le législateur français a néanmoins fait le choix de doter les pouvoirs publics de moyens certes dérogatoires au droit commun, mais dans le respect des droits de l'Homme, écartant dès l'origine la mise en place d'une législation d'exception contradictoire -par nature- avec les libertés individuelles. L'objectif du législateur français est de « *maintenir la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'Etat de droit et de la démocratie* »⁹. Des évolutions du cadre juridique de la lutte anti-terroriste sont justifiées du fait même de l'évolution de la nature des menaces.

6. A l'occasion des débats parlementaires, le député Sandrine Mazetier (PS) paraphrasait le titre d'un ouvrage du professeur Delmas-Marty se félicitant de « *la recherche d'un équilibre entre les libertés et la sûreté dans un monde dangereux* »¹⁰. Pourtant, au lendemain des attentats de janvier 2015, le spectre d'une législation d'exception ressurgit

A) Des déclarations politiques aux actes législatifs : un pas difficile à franchir

7. L'arsenal législatif français en matière de lutte contre le terrorisme trouve sa source à la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 *relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat* qui a défini la notion de « *terrorisme* » pour en préciser les règles spécifiques de procédure et d'enquête, et créer l'incrimination d'apologie de « *terrorisme* ». Elle sera complétée par la loi n° 86-1322 du 30 décembre 1986 modifiant le code de procédure pénale afin de créer une cour d'assises spéciale sans jury (art. 706-16 à 706-25-1 c. pro. pén.). Les législations suivantes n'ont fait qu'adapter les moyens de lutte anti-terroriste à l'évolution de la menace, en dotant la puissance publique « *de pouvoirs dérogatoires du droit commun, par un dispositif particulier, mais permanent, qui maintient le juge au cœur de la lutte anti-terroriste, tout en maintenant l'équilibre entre l'efficacité de la lutte contre ce phénomène et les libertés publiques* »¹¹. Ces principes sont réaffirmés en termes identiques au sein de la Résolution européenne du 1^{er} avril 2015 visant à adopter un

⁹ Extraits de l'étude d'impact du 8 juillet 2014 sur le projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, p. 5.

¹⁰ *Libertés et sûreté dans un monde dangereux, La Couleur des idées*, Editions du Seuil, 2010, 272 p. et Sébastien Pietrasanta, Rapport n° 2173 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Ass. nat., 22 juil. 2014 p. 10.

¹¹ Etude d'impact du projet de loi *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, p. 5.

Acte pour la sécurité intérieure de l'Union européenne : « afin de répondre aux attentes légitimes des citoyens européennes et de garantir la sécurité intérieure de l'Union européenne, une législation antiterroriste commune devrait être rapidement adoptée par l'Union européenne sous la forme d'un Acte pour la sécurité intérieure ».

8. La coopération anti-terroriste entre les Etats membres de l'Union européenne est ancienne avec la création du groupe TREVI¹², qui réunit semestriellement les ministres de l'intérieur, des experts et les responsables de la sécurité des Etats membres en vue d'échanger des informations en matière de lutte contre le terrorisme, de trafic de stupéfiants et de grand banditisme. Si l'Union européenne dispose déjà d'instruments ponctuels, il n'existe pas de cadre juridique européen harmonisé et commun facilitant la surveillance, les poursuites et les mises en cause de certaines catégories d'individus, notamment ceux qui sont appelés « *les combattants étrangers* ». Le même constat est établi en matière de lutte contre le « *djihad médiatique* ».

9. Même si la lutte anti-terroriste demeure une prérogative des Etats membres, l'Europe s'est elle aussi dotée des moyens d'action depuis les attentats de New-York (11 sept. 2001), de Madrid (11 mars 2004) et de Londres (7 et 21 juil. 2005) : le Système d'Information Schengen (SIS), le mandat d'arrêt européen, le Fonds de sécurité intérieure (période 2014-2020) et le Réseau de sensibilisation à la Radicalisation (*RAN : Radicalisation Awareness Network*¹³).

10. Au-delà de ces instruments, l'UE s'appuie également sur quatre acteurs majeurs de la lutte anti-terroriste :

-*Europol* (European Police Office) trouve son origine dans le groupe TREVI. Créée en 1995, cette agence européenne coordonne le partage d'informations entre les polices nationales et surveille les menaces criminelles les plus graves.

¹² Groupe TREVI : Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme, Violence Internationale ; du nom de la Conférence instituée à Rome en 1976 et resté secret jusqu'en 1989.

¹³ Il met en relation les acteurs engagés dans la lutte contre la radicalisation violente et le recrutement de personnes à des fins terroristes.

-Eurojust est une unité créée par la décision du Conseil 2002/187/JHA du 28 février 2002 en vue de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité. Elle est en charge de l'amélioration de la coopération entre les autorités compétentes en ce qui concerne la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale et l'exécution des demandes d'extradition. En 2013, le nombre de dossiers de terrorisme a diminué mais le nombre de réunions de coordination s'est maintenu. 14 dossiers sur 17 ont concerné l'infraction de terrorisme prise isolément. Les États membres les plus requis ont été la France (5 dossiers) puis l'Allemagne, l'Espagne, la Pologne et le Royaume-Uni (4 dossiers chacun). La question des combattants qui reviennent en Europe après avoir appris à combattre en Syrie a plus particulièrement été au cœur des travaux d'Eurojust.¹⁴

-Frontex (Frontières extérieures) est une Agence européenne créée par le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 chargée -comme son nom l'indique- du contrôle des frontières extérieures de l'Union.

-Le Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme. A la suite des attentats terroristes de Madrid en 2004, le Conseil européen a adopté le 29 mars 2004 une déclaration sur la lutte contre le terrorisme : « L'Union et ses États membres s'engagent à faire tout ce qui est en leur pouvoir pour combattre le terrorisme sous toutes ses formes, dans le respect des principes fondamentaux de l'Union, des dispositions de la Charte des Nations Unies et des obligations énoncées dans la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies ». Parmi les mesures prévues figurait la nomination d'un coordinateur de la lutte contre le terrorisme qui est actuellement Gilles de Kerchove (nommé le 19 sept. 2007).

11. L'adoption d'une future législation européenne devra s'inscrire à la suite de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁵ qui constitue la base de la politique antiterroriste européenne (Cons. 2). « La menace terroriste s'est accrue et a évolué rapidement. Le mode opératoire des militants et des sympathisants terroristes s'est modifié, les groupes hiérarchiquement structurés cédant notamment la place à des cellules semi-autonomes qui entretiennent entre elles des liens relativement lâches. Ces cellules se connectent à des réseaux internationaux et recourent de

¹⁴ EUROJUST, rapport d'activité 2013, p. 36.

¹⁵ JOUE L 164, 22 juin 2002 - Acte modificateur Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 nov. 2008, JOUE L 330, 9 déc. 2008.

plus en plus aux nouvelles technologies, en particulier à l'internet (...) source d'informations sur les moyens et les méthodes terroristes, faisant ainsi office de "camp d'entraînement virtuel". Les activités telles que la provocation publique à commettre des infractions terroristes, le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme se sont multipliées, pour un coût et une prise de risques très faibles » (Cons. 3 et 4).

12. Les Etats membres sont invités à rapprocher leurs législations et établir des règles minimales relatives aux infractions terroristes. La décision-cadre harmonise notamment la définition des infractions terroristes et précise les sanctions que les Etats membres doivent prévoir dans leur législation nationale. Elle prévoit l'incrimination des infractions liées aux activités terroristes en vue de « *contribuer à l'objectif politique plus général que constitue la prévention du terrorisme par la réduction de la diffusion de documents susceptibles d'inciter des personnes à perpétrer des attentats* ».

13. L'article 83-1 du TFUE (ex-art. 31 TUE) dispose que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives (...) peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* ». Au premier rang de ces domaines de criminalité, on trouve le terrorisme. Pourtant, en 2015, le constat est le suivant : l'Union dispose d'instruments susceptibles d'être utilisés à titre préventif pour lutter contre le terrorisme et donc réduire la menace. Cependant, leur mise en œuvre opérationnelle demeure insuffisante¹⁶.

14. Tout en rappelant que la *sécurité nationale* relève de la seule responsabilité des Etats, la Résolution du 1^{er} avril 2015 insiste sur le fait que « *l'utilisation accrue de ces instruments doit s'accompagner d'une intensification de la coopération entre les différents services chargés de la sécurité intérieure des Etats membres tant dans le domaine du renseignement et de la surveillance que dans celui des enquêtes, des poursuites et de la*

¹⁶ Jean-Christophe Martin, *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, RDP, 2015, pp. 341-346.

répression ». Dans la Déclaration de Paris, les Etats membres se prononcent en faveur d'actions prioritaires qui pourraient être menées au niveau européen, telles que :

-le renforcement du rôle de FRONTEX ;

-l'amélioration des systèmes d'identification des personnes (SIS II) ;

-l'adoption urgente des propositions de directives, d'une part, PNR « *dans le respect des garanties indispensables à la protection des données personnelles* » et d'autre part, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme¹⁷ ;

-une meilleure implication des acteurs privés de l'Internet dans la lutte contre le terrorisme avec notamment l'adoption de la proposition de directive visant à *assurer un niveau commun élevé de sécurité des réseaux et l'intégration d'une dimension de sécurité informatique dans les formations dispensées dans le cadre d'Erasmus* ;

-le développement de réseaux européens de sensibilisation à la radicalisation (RSR) ;

-l'inscription de la lutte contre le terrorisme international comme une priorité de l'action extérieure de l'Union.

-l'élargissement de la définition des infractions terroristes aux « *combattants étrangers* » : le Conseil de sécurité de l'ONU identifie en effet comme nouvelle menace *les nationaux ou résidents européens qui s'enrôlent dans des groupes terroristes*.¹⁸ Il se déclare « *gravement préoccupé par la menace terrible et grandissante que font peser les combattants terroristes étrangers* » qui exige la définition de nouvelles formes de terrorisme ; les systèmes juridiques nationaux n'étant pas adaptés à ces nouveaux profils terroristes. Un Comité sur les combattants terroristes étrangers a par ailleurs été créé le 21 janvier 2015 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en vue de rédiger un protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe sur *la prévention du terrorisme* du 16 mai 2005 (STCE n° 196).

15. Le sénateur Jean-Jacques Hyst (UMP et rapporteur au nom de la commission des lois sur la proposition de Résolution) soulignait avec acuité -en mars 2015- la nécessité de

¹⁷ Cette dernière a été adoptée le 20 mai 2015 : dir. (UE) 2015/849 du Parlement et du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement et du Conseil et abrogeant la dir. 2005/60/CE du Parlement et du Conseil et la dir. 2006/70/CE de la Commission.

¹⁸ Résolution 2178 du 27 sept. 2014 relative aux menaces contre la paix et la sécurité internationale résultant d'actes de terrorisme.

faire mieux fonctionner les mécanismes existants, notamment la coopération policière et judiciaire entre les Etats membres. En effet, certains mécanismes tels que le mandat d'arrêt européen (institué par la décision-cadre du 13 juin 2002 et qui a remplacé la procédure d'extradition par les Etats membres) sont peu utilisés.¹⁹ Les auteurs de la Résolution souhaitent -qu'à droit constant- des « *indicateurs de risque appliqués uniformément à tous les Etats membres* » permettent de réaliser « *des contrôles quasi-systématiques* » de ressortissants de l'espace Schengen à leur entrée et à leur sortie.

16. La décision-cadre du 13 juin 2002 a par ailleurs ajouté aux infractions terroristes de nouveaux comportements comme *l'apologie du terrorisme et le prosélytisme* en leur faveur. Adoptée à la suite des attentats du 11 septembre 2001, cette décision-cadre introduit une définition spécifique et commune du concept de *terrorisme* défini par deux éléments :

- un élément matériel qui se rapporte à une liste d'actes criminels graves (meurtre, blessures corporelles, prise d'otage, extorsion, fabrication d'armes, attaques, menaces de commettre l'un des actes précités, etc.) ;
- un élément moral ; ces actes pouvant être considérés comme des infractions terroristes dès lors qu'elles sont commises « *à des fins d'intimidation d'une population, en vue de forcer un gouvernement ou une organisation internationale à exécuter un acte ou à s'en abstenir ou qui déstabilisent fortement ou détruisent les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale* ».

17. Un groupe terroriste est par ailleurs défini comme « *une association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, qui agit de façon concertée et considère que diriger un groupe terroriste et participer à ses activités sont des infractions liées à un groupe terroriste* ».

18. Les États membres doivent par ailleurs s'assurer que certains actes intentionnels sont punissables en tant qu'infractions liées à des activités terroristes même si aucune infraction

¹⁹ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

terroriste n'a été commise. Il s'agit en particulier de toute incitation publique à commettre une infraction terroriste, du recrutement et de la formation au terrorisme, du vol aggravé, d'extorsion et de falsification de documents administratifs en vue de commettre une infraction terroriste.

19. Les États membres doivent prévoir dans leur législation nationale des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent entraîner l'extradition. Des sanctions contre les personnes morales doivent être adoptées lorsque la personne physique a eu le pouvoir de représentation de la personne morale ou l'autorité pour exercer un contrôle sur la personne morale qui a commis une infraction terroriste.

20. Le programme pluriannuel de La Haye visant à *renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne*, adopté par le Conseil européen du 5 novembre 2004, souligne que pour prévenir et « *combattre efficacement le terrorisme dans le plein respect des droits fondamentaux, les États membres ne peuvent cantonner leurs activités au maintien de leur propre sécurité, mais doivent également axer celles-ci sur la sécurité de l'Union dans son ensemble* ». ²⁰ Au titre des dix mesures proposées à cet effet, il y a bien évidemment *la lutte contre le terrorisme dans un cadre intégré et cohérent*.

21. La Commission met enfin l'accent sur la prévention du terrorisme par l'échange des informations. Elle souhaite concentrer ses efforts sur les questions liées au recrutement de djihadistes²¹ et du financement du terrorisme. La prévention du terrorisme par l'amélioration de l'analyse du risque, la lutte contre l'utilisation abusive d'organisations caritatives pour financer le terrorisme, la protection des infrastructures à risque et la gestion des conséquences sont aussi mises en avant.

22. Le Conseil de sécurité des Nations unies met aussi de son côté l'accent sur *Internet* en invitant les États à adopter les mesures nécessaires et appropriées, **conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international**, pour interdire légalement

²⁰ http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/l16002_fr.htm

²¹ Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre la radicalisation et le recrutement des terroristes adoptée le 30 nov. 2005 (révisée en 2008 et 2014) ; www.eu-un.europa.eu/articles/fr/article_5385_fr.htm

l'incitation à commettre un ou des actes terroristes et pour prévenir une telle incitation sur internet.²² Le rapport du secrétaire général des Nations unies du 27 avril 2006 « *S'unir contre le terrorisme: recommandations pour une stratégie antiterroriste mondiale* » considère que cette résolution constitue une base permettant de criminaliser l'incitation à commettre des actes de terrorisme et à recruter des terroristes, **y compris par l'intermédiaire de l'Internet**. Dans la stratégie antiterroriste mondiale des Nations unies du 8 septembre 2006, les États membres de l'ONU se déclarent « *déterminés à explorer les moyens de coordonner les efforts à l'échelle internationale et régionale afin de contrer le terrorisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations sur l'internet* »²³.

23. « *C'est une guerre bien curieuse que déclare le terrorisme : sans belligérants, sans champ de bataille, sans égalité des armes, sans face à face ; une guerre qui se ressent partout mais ne se voit nulle part* »²⁴. Pourtant, elle constitue la principale menace de rupture de la paix et de la sécurité internationales. Les efforts croisés de l'Assemblée générale des Nations unies et du Conseil de sécurité ont certes permis l'adoption d'instruments internationaux et de résolutions à l'encontre des États ou organisations concernés mais la répression pénale des individus fait défaut au niveau international. En excluant le terrorisme de la compétence de la Cour pénale internationale (CPI) au motif que l'infraction n'était pas définie, les États ont renoncé à l'élaboration d'une réponse pénale universelle. La Cour est en effet compétente pour poursuivre les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité ainsi que les crimes de guerre. Elle ne peut tenter de poursuites contre des actes terroristes que lorsque ceux-ci constituent de tels crimes au regard du Statut de Rome²⁵. Des voies de réflexions sont ouvertes en vue de rendre la CPI compétente pour une nouvelle catégorie d'infractions constituée des crimes de terrorisme ou en vue de créer une juridiction internationale *ad hoc*²⁶.

²² Résolution 1624 (2005) du 14 sept. 2005.

²³ www.un.org/fr/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml : Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 8 sept. 2006 [A/RES/60/288].

²⁴ André Garapon, « Camus, l'Homme obstiné », in *Réflexions sur le terrorisme*, Ed. Nicolas Philippe, 2002, p. 190.

²⁵ Ghislaine Doucet, « Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes », *Revue internationale de droit pénal*, 2005/3 (vol. 76) pp. 251-273 DOI : 10.3917/ridp.763.0251

²⁶ Marianne Hanna-Azar, « Quel rôle pour la cour pénale internationale dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », JAC n° 141, fév. 2015.

B) La problématique d'une réponse juridique adaptée à la menace terroriste dans le respect de l'Etat de droit

24. « *La République ne peut se défendre face au terrorisme qu'en restant un Etat de droit (...) par l'absence de restrictions disproportionnées de ses libertés et la recherche d'un ensemble de moyens adaptés au contexte particulier du terrorisme* »²⁷. Sur ce point, la résolution du 1^{er} avril 2015 rappelle que « *la lutte contre le terrorisme et l'utilisation des moyens conférés à cette fin aux Etats membres doivent respecter les valeurs de l'union et l'Etat de droit* ». Dans le même temps, elle souligne les attentes légitimes des citoyens à voir garantie la sécurité intérieure. Si cette dernière passe par une répression judiciaire certaine, elle trouve aussi des voies et des moyens de protection dans les systèmes de prévention que sont les renseignements militaire et civil ; l'information faisant partie intégrale de la lutte anti-terroriste. Le Livre blanc sur la sécurité intérieure soulignait déjà en 2006 : « *nous avons besoin d'une véritable stratégie parce que la menace terroriste n'a cessé de changer. (...) Dans le combat contre le terrorisme, notre meilleure arme ce sont nos principes démocratiques. La tolérance, le respect des libertés publiques, le respect des identités que notre pays a toujours su défendre font notre force. Renoncer à ces valeurs, ce serait faire le jeu des terroristes. Céder à la tentation de l'exception, ce serait commencer à perdre la bataille. Alors soyons fidèles à nos valeurs : elles sont notre meilleur atout dans notre combat contre le terrorisme* »²⁸.

25. Loi après loi, les dispositifs répressifs ont été renforcés (allongement des délais de prescriptions des délits et des crimes terroristes, création de nouvelles incriminations). Le traitement des infractions terroristes a été amélioré, la lutte contre la diffusion de la propagande terroriste (loi n° 2011- 267 du 14 mars 2011) et les moyens d'enquête et d'investigation adaptés (régime spécial de garde à vue - loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011). La compétence juridictionnelle des tribunaux français a été élargie pour lutter contre le terrorisme hors du territoire national²⁹. Cette menace terroriste en constante évolution,

²⁷ Henri Oberdorff, « La République française face au défi du terrorisme », *RDP*, 2015, pp. 357-370.

²⁸ *Livre blanc sur la sécurité intérieure*, La Doc. fr., 2006, 144 p.

²⁹ La loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 rend applicable la loi pénale française à tous crimes et délits terroristes commis à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement en France.

qualifiée de « majeure et persistante » au Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2013, exige une adaptation en continu des dispositifs législatifs et réglementaires eux-mêmes. Selon les observateurs, la menace terroriste évoluerait plus vite que le rythme de nos législations.

26. Les attaques terroristes de janvier 2015 sont la preuve que les terroristes ont conservé une longueur d'avance sur le législateur ; le premier décret d'application de la loi du 13 novembre 2014 ayant été -ironie du sort- publié le 14 janvier 2015, au-lendemain des attentats³⁰. Prenant en compte ce constat, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme répond à cinq grands objectifs : adapter les mesures de police à l'évolution des formes de terrorisme, y compris aux actes préparatoires, renforcer et étendre les mesures d'assignation à domicile, créer des incriminations plus dissuasives, organiser un traitement judiciaire centralisé et renforcer la lutte contre la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme sur Internet³¹.

27. Au-lendemain même de son adoption, le gouvernement annonce de nouveaux textes en vue de combler « les failles du dispositif français de lutte contre le terrorisme » ; failles

³⁰ Décret n° 2015-26 du 14 janv. 2015 relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités terroristes à l'étranger.

³¹ Plusieurs décrets sont déjà publiés :

- décret n° 2015-26 du 14 janv. 2015 relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités terroristes à l'étranger (art. 1 et 2 de la loi) ;
- décret n° 2015-125 du 5 fév. 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique (art. 12 de la loi) ;
- décret n° 2015-131 du 7 fév. 2015 relatif à l'autorité compétente pour prononcer l'assignation à résidence d'un étranger expulsé ou interdit du territoire (art. 2 de la loi) ;
- décret n° 2015-169 du 14 fév. 2015 relatif à la compétence territoriale des tribunaux administratifs pour connaître des décisions ministérielles en matière de police administrative et de prévention du terrorisme (il attribue compétence en premier ressort au TA de Paris pour examiner les recours dirigés contre une interdiction de sortie du territoire, une interdiction administrative du territoire, une interdiction de se trouver en relation avec une personne nommément désignée et une interdiction de transport ; art. 1, 2 et 3 de la loi) ;
- décret n° 2015-198 du 20 fév. 2015 relatif aux conditions d'application des mesures de gel des avoirs (art. 11 de la loi) ;
- décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique (art. 12 de la loi) ;
- décret n° 2015-383 du 3 avril 2015 relatif aux mesures de sûreté applicables aux entreprises de transport aérien desservant le territoire national au départ d'aérodromes étrangers, en cas de menace pour la sécurité nationale (art. 28-III de la loi) ;

que les terroristes n'ont pas manqué d'exploiter (à titre d'exemple, le régime des écoutes judiciaires).

28. A l'occasion des débats parlementaires sur l'adoption de la loi du 13 novembre 2014, le rapporteur Sébastien Pietrasanta exposait : « *deux ans seulement après l'adoption de la loi du 21 décembre 2012, la menace terroriste est particulièrement forte mais surtout d'une ampleur inédite, exigeant du législateur qu'il renforce l'efficacité de l'arsenal juridique de lutte contre le terrorisme* ». La menace est estimée croissante en proportion de la progression constante des départs de djihadistes vers la Syrie et l'Irak « *et des potentiels retours offensifs et criminels de ces individus* ». Au moment où s'ouvre l'examen du projet de loi, le 17 juillet 2014, la menace d'attentats en France est « *bien réelle (...) et d'une ampleur inédite* »³².

29. Il aura fallu 17 victimes pour qu'un train de mesures législatives et financières soit annoncé à l'issue du Conseil des ministres du 23 janvier 2015 laissant entendre que la toute récente loi du 13 novembre 2014 n'était *in fine* plus adaptée à la nouvelle menace terroriste³³.

30. Au premier rang de ces mesures, on trouve le dispositif *Passenger Name Record* (PNR) (Système de surveillance des déplacements aériens des personnes suspectées d'activités criminelles) qui devrait aussi être opérationnel en France en 2015. En Europe, un tel dispositif n'existe qu'au Royaume-Uni, qui s'est doté en 2006 d'un système de surveillance des données personnelles relatives à tous les détails d'un voyage que peuvent utiliser un grand nombre d'organismes, y compris fiscaux. *L'Immigration, Asylum and Nationality Act* de 2006 (IANA) ne s'applique pas seulement aux transporteurs aériens mais à tous les transporteurs. Ce système de surveillance va bien au-delà de celui existant en France³⁴.

³² Rapport n° 2173, pp. 10 et s.

³³ 736 millions d'euros partagés entre les ministères de l'Intérieur et de la Justice.

³⁴ Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme (art. L. 232-7 du code de la sécurité intérieure ; CSI) et décret n° 2014-1095 du 26 sept. 2014 portant création d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « API-PNR France ».

31. Le débat sur la création d'un système européen d'exploitation des données recueillies par les transporteurs européens au moment de la réservation commerciale reste vif au sein de l'Union européenne. Il ne vise pas à créer un fichier européen unique mais à mettre en place une coopération entre les PNR nationaux. Une première proposition de décision-cadre du 6 novembre 2007 visant à introduire un système européen pour l'utilisation par les services répressifs des données commerciales figurant sur les bases de réservation des compagnies aériennes a été abandonnée. Elle faisait obligation aux transporteurs aériens assurant des vols vers le territoire d'au moins un État membre (ou à partir de celui-ci) de transmettre aux autorités compétentes les renseignements relatifs aux passagers. N'étaient visés que les vols en provenance de pays tiers vers l'Union européenne et de l'Union européenne vers les pays tiers. En revanche, les vols intracommunautaires n'étaient pas concernés. Cette proposition a fait l'objet de vives réserves de la part du Contrôleur européen de la protection des données, de l'Agence des droits fondamentaux de l'UE et du groupe des CNIL européennes dit « *groupe article 29* ». Le Parlement européen a exprimé ses inquiétudes sur l'absence de sécurité juridique de la proposition, et de fortes réserves sur sa nécessité et sa valeur ajoutée.

32. Un second projet de directive a été déposé le 3 février 2011.³⁵ La Commission des libertés civiles du Parlement européen a depuis rejeté le texte. Le 24 février 2015, le rapporteur du texte, Timothy Kirkhope, a proposé de réduire son champ d'application tout en rappelant qu'il s'agissait d' « *un outil clé pour contrer le terrorisme et la criminalité* ». De son côté, le Sénat dans sa résolution n° 78 du 15 mars 2015 estime « *urgente l'adoption de la proposition de directive relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité* ».

³⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière COM(2011) 32 final du 2 fév. 2011.

II. La lutte anti-terroriste : portée et limites d'un droit pénal spécial

33. « Pour qu'un gouvernement ne soit pas en droit de punir les erreurs des hommes, il est nécessaire que ces erreurs ne soient pas des crimes ; elles ne sont des crimes que quand elles troublent la société. Elles troublent cette société dès qu'elles inspirent le fanatisme ; il faut donc que les hommes commencent par n'être pas fanatiques pour mériter la tolérance »³⁶.

34. L'existence de procédures exorbitantes du droit commun appliquées à la répression des actes terroristes -et à leurs actes préparatoires- permet d'affirmer l'existence d'un droit pénal spécial anti-terroriste. Ceci est aussi confirmé par la création de juridictions spécialisées et d'incriminations pénales spécifiques. Ce nouvel ensemble de dispositions répressives répond-il de façon satisfaisante aux nouvelles menaces ?

A) La notion d' « actes terroristes » et l'évolution des infractions pénales

35. L'article 421-1 c. pén. définit la notion d' « *actes de terrorisme* », infractions de droit commun qui -par l'intention terroriste de leur auteur- se voient qualifiées de « terroristes ». L'article 4 de la loi du 13 novembre 2014 a ajouté au 4^{ème} alinéa de l'article 421-1 c. pén., des infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies aux articles 322-6-1 c. pén. (diffusion de procédés permettant la fabrication d'engins de destruction) et 322-11-1 c. pén. (détention ou transport de substances, produits incendiaires ou explosifs ou substances entrant dans leur composition en vue de la préparation d'un acte terroriste). Sept catégories d'infractions sont ainsi constitutives d'actes de terrorisme sous deux conditions :

- Etre « *intentionnellement en relation* » avec une entreprise individuelle ou collective terroriste. Sur ce point, il convient de noter que l'article 6 de la loi a inséré au code pénal un nouvel article 421-2-6 qui élargit la notion d' « *entreprise terroriste* » -appréhendue initialement comme « *collective* »- à celle d' « *entreprise individuelle terroriste* » ;

³⁶ Voltaire, *Traité sur la tolérance*, 1763, Ch. XVIII.

- Avoir pour but de « *troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ».

36. Mais le code pénal prévoit aussi des catégories d'infractions terroristes autonomes telles que le terrorisme écologique (art. 421-2 c. pén.). Tous ces actes terroristes -ainsi que leurs actes préparatoires- sont punis de peines pénales aggravées (art. 421-3 à 421-6 c. pén.).

37. La notion d' « actes préparatoires » est un élément clé de la politique de prévention du terrorisme. La loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 (art. 3) a intégré au code pénal la notion d' « *association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme* » : « *constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 C.P* » (art. 421-2-1 c. pén.). Cette notion de « *préparation caractérisée* » d'actes de terrorisme est considérée comme « *une porte ouverte à l'arbitraire (...) un risque d'extension arbitraire du champ d'application des procédures et du nombre des personnes inculpées (...) sans aucune présomption de commission -d'actes terroristes- au sens exact du terme* ». ³⁷ La FIDH évoque notamment la définition et l'interprétation du professeur Yves Mayaud de l'infraction : « *le délit continue à s'entendre d'une participation préparatoire : participation à un groupement ou à une entente, préparation d'un acte de terrorisme dérivé ou écologique. L'association reste ainsi indépendante de la réalisation effective des infractions qui en sont l'objet, ce qui n'est pas sans intérêt, dès lors que, suffisamment matérialisée, la seule préparation suffit à consommer le fait de participation punissable* » ³⁸. L'application de ce délit conduit, selon la FIDH, à des conclusions juridiques reposant « *sur un maximum de spéculations, de déductions et d'insinuations* ».

³⁷ Fédération internationale des droits de l'Homme (FIDH), *France : la porte ouverte à l'arbitraire*, Rapport janvier 1999, Hors-série de la Lettre bimensuelle de la FIDH, n° 271, 56 p. et *L'antiterrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité*, Rapport d'analyse, oct. 2005, n° 429, 48 p.

³⁸ Yves Mayaud, *Le Terrorisme*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1997, 152 p. et Rapp. FIDH, *op. cit.*, p. 9.

38. Dans une question écrite posée le 17 mars 2005 au ministre de la Justice, le sénateur Jean-Louis Masson évoque la relative imprécision du délit « *d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste* » ; son application pouvant conduire à des décisions arbitraires ne reposant sur aucun élément concret. Le ministre écarte l'argument considérant que le délit est « *circonscrit à une certaine catégorie d'infractions limitativement énumérées* » ; les articles 421-1 et 412-2 c. pén. énumérant précisément les infractions de droit commun et autonomes. Par ailleurs, le délit doit être caractérisé, pour être constitué contre une personne, par son appartenance démontrée à un groupe qualifié de « *terroriste* », la mise en place de moyens logistiques, humains, financiers, d'actes préparatoires permettant ou facilitant la planification, la préparation ou la réalisation de projets terroristes éventuels . « *C'est grâce à ce type de moyens associés au respect des droits de la défense et du procès équitable que le modèle judiciaire français de lutte contre le terrorisme reste aujourd'hui incontesté sur la scène européenne et internationale* »³⁹.

39. Cette question a été à nouveau évoquée à l'occasion des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi du 13 novembre 2014, notamment à l'occasion de l'élargissement de la notion de « *groupement formé ou entente* » établi en vue de la préparation d'un acte de terrorisme à celle d'« *entreprise individuelle* »⁴⁰. La création de ce délit d'« *entreprise individuelle terroriste* » a suscité certaines inquiétudes « *au motif qu'elle ne répondrait pas à une réelle nécessité, et qu'elle viserait des actes préparatoires, sanctionnant une simple intention* »⁴¹. Ce nouveau délit est pour le législateur le moyen de poursuivre des individus « *solitaires* » qui préparent un (ou plusieurs) actes terroristes visés au II de l'article 421-2-6 c. pén., sans être nécessairement en lien avec un réseau terroriste. La rédaction de cette nouvelle disposition laisse en réalité peu de place aux interrogations sur la caractérisation des actes préparatoires et les infractions visées. Le projet terroriste préparé est en effet clairement caractérisé par des éléments matériels⁴². Le délit est par

³⁹ Réponse du ministère de la justice, JO Sénat, 17 fév. 2005, p. 488 à la question écrite de Jean-Louis Masson du 17 fév. 2005 ; JO Sénat, 26 août 2004, p. 1893.

⁴⁰ Art. 421-2-6 c. pén. ; créé par art. 6 de la loi du 13 nov. 2014.

⁴¹ S. Pietrasanta, rapport n° 2173 préc., p. 43.

⁴² Détenir, rechercher, se procurer ou fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ; recueillir des renseignements permettant de mener une action dans des lieux surveillés ; s'entraîner au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de

ailleurs clairement circonscrit à des infractions limitativement visées aux articles 421-1 1 et 2° et 412-2 c. pén., dès lors qu'elles seraient « réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ». Ce sont donc les hypothèses limitées à la préparation des actes les plus graves qui sont retenues. L'élément moral de l'infraction est lui aussi précisé : être « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » (art. 421-2-6-I c. pén.) ; cette condition étant déjà exigée pour les actes de terrorisme inscrits à l'art. 421-1 c. pén.

40. Il est nécessaire d'adapter davantage encore la définition de certaines infractions terroristes, notamment pour mieux prendre en compte les nationaux qui partent combattre à l'étranger, ceux que l'on appelle les « combattants étrangers ». Il faut disposer d'un cadre juridique européen facilitant leur surveillance, leur poursuite et leur mise en cause (Résolution 2178 du 24 sept. 2014 du Conseil de sécurité des Nations Unies, *op. cit.*).

B) La notion de « combattant étranger » et les questions de déchéance et de retrait de la nationalité

41. Dans ce contexte, se pose en particulier la question de la déchéance de nationalité pour acte de terrorisme d'un « combattant étranger » ayant acquis la nationalité française et de retrait de nationalité pour les Français d'origine. « La déchéance de nationalité correspond à la perte de la nationalité acquise, quand le retrait de la nationalité traduit une perte de la nationalité attribuée »⁴³. Le 23 janvier 2015, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur de la conformité à la Constitution de la déchéance de la nationalité française (prévue aux art. 25 et 25-1 C. civ.) d'un individu disposant d'une autre nationalité, ceci pour des faits de participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme (décision n° 2014-439 QPC). Il s'était déjà prononcé en 1996 sur la possibilité de déchoir de leur nationalité les « Français par acquisition » pour des actes de

navires ; consulter habituellement des services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ; avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.

⁴³ Bertrand Pauvert, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », *AJDA*, 2015, p. 1000.

terrorisme (décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996). Cette décision du Conseil constitutionnel rappelle « *on tend parfois à l'oublier* » que la nationalité « *n'est pas un élément relevant de l'état des personnes, elle est la survivance de l'allégeance liant autrefois le vassal envers le suzerain ; (...) Le retrait et la déchéance de nationalité constituent bien des mesures exceptionnelles sanctionnant la déloyauté d'un Français ; elles sont susceptibles de s'appliquer à l'encontre de tout Français qui rejoindrait les rangs d'une armée étrangère (...) avec plus de sévérité encore pour le Français d'origine* »⁴⁴. Se glissant dans ce qu'elle considère être l'ouverture d'une brèche par les Sages, la Commission des affaires européennes du Sénat (présidée par le sénateur Jean Bizet) a proposé, le 22 janvier 2015, d'étudier « *la possibilité, au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, de faire de la **déchéance de nationalité** un instrument juridique réellement dissuasif* ».

42. La position de la France sur le sujet -et par voie de conséquence sur celui de l'apatridie- est quelque peu paradoxale. Après avoir signé et ratifié la convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides, la France n'a jamais ratifié la convention de New-York du 30 août 1961 sur la réduction des cas d'apatridie, alors même que les dispositions du code civil semblent favoriser leur réduction. Elle a par ailleurs émis une réserve nationale au moment de la signature de la convention de 1961 en application de l'article 8.3 de la convention qui dispose qu' « *un Etat contractant peut conserver la faculté de priver un individu de sa nationalité, s'il procède, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, à une déclaration à cet effet spécifiant un ou plusieurs motifs prévus à sa législation nationale à cette date et entrant dans les catégories suivantes :*

a) Si un individu, dans des conditions impliquant de sa part un manque de loyalisme envers l'Etat contractant ; (...) ii) A eu un comportement de nature à porter un préjudice grave aux intérêts essentiels de l'Etat ;

b) Si un individu a prêté serment d'allégeance, ou a fait une déclaration formelle d'allégeance à un autre Etat, ou a manifesté de façon non douteuse par son comportement sa détermination de répudier son allégeance envers l'Etat contractant ». Est-il alors utile de légiférer sur cette question ? Avant que n'intervienne une nouvelle législation, une partie de

⁴⁴ B. Pauvert, *op. cit.*

la doctrine rappelle que la loi permet déjà de sanctionner « *le comportement d'une personne qui manquerait de loyauté envers la France* »⁴⁵.

43. La réponse ultime, au-regard de la question des droits de l'homme, réside sans nul doute dans la mise en perspective de l'article 15 de la Conv. EDH. L'article 14 de la Convention dispose que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». A sa suite, l'article 15 autorise les États contractants à déroger aux droits garantis par la Convention « **en cas d'état d'urgence** » résultant notamment d'une situation de guerre ou d'autre « *danger public menaçant la vie de la nation* ». Cette dernière hypothèse pourrait viser une nouvelle vague d'attentats meurtriers. Une dérogation aux droits fondamentaux est alors possible, « *dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ». Compte tenu des précédents éléments relatifs à la réserve émise par la France et son absence de ratification de la convention de New-York, le législateur pourrait trouver ici un fondement supplémentaire à une déchéance de nationalité élargie.

44. Sur l'absence de ratification d'une convention internationale par un Etat, il peut être utile de rappeler d'une part, l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*⁴⁶, selon laquelle une convention n'est en vigueur à l'égard d'un Etat que si celui-ci, après l'avoir signée dans les délais prévus, l'a ensuite ratifiée et, d'autre part, la Convention de Vienne relative aux traités du 23 mai 1969 (art. 14. *Expression, par la ratification, l'acceptation ou l'approbation, du consentement à être lié par un traité*).

45. Cette possibilité de dérogation à une disposition de la CEDH a été utilisée par le Royaume-Uni à l'occasion de l'adoption du *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* dont

⁴⁵ Pour davantage de développements : B. Pauvert, *op. cit.*

⁴⁶ CIJ, 20 fév. 1969, *RFA c/ Pays-Bas*.

l'une des dispositions les plus controversées autorisait -par dérogation à l'art. 5(1) de la CEDH sur le droit à la liberté et à la sûreté- la détention sans procès d'étrangers résidant en Grande-Bretagne s'ils étaient soupçonnés d'être liés à des milieux terroristes et sans qu'ils puissent se faire expulser au nom de la protection des droits de l'Homme. Pour cela, le gouvernement britannique avait dû déclarer un « *état d'urgence menaçant la vie de la nation* »⁴⁷. L'article 16 de la Constitution française permettrait la mise en œuvre d'une telle déclaration et l'application des dispositions dérogatoires. En attendant, la raison est sans doute à mi-chemin entre une application sans réserve des libertés fondamentales et leur restriction par des dispositifs d'exception.

46. Le 11 février 2015, une proposition de loi avait été déposée à l'Assemblée nationale visant à *faire perdre la nationalité française à tout individu arrêté ou identifié portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil Français et à rétablir le crime d'indignité nationale pour les Français sans double nationalité*⁴⁸. Elle a été rejetée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 2 avril 2015⁴⁹. S'agissant de la perte de la nationalité française, le texte proposait qu'un nouvel article 23-8-1 soit inséré au code civil disposant que : « *perd la nationalité française tout individu arrêté ou identifié portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil Français :*
1° Sur un théâtre d'opération extérieure où la France est engagée ;
2° Ou, sur le territoire français, au profit d'un État ou d'une organisation contre lequel la France est engagée militairement ».

47. L'individu était alors déclaré avoir perdu la nationalité par décret en Conseil d'État, sauf si cette mesure avait eu pour effet de le rendre apatride. En cas d'avis défavorable du Conseil d'État, la mesure prévue à l'alinéa précédent ne pouvait être prise que par décret en conseil des ministres. Lorsque la mesure était devenue définitive et que l'intéressé se

⁴⁷ Jim Murdoch, *L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme: protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, Dossier sur les droits de l'Homme révisé n° 12, Ed. du Conseil de l'Europe, 2003, 140 p.

⁴⁸ Philippe Meunier, proposition de loi n° 2570, 11 fév. 2015 et rapport n° 2679, Ass. nat., 25 mars 2015.

⁴⁹ TA n° 503

trouvait sur le territoire national, il faisait l'objet d'une mesure d'expulsion vers le pays dont il a la nationalité. Si l'intéressé ne résidait pas habituellement en France et ne se trouvait pas sur le territoire national, il faisait l'objet d'une interdiction administrative du territoire.

48. Quant au crime d'indignité nationale, l'article 411-5-1 c. pén.⁵⁰ aurait disposé que se rendait coupable du crime d'indignité nationale « *tout Français portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil Français :*

1° Sur un théâtre d'opération extérieure où la France est engagée ;

2° Ou, sur le territoire français, au profit d'un État ou d'une organisation contre lequel la France est engagée militairement ».

Ce crime d'indignité nationale devait être puni de trente ans de détention criminelle, 450.000 € d'amende et de la peine complémentaire de dégradation nationale, peine dont le prononcé était rendu obligatoire.

49. Il s'inspirait ni plus ni moins de celui mis en place à la fin de la Seconde guerre mondiale par le Général de Gaulle par l'ordonnance du 26 août 1944. Rétroactive, cette peine sanctionnait les Français ayant collaboré avec l'ennemi en France ou à l'étranger entre le 16 juin 1940 et le 10 novembre 1945, date de libération totale du territoire français. « *Il s'agissait de sanctionner un comportement profondément antinational* ». Les faits constitutifs du crime d'indignité nationale étaient très variés et « *seules les relations amicales voire sentimentales avec l'ennemi n'étaient pas sanctionnées en tant que telles* ».

50. S'inspirer de cet héritage de la Libération a été jugé anachronique en 2015. Au lendemain de l'acte terroriste déjoué par des passagers dans un train Thalys, il est utile au contraire de s'interroger sur l'étonnante modernité des principes fondamentaux qui ont inspiré les rédacteurs de l'ordonnance de 1944 : « *que la nation fasse le partage des bons et des mauvais citoyens* » et que « *tout Français qui s'est rendu coupable d'une activité*

⁵⁰ Section 2 du chapitre 1^{er} du livre IV du code pénal relative aux « *intelligences avec une puissance étrangère* ».

antinationale caractérisée est un citoyen indigne dont les droits doivent être restreints dans la mesure où il a méconnu ses devoirs »⁵¹.

C) Des moyens d'enquête exceptionnels et non d'exception

51. Au premier rang de ces moyens, on trouve la garde à vue. Si le régime de la garde à vue pour terrorisme est qualifié de « *spécial* », toutes les dispositions pénales de droit commun régissant la garde à vue s'appliquent au prévenu placé en garde à vue pour terrorisme (droit à prévenir un proche, consulter un médecin, droit à un avocat...). En cela, ce régime n'est pas un régime d'exception. En revanche, il est spécial en ce qu'il prévoit une garde à vue allongée « *à titre exceptionnel, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent* ». La garde à vue peut être prolongée par décision écrite et motivée, soit, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction. Elle peut être prolongée jusqu'à 96 heures (4 jours - y compris pour des mineurs de 16 ans et plus - art. 706-88-1 al.1 c. pro. pén.). Très exceptionnellement, elle peut être prolongée jusqu'à 144 heures (6 jours) s'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou si les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement (dispositions non applicables aux délits d'apologie publique du terrorisme et de provocation directe - art. 706-24-1 c. pro. pén.).

52. Pour les faits de criminalité ou de délinquance organisée inscrits à l'article 706-73 11° c. pén. (actes de terrorisme visés aux art. 421-1 et 421-2 c. pén.), l'intervention de l'avocat peut aussi être reportée pour une durée maximale de 72 heures, en considération de raisons impérieuses tenant aux nécessités de l'enquête, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes (art. 706-88 al. 6 c. pro. pén.).

53. La lutte anti-terroriste prévoit aussi la mise en œuvre de techniques spéciales

⁵¹ Ph. Meunier, rapport n° 2679 préc. pp. 21 et s.

d'enquêtes⁵² qui sont traditionnellement utilisées en matière de criminalité ou de délinquance organisée mais qu'il conviendra de revoir à l'aune de la toute récente loi sur le renseignement.

III. Les libertés individuelles et la lutte anti-terroriste : le défi juridique de la *sécurité intérieure*

54. Au-lendemain des attentats, un projet de loi sur le renseignement est annoncé qui donnera « *aux services compétents les moyens juridiques d'accomplir leurs missions tout en garantissant un contrôle externe et indépendant de leurs activités* ». La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 sur le renseignement donne dorénavant un cadre légal à l'action des services français de renseignement, « *légitimant leur activité tout en respectant les libertés publiques et individuelles* ». Si la question du renseignement est centrale pour lutter efficacement contre le terrorisme, celle de la définition de nouvelles infractions terroristes l'est tout autant, notamment pour appréhender les phénomènes nouveaux tels que ceux des « *combattants étrangers* ». C'est un nouveau défi pour la démocratie que de garantir aux citoyens leur sécurité intérieure tant par des voies préventives que répressives.

55. Au nom de ce nouveau « *droit à la sécurité intérieure* », les instruments se sont multipliés remettant -par nature- toujours un peu plus en question les libertés individuelles, un paradoxe que les Français ne semblent pas prêts à accepter.

A) Le renforcement des mesures de police administrative : liberté de circulation versus lutte contre les filières terroristes⁵³

56. La loi du 13 novembre 2014 crée (art. 1^{er}) une infraction pénale nouvelle : le fait de quitter ou de tenter de quitter le territoire français en violation d'une décision d'interdiction

⁵² L'infiltration, l'enquête sous pseudonyme, les perquisitions spéciales, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, les sonorisations et des fixations d'images de certains lieux ou véhicules, la captation des données informatiques « *sans le consentement des intéressés* »

⁵³ Jean-Pierre Sueur, *Filières « djihadistes » : pour une réponse globale et sans faiblesse*, rapport d'enquête n° 388 sur l'organisation et les moyens de la lutte contre les réseaux djihadistes en France et en Europe, 1^{er} avr. 2015.

de sortie du territoire (art. L. 224-1 CSI). Elle crée par ailleurs (art. 2) un dispositif d'interdiction administrative du territoire à l'encontre d'étrangers dont la présence en France constitue « *une menace grave pour l'ordre public* » (art. L. 214-1 et s. du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) -et de façon complémentaire- renforce le dispositif d'assignation à résidence (art. 3 - art. L. 563-1 nouveau et L. 624-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers).

57. Enfin, l'article 1^{er} de la loi prévoit qu'une entreprise de transport peut se voir notifier « *par un moyen tenant compte de l'urgence* » une décision d'interdiction de transport d'une personne visée par une interdiction de sortie du territoire « *lorsque les données transmises permettent de l'identifier* » (art. L. 232-8 CSI). L'article R. 232-19 CSI donne au ministre de l'Intérieur compétence pour la notification d'interdiction aux entreprises de transport. Une amende d'un montant maximum de 50.000 € est prévue en cas de méconnaissance de cette interdiction par l'entreprise de transport (art. L. 232-5 CSI)⁵⁴.

1- Création d'un dispositif d'interdiction de sortie du territoire

58. Cette disposition législative est la mesure « *phare* » du dispositif français de lutte contre les filières terroristes, et en particulier contre les « *combattants étrangers* »⁵⁵. Elle permet de poursuivre des individus tentant de se rendre à l'étranger malgré une interdiction de sortie du territoire et de procéder à leur interpellation à leur retour. Des voix se font entendre pour durcir davantage encore ces mesures de police administrative, notamment pour tenir compte des circonstances réelles de radicalisation ou non des individus concernés.

59. Tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses* » de penser qu'il projette des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou à un théâtre d'opérations de

⁵⁴ Le décret d'application de ces dispositions législatives a été publié le 15 janv. 2015 (décret n° 2015-26 du 14 janv. 2015, *op. cit.*).

⁵⁵ Le fait de quitter -ou de tenter de quitter- le territoire français en violation d'une interdiction de sortie du territoire est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende. L'individu qui tente de se soustraire à l'obligation de restitution de sa pièce d'identité encourt une peine de deux ans d'emprisonnement et de 4.500 € d'amende.

groupements terroristes « *dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français* ». Cette interdiction est prononcée par une décision écrite et motivée du ministre de l'Intérieur pour une durée maximale de six mois à compter de sa notification (renouvelable jusqu'à deux années maximum). L'intéressé dispose d'un délai maximal de huit jours après la notification de la décision pour présenter ses observations, et peut, dans le délai de deux mois suivant la notification de la décision et suivant la notification de chaque renouvellement, demander au TA de Paris l'annulation de cette décision. Le juge statue alors dans un délai de quatre mois à compter de sa saisine.

60. L'interdiction de sortie du territoire emporte l'invalidation du passeport et de la carte nationale d'identité de la personne. Dès sa notification, et au plus tard dans les vingt-quatre heures à compter de celle-ci, elle est tenue de restituer sa pièce d'identité. Un récépissé valant justification de son identité lui est alors remis.⁵⁶ Avant toute délivrance, l'autorité administrative vérifie qu'aucune décision judiciaire ou autre « *circonstance nouvelle* » ne s'oppose à cette délivrance (art. R. 224-6 CSI).

61. Pour la première fois, le TA de Paris s'est prononcé, le 7 juillet 2015, sur la légalité d'une décision de sortie du territoire du 23 mars 2015 visant une jeune femme, *Mme A*, résidant à Mulhouse⁵⁷. Saisi en réalité par trois requérants, le juge administratif a considéré pour deux d'entre eux que les mesures prononcées étaient justifiées. En revanche, se livrant à un contrôle normal de la mesure d'interdiction de sortie du territoire visant la troisième requérante, il a considéré que les mesures de police administrative prises à son encontre n'étaient pas justifiées.

⁵⁶ Le décret du 14 janvier 2015 détaille le contenu de ce récépissé établi par le préfet du département dans lequel se situe le domicile de l'intéressé (ou le cas échéant le préfet du département dans lequel il séjourne). Il mentionne notamment le fondement légal sur lequel il a été pris (art. R. 224-1-8° CSI). Sa durée de validité est égale à la durée de l'interdiction de sortie du territoire augmentée d'un mois (art. R. 224-2-3° CSI). Le décret énonce aussi les conditions dans lesquelles l'intéressé peut demander la délivrance d'un nouveau titre à l'expiration de l'interdiction (art. R. 224-4 et 224-5 CSI).

⁵⁷ TA Paris, 7 juil. 2015, req. n° 15-08479/3-1.

62. En l'espèce, le ministre de l'intérieur s'était appuyé sur des notes des services de renseignement dont il ressortait que l'intéressée avait fait l'objet de plusieurs signalements par sa propre mère en raison de sa pratique d'un islam radical puis en raison de ses préparatifs de départ à l'étranger. Toutefois, le juge administratif a estimé que « *la pratique religieuse rigoureuse de Mme A et la circonstance, au demeurant non établie, qu'elle ferait preuve de prosélytisme, ne suffisent pas par elles-mêmes, à justifier de sa proximité avec le terrorisme islamiste* ». Il n'est en particulier pas établi que l'association *Langue et Horizon* fréquentée par l'intéressée serait elle-même favorable au terrorisme. Les notes des services de renseignement relatant le fait que l'intéressée aurait déclaré que mourir en martyr serait « *un moyen d'engranger des points supplémentaires pour gagner le paradis* » sont peu circonstanciées et ne sont corroborées par aucun autre élément. Quant au projet de voyage, il est imprécis et incertain ; l'administration n'apportant aucune preuve d'un départ vers des théâtres d'opérations terroristes.

63. Si ce nouveau dispositif administratif d'interdiction de sortie du territoire n'avait fait l'objet au moment de son adoption d'aucun contrôle *a priori* de constitutionnalité (à l'instar de la loi elle-même), le Conseil d'Etat a transmis au Conseil constitutionnel une première question prioritaire de constitutionnalité (QPC 2015-490 ; disposition visée à l'art. L. 224-1 CSI) visant le dispositif⁵⁸. A suivre donc.

2- Création d'un dispositif d'interdiction administrative du territoire et renforcement de l'assignation à résidence pour certains étrangers

64. Deux régimes d'interdiction administrative du territoire sont instaurés par la loi du 13 novembre 2014. Le premier régime vise tout ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse (ou tout membre de la famille de ce ressortissant). Dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas en France, ce ressortissant peut faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt

⁵⁸ CE, 10 juil. 2015, *M. K.*, req. n° 390642.

fondamental de la société (art. L. 214-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

65. Le second régime vise tout ressortissant étranger non mentionné précédemment et qui peut, dans les mêmes conditions, faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la France (art. L. 214-2 du même code).

66. A la différence de la procédure d'interdiction de sortie du territoire, l'interdiction administrative du territoire fait l'objet d'une décision écrite du ministre de l'intérieur après une procédure non contradictoire. Elle est motivée, à moins que des considérations relevant de la sûreté de l'Etat ne s'y opposent. A la date de sa notification, l'étranger doit quitter le territoire dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois, sauf urgence.

67. L'étranger -objet d'une mesure administrative- peut introduire une demande de levée de la mesure après un délai d'un an à compter de son prononcé. Le silence gardé pendant plus de quatre mois par l'administration vaut décision de rejet (art. L. 214-5 du même code).

68. La loi précise aussi les conditions dans lesquelles un étranger qui fait l'objet d'une interdiction administrative du territoire et s'apprête à entrer en France, peut faire l'objet d'un refus d'entrée. Il en est de même pour la reconduite à la frontière d'un étranger présent sur le territoire (art. L. 214-4 du même code).

69. Un étranger assigné à résidence peut être interdit d'entrer en relation avec des personnes nommément désignées liées aux mouvances terroristes, ceci « *si la préservation de la sécurité publique l'exige* ». (art. L. 563-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; art. 3 de la loi). La violation de cette interdiction est punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement.

70. Le ministre de l'Intérieur est compétent pour assigner à résidence un étranger (art. R.

513-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers) et fixer le pays de renvoi d'un étranger présent sur le territoire (art. R. 561-1-1 du même code), en application des dispositions du décret n° 2015-26 du 14 janvier 2015.

71. La mesure d'assignation à résidence administrative peut concerner un étranger dans l'impossibilité de quitter le territoire français (art. L 523-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers) compte tenu des traitements inhumains ou dégradants qu'il risque de subir dans le pays de renvoi⁵⁹. Dans cette hypothèse, la mesure d'expulsion ou d'interdiction du territoire ne peut être immédiatement exécutée. L'autorité administrative peut alors « *jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence* » pour une durée maximale d'un an (art. L. 561-1 du même code). Le décret n° 2015-131 du 7 février 2015 donne compétence, pour prononcer la décision d'assignation à résidence, au préfet du département dans lequel se situe le lieu d'assignation.

72. En revanche, le ministre de l'Intérieur a compétence exclusive pour décider de l'assignation à résidence dans deux hypothèses :

- l'étranger se trouve en France métropolitaine à la date de la décision mais est assigné à résidence outre-mer ;
- se trouvant dans une collectivité ultramarine, il est assigné dans une autre de ces collectivités ou en France métropolitaine (Ord. n° 2015-124 du 5 fév. 2015 pour les conditions d'application outre-mer de l'interdiction administrative du territoire et de l'assignation à résidence des étrangers).

73. Peut également faire l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence l'étranger qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion pour terrorisme non exécuté lorsque son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé.

⁵⁹ Art. 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; v. S. Pietrasanta, rapport n° 2173 préc., pp.18 et s.

Cette mesure est assortie d'une autorisation de travail (art. L. 523-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers).

B) Le droit de la presse et la lutte anti-terroriste : le « *djihad médiatique* »

74. Rappelons tout d'abord que la résolution du 1^{er} avril 2015 appelait les acteurs privés de l'internet à être « *mieux impliqués dans la lutte contre le terrorisme* » et jugeait urgente l'adoption de la proposition de directive relative aux mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et de l'information dans l'UE (E8076) et sur la stratégie européenne de cybersécurité (JOIN(2013)1final). Dans le même temps, la Commission des affaires européennes du Sénat appelait de ses vœux une lutte européenne coordonnée contre les sites internet djihadistes qui participent via les réseaux sociaux à l'accélération des recrutements et à la radicalisation des individus : ce que les experts appellent le « *Djihad médiatique* ». ⁶⁰

75. Le rôle d'Internet dans la menace terroriste avait déjà été identifié en 2013 par la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur le suivi et la surveillance des mouvements radicaux armés ⁶¹ qui ont aussi appris à maîtriser la « *viralité sur internet* » ⁶².

76. La provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme sur internet ne constituent plus « *un usage abusif de la liberté d'expression* » mais « *un acte grave inscrit dans une stratégie de combat participant d'une activité terroriste à part entière* » ⁶³. Pour ces mêmes motifs, la loi du 13 novembre 2014 inscrit au code pénal les délits d'apologie publique du terrorisme et de provocation directe au terrorisme en les soumettant dorénavant au régime pénal des infractions terroristes (art. 421-2-5 c. pén. ; art. 5 de la loi). Elle renforce le régime répressif de ces infractions qui sont punies de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende de 75.000 €. Les peines sont portées à 7 ans d'emprisonnement et à 100.000 € d'amende

⁶⁰ Rapp. n°2173, op.cit., pp.13 et s.

⁶¹ Rapport n° 1056, 24 mai 2013

⁶² David Thomson, « Djihad 3.0 : comme si l'Etat islamique avait recruté Steve Jobs... », *La Nouvelle Revue Géopolitique*, op. cit., pp. 33 et s.

⁶³ M. Valls, alors ministre de l'intérieur, à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, 3^e séance du 27 nov. 2012, JO Débats Ass. nat., pp. 5860-5861.

lorsque les faits ont été commis « *en utilisant un service de communication au public en ligne* ».

77. Tous les délits de provocation au terrorisme ou d'apologie du terrorisme sont transférés de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse vers le code pénal quel que soit le média utilisé, et avec la création d'une circonstance aggravante lorsque les faits sont commis sur Internet.

78. L'exigence d'une expression publique a été maintenue en commission mixte paritaire pour l'apologie du terrorisme contrairement à la provocation directe.⁶⁴ L'apologie présente en effet une dangerosité moindre en comparaison de la provocation directe à commettre un acte terroriste. Cette dernière est donc pénalement poursuivie, qu'elle s'exerce au sein de cercles privés, de réseaux sociaux ou de façon publique. Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables (art. 421-2-5 al. 3 c. pén.).

79. L'arrêt d'un service de communication au public en ligne pourra être prononcé par le juge des référés lorsque les faits constituent un trouble manifestement illicite, à la demande du ministère public ou de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir (art. 706-23 c. pro. pén.). Le décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie précise les modalités de blocage des sites contrevenant aux dispositions de l'article 421-2-5 c. pén. Le ministère de l'Intérieur transmet la liste des adresses électroniques des services internet méconnaissant les dispositions du code pénal aux fournisseurs d'accès à internet afin qu'ils procèdent, dans les vingt-quatre heures, à leur blocage. L'article 6 du décret précise les modalités de la compensation financière allouée par l'Etat aux fournisseurs d'accès à internet.

80. Le décret n° 2015-253 du 5 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique vient compléter le

⁶⁴ Jean-Jacques Hyst et Alain Richard, Rapport n° 37 fait au nom de la CMP, 21 oct. 2014, p. 5.

dispositif en prévoyant la suppression des pages de résultats des moteurs de recherche les sites ayant des contenus illicites. Dans un délai de quarante-huit heures suivant la notification, les exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement de ces adresses. L'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication vérifie au moins chaque trimestre que les adresses électroniques notifiées ont toujours un contenu présentant un caractère illicite. Il notifie sans délai les adresses électroniques dont le contenu ne présente plus de caractère illicite à la personnalité qualifiée et aux exploitants des moteurs de recherche ou d'annuaires. Dans un délai de quarante-huit heures suivant cette notification, ceux-ci rétablissent par tout moyen approprié le référencement de ces adresses électroniques (art. 4 du décret).

81. Si le numérique démultiplie les possibilités offertes aux individus de jouir de certains droits tels que la liberté d'expression, il en fragilise d'autres tels que le droit à la vie privée ou le droit à la sécurité.⁶⁵ La loi sur le renseignement s'est inscrite au cœur de cette problématique en autorisant notamment l'accès aux réseaux des opérateurs de télécommunications par les services compétents en matière de renseignement. Pour les « *seuls besoins de la prévention du terrorisme* », le recueil sur les réseaux en temps réel d'informations ou de documents relatifs à une personne préalablement identifiée comme présentant une menace peut être autorisé (art. L. 851-2-I CSI).

82. La mise en œuvre sur les réseaux de traitements automatisés destinés, en fonction de paramètres précisés dans l'autorisation, à détecter « *des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste* » (art. L. 851-3-I CSI) peut être imposée aux opérateurs et aux personnes mentionnés à l'article L. 851-1 CSI. Ces questions ont été l'objet de vives controverses même si la future Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR ; nouvelle autorité administrative indépendante) dispose -à la loi sur

⁶⁵ CE, *Le numérique et les droits fondamentaux*, coll. Etudes et documents, La Doc. fr., 2014, 446 p.

le renseignement- d'un accès permanent, complet, direct et immédiat aux informations ou documents collectés (art. L.851-1 CSI)⁶⁶.

83. Les opérateurs ont réagi vivement craignant la perte de confiance des clients notamment dans le domaine du secret des correspondances et de la protection des données personnelles. Le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe ainsi que le Défenseur des droits français ont fait part de leur désapprobation sur ces dispositions.

84. Le 14 avril 2015, trois questions écrites ont été posées à la Commission européenne par Nathalie Griesbeck (députée européenne française UDI-MoDem) relatives à la conformité du projet de loi au-regard de plusieurs textes et de la jurisprudence de la CJUE⁶⁷. En réponse, le 25 juin 2015, la Commission a exprimé ses plus vives inquiétudes d'ordre juridique sur la future législation française.

85. Le 5 juin 2015, le Conseil constitutionnel était de son côté saisi par le Conseil d'Etat d'une QPC posée par l'*Association French Data Network*, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, des articles L. 246-1 à L. 246-5 CSI fixant les règles d'accès aux données de connexion par l'autorité administrative (dispositions modifiées par la loi sur le renseignement mais applicables jusqu'à l'adoption des mesures réglementaires prévues à l'art. 26 de la loi). Les requérants considéraient que les termes d' « *informations ou documents* » et d' « *opérateur de communications électroniques* » inscrits à l'article L. 246-1 CSI étaient trop imprécis et que l'emploi à l'article L. 246-3 CSI des termes « *sollicitation du réseau* » n'excluait pas un accès direct de l'autorité administrative aux données de connexion détenues par les opérateurs. En second lieu, les associations soutenaient que le législateur, en ne prévoyant pas des garanties de nature à protéger l'accès aux données de connexion des avocats et des journalistes, avait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions portant atteinte au droit au respect de la vie privée, à la liberté d'expression et de communication, ainsi qu'aux droits de la défense et au droit à

⁶⁶ Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État, pris après avis de la CNIL et de la CNCTR.

⁶⁷ www.euractiv.com/files/wq_to_commission.pdf

un procès équitable, au droit au secret des échanges et correspondances des avocats et au droit au secret des sources des journalistes.

86. Dans sa décision du 24 juillet 2015 (QPC n° 2015-478), le Conseil constitutionnel a rejeté ces différents arguments, considérant tout d'abord que les autorités administratives ne pouvaient pas accéder directement au réseau des opérateurs⁶⁸. Les dispositions contestées du CSI instituent en effet une procédure de réquisition administrative de données de connexion excluant l'accès au contenu des correspondances. Dans ces conditions, elles ne violent pas le droit au secret des correspondances et la liberté d'expression. Par ailleurs, ladite procédure de réquisition administrative est autorisée uniquement pour recueillir des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous. S'agissant des garanties contre toute atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, y compris pour les avocats et journalistes, le Conseil constitutionnel rappelle que cette procédure est mise en œuvre par des agents spécialement habilités, qu'elle est subordonnée à l'accord préalable d'une personnalité qualifiée, placée auprès du Premier ministre, désignée par la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), qu'elle est soumise au contrôle de cette commission, laquelle dispose d'un accès permanent au dispositif de recueil des informations ou documents. Le Conseil constitutionnel en a déduit que les garanties ainsi offertes étaient suffisantes et a, en conséquence, écarté le grief tiré de ce que le législateur aurait insuffisamment exercé sa compétence en ne prévoyant pas des garanties spécifiques pour protéger le secret professionnel des avocats et journalistes.

⁶⁸ Dans sa décision n° 2015-713 DC du 23 juil. 2015 relative à la loi sur le renseignement, le Conseil constitutionnel a validé les dispositions relatives à la réquisition sur « *sollicitation du réseau* » (art. L. 851-4 CSI ; § 61) et aux réquisitions administratives des données de connexion et autres « informations et documents » chez les opérateurs, FAI et services de communication (sites, hébergeurs... ; art. 851-1 CSI - § 52).

C) Le cadre juridique national du renseignement : « une indigence juridique »

87. Lors de sa déclaration de politique générale à l'Assemblée nationale, le 19 juin 1997, le Premier ministre Lionel Jospin déclarait : « *assurer la sécurité est un devoir primordial de l'État. La sécurité, garante de la liberté, est un droit fondamental de la personne humaine* ». Quelques années plus tard, le législateur érigea la sécurité en « *un droit fondamental* », voyant en elle « *l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* » (art. L. 111-1 CSI)⁶⁹.

88. Le renseignement est au cœur de la lutte anti-terroriste. Lors de la présentation du projet de loi sur le renseignement, Christiane Taubira déclarait : « *il permet de connaître et de prévenir les risques et les menaces (...) ainsi que de mieux appréhender les grands enjeux (...). Par là-même, il participe de la garantie des droits des citoyens, qui dépend notamment de l'ordre public pour être pleinement assurée. Dans le contexte actuel, international aussi bien qu'intérieur, le renforcement de la politique du renseignement, dans le strict respect des libertés individuelles, est nécessaire* »⁷⁰.

89. Au-lendemain du Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2008⁷¹, l'organisation et la gouvernance du renseignement en France ont connu d'importantes réformes. Tout d'abord, le Conseil national du renseignement⁷², organisme de coordination des services de renseignement français, a été créé par voie d'arrêté le 23 juillet 2008.⁷³ C'est une formation spécialisée du Conseil de défense et de sécurité nationale⁷⁴ dont le rôle est de définir -sous la présidence du Président de la République- les orientations stratégiques et les priorités en matière de renseignement. A cet effet, un coordonnateur national du renseignement est nommé auprès du Président de la République qui coordonne l'action des

⁶⁹ Créé par l'ord. n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.

⁷⁰ Ch. Taubira, Projet de loi relatif au renseignement, n°2669, présenté à l'Assemblée nationale le 19 mars 2015 (procédure accélérée) – voir aussi : William Roumier, « Renforcer le renseignement pour mieux lutter contre le terrorisme », *Droit pénal*, 2015, n° 5, Focus, alerte 2.

⁷¹ *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, La Doc. fr., 2008, 350 p.

⁷² Art. R. 1122-6 à D. 1122-8-1 du code de la défense.

⁷³ NOR: PREX0819483A, JO du 6 août 2008.

⁷⁴ Art. R. 1122-1 à 5 du code de la défense.

services spécialisés de renseignement et s'assure de leur bonne coopération. Il conseille aussi le chef de l'Etat en matière de terrorisme.

90. Une « *communauté du renseignement* » va être constituée. Elle comprend des services spécialisés des ministères de l'intérieur, de la défense et de l'économie, le coordonnateur national et l'académie du renseignement créée le 13 juillet 2010⁷⁵.

91. Le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2013⁷⁶ a rappelé que la « *fonction de connaissance et d'anticipation* » était un élément fondamental de la stratégie de sécurité nationale et la « *condition de décisions libres et souveraines (...). Le concept de sécurité nationale exprime la volonté d'adopter une approche globale dans l'identification des risques et des menaces comme dans la réponse qu'il convient de leur apporter en combinant un ensemble de moyens qui incluent la connaissance et l'anticipation, la protection, la prévention, la dissuasion et l'intervention* » (pp. 11 et s.).

92. Pourtant, la réforme du renseignement est inachevée. « *Il reste à définir, dans la loi, les principes et les finalités de la politique publique du renseignement, prérogative de l'État, pour reconnaître sa contribution à la sécurité nationale et à la défense des intérêts fondamentaux de la Nation. Il reste surtout à encadrer l'utilisation des techniques de recueil du renseignement pour renforcer la protection des libertés individuelles tout en sécurisant l'action des services spécialisés* »⁷⁷.

93. Le rapport 2014 relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement souligne que la France demeure « *la seule démocratie occidentale à ne pas bénéficier d'un cadre juridique, laissant de ce fait nos services **dans la plus parfaite indigence juridique**, exposant les fonctionnaires qui œuvrent en ce domaine et créant les conditions de possibles atteintes aux libertés fondamentales pour les citoyens* »⁷⁸. L'efficacité du dispositif pénal répressif est démontrée. En revanche, les outils de renseignement, hors procédure

⁷⁵ Décret n° 2010-800 portant création de l'académie du renseignement.

⁷⁶ *Livre Blanc - Défense et sécurité nationale*, La Doc. fr., Paris, 2013, 160 p.

⁷⁷ Exposé des motifs du projet de loi, p. 4.

⁷⁸ Jean-Jacques Urvoas, rapport n° 2482, Ass. nat., 18 déc. 2014, p. 65.

judiciaire, ne disposent pas d'un cadre juridique adapté tant à la détection des actes de terrorisme qu'à la garantie des libertés individuelles et à la protection de ses agents. La démocratie est-elle alors en danger lorsqu'elle légalise des pratiques de toute façon existantes en dehors du cadre légal ?

94. Un cadre juridique unifié présente trois avantages majeurs : consacrer les libertés individuelles, légitimer l'activité des services et protéger les agents de l'Etat⁷⁹. Ces trois objectifs sont les piliers de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 sur le renseignement (27 articles). Son article 1^{er} introduit dans le code de la sécurité intérieure un livre VIII intitulé « *Du renseignement* »⁸⁰ comprenant un nouvel article L. 801-1 qui garantit « *le respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile* ». L'autorité publique ne peut y porter atteinte que dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi (art. L. 811-3 CSI), dans les limites fixées par celle-ci et *dans le respect du principe de proportionnalité* (art. L. 801-1 CSI). La loi soumet *au principe de nécessité* l'autorisation et la mise en œuvre sur le territoire national des techniques de recueil de renseignement (art. L.801-1 4° CSI : elles sont justifiées par les menaces, les risques et les enjeux liés aux intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L. 811-3)⁸¹.

95. Les motifs de recours à différentes techniques « *pour le recueil des renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation* » sont précisés au nouvel article L. 811-3 CSI.

96. Ils comprennent de façon limitative :

- l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ;
- les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ;
- les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ;

⁷⁹ Rapport n° 2482 préc., pp. 65 et s.

⁸⁰ Ce livre se substitue aux dispositions de l'ancien titre IV du livre II du même code portant sur les interceptions de sécurité.

⁸¹ La procédure applicable aux techniques de recueil de renseignements soumis à autorisation est précisée aux art. L. 821-1 à 821-8 CSI.

- la prévention du terrorisme ;
- la prévention :
- des atteintes à la forme républicaine des institutions ;
- des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'art. L. 212-1 ;
- des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique ;
- la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ;
- la prévention de la prolifération des armes de destruction massive.

97. Cette disposition a fait l'objet de nombreux amendements et critiques. Ainsi, le motif relatif à « *la prévention des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique* » fut considéré *ab initio* comme un moyen détourné pour le gouvernement de restreindre la liberté de manifestation. Supprimé dans un premier temps, il est finalement inscrit à la loi. « *Avec des finalités aussi larges et imprécises, le champ d'application de la loi risque de s'élargir à l'infini et de couvrir toute la vie de la collectivité* »⁸².

98. Concrètement, la mise en œuvre sur le territoire national des techniques de recueil de renseignement par différents services⁸³ est soumise à autorisation préalable du Premier ministre, délivrée (pour une durée maximale de 4 mois) après avis consultatif obligatoire de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNTCR ; art. L. 821-1 à 8 CSI). Le Premier ministre organise la traçabilité de l'exécution des techniques autorisées et définit -après consultation de la CNTCR- les modalités de la centralisation des renseignements collectés (art. L. 822-1 à 822-4 CSI). La CNTCR exerce sur cette question un contrôle *a posteriori* ; l'art. L. 822-3 CSI indiquant que les opérations de collecte, transcription et extraction des renseignements pour les finalités mentionnées à l'art. L. 811-3 CSI sont soumises à son contrôle.

⁸² Défenseur des droits – avis n° 15-09 du 29 avr. 2015.

⁸³ La loi énumère les services de renseignement dotés de nouveaux moyens et précise leurs missions en France et à l'étranger (art. L. 811-2 CSI). Un décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement désigne les services, autres que les services spécialisés de renseignement, relevant des ministres de la défense et de l'intérieur ainsi que des ministres chargés de l'économie, du budget ou des douanes, qui peuvent être autorisés à recourir aux différentes techniques.

99. On peut d’ores et déjà légitimement s’interroger sur la portée réelle du contrôle de la CNTCR devenue pourtant une nouvelle AAI (art. L. 831-1 CSI). On ne peut en effet que regretter que l’avis préalable de cette nouvelle Autorité ne soit que consultatif même si le législateur a prévu que lorsque l’autorisation est délivrée par le Premier ministre après un avis défavorable de la CNTCR, « *elle indique les motifs pour lesquels cet avis n’a pas été suivi* ». L’autorisation du Premier ministre est alors « *communiquée sans délai au ministre responsable de son exécution ainsi qu’à la commission* » afin de lui permettre de saisir le Conseil d’Etat par voie de référé (art. L. 821-4 CSI). Son avis préalable peut aussi ne pas être sollicité dans les *cas d’urgence absolue* et pour les seules finalités mentionnées aux 1° et 4° (*prévention du terrorisme*) et au *a* du 5° de l’article L. 811-3 (art. L. 821-5 CSI). Il en était initialement de même en cas « *d’urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l’opération ultérieurement* » (*urgence opérationnelle* : art. L. 821-6 CSI) **et** dans l’hypothèse de *mesures de surveillance internationale* aux seules fins de protection des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés (art. L. 854-1-I CSI). Or, le Conseil constitutionnel a censuré ces deux dernières dispositions (Décision n° 2015-713 DC, 23 juil. 2015⁸⁴).

100. Dans son avis n° 15-04 du 2 avril 2015 sur le projet de loi, le Défenseur des droits avait souligné la nécessité d’insérer des dispositions particulières à l’égard de certaines professions telles que les avocats, magistrats, parlementaires et journalistes. La loi précise désormais qu’un parlementaire, un magistrat, un avocat ou un journaliste ne peut être l’objet d’une demande de mise en œuvre, sur le territoire national, d’une technique de recueil de renseignement « *à raison de l’exercice de son mandat ou de sa profession* ». Lorsqu’une telle demande concerne l’une de ces personnes ou ses véhicules, ses bureaux ou ses domiciles, l’avis de la CNCTR est examiné en formation plénière. La commission est informée des modalités d’exécution des autorisations délivrées. Les transcriptions des renseignements collectés lui sont transmises. La commission veille alors au caractère nécessaire et proportionné des atteintes, le cas échéant, portées aux garanties attachées à l’exercice de ces activités professionnelles ou mandats. (art. L. 821-7 CSI). Il ne s’agit pas là

⁸⁴ Ce sont les deux seules dispositions importantes censurées par le Conseil constitutionnel avec l’art. L. 832-4 CSI visant les moyens accordés à la CNCTR.

véritablement des garanties qu'attendait le Défenseur des droits car en réalité ces catégories de personnes pourront bien être écoutées, certes, non pas *à raison* de leur mandat ou profession mais bien dans *leur cadre*.

101. Le Conseil constitutionnel a validé dans sa décision du 23 juillet 2014 cette disposition. Il a en effet considéré que le fait que la CNCTR puisse exercer un « *examen systématique* » d'une demande de mise en œuvre d'une technique de renseignement visant ces catégories de personnes constituait une garantie suffisante ; la mise en œuvre de la technique ne pouvant au-demeurant pas concerner l'exercice du mandat ou la profession *stricto sensu*. Par ailleurs le recours à la procédure dérogatoire prévue par l'article L. 821-5 CSI est ici interdite. Pour le juge constitutionnel, il n'existe donc pas d'« *atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect à la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances* » (§ 34). Il adoptera la même position dans sa décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Ass. French Data Network et autres*. La frontière est toutefois étroite entre ce qui relève ou non des mandats et du secret professionnel. En revanche, le Conseil constitutionnel a considéré que « *le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs n'implique pas que les professeurs d'université et les maîtres de conférences bénéficient d'une protection particulière en cas de mise en œuvre à leur égard de techniques de recueil de renseignement dans le cadre de la police administrative* » (§ 36).

102. De façon générale, les renseignements collectés devront être détruits à l'issue d'une durée de⁸⁵:

- 30 jours à compter de leur recueil pour les correspondances interceptées en application de l'article L. 852-1 et pour les paroles captées en application de l'art. L. 853-1 ;
- 120 jours à compter de leur recueil pour les renseignements collectés par la mise en œuvre des techniques mentionnées au chapitre III du titre V du livre VIII (De la sonorisation de certains lieux et véhicules et de la captation d'images et de données informatiques), à l'exception des informations ou documents mentionnés à l'art. L. 851-1 ;

⁸⁵ Pour les renseignements chiffrés, le délai court à compter de leur déchiffrement. Ils ne peuvent être conservés plus de six ans à compter de leur recueil (art. L. 822-2.-I CSI).

- 4 ans à compter de leur recueil pour les informations ou documents mentionnés à l'art. L. 851-1.

103. Dans une mesure strictement nécessaire aux besoins de l'analyse technique et à l'exclusion de toute utilisation pour la surveillance des personnes concernées, les renseignements collectés qui contiennent des éléments de « *cyber attaque* » (ou qui sont chiffrés), ainsi que les renseignements déchiffrés associés à ces derniers, peuvent être conservés au-delà des durées ci-dessus mentionnées.

104. Enfin, *par dérogation*, les renseignements qui concernent une requête dont le Conseil d'État a été saisi ne peuvent être détruits. À l'expiration des délais prévus, ils sont conservés pour les seuls besoins de la procédure devant le Conseil d'État⁸⁶. Lorsque la formation de jugement constate qu'une technique de recueil de renseignement est (ou a été) mise en œuvre illégalement ou qu'un renseignement a été conservé illégalement, elle **peut** annuler l'autorisation et ordonner la destruction des renseignements irrégulièrement collectés (art. L. 773-7 CSI). Ceci signifie que des renseignements irrégulièrement collectés pourront ne pas être détruits. Ce point avait été dénoncé par le Défenseur des droits dans son avis du 20 avril 2015 sur le projet de loi.

105. Si le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement, les contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État sont portées devant une formation spécialisée dont la composition sera fixée par décret en Conseil d'État. L'ombre d'une future juridiction d'exception resurgit (art. L. 773-2 CSI). Les exigences de la contradiction sont par ailleurs adaptées à celles du secret de la défense nationale (art. L. 773-3 CSI) puisque le président de la formation de jugement ordonne le huis-clos lorsque le secret de la défense nationale est en cause (art. L. 773-4 CSI). Sur ce point, le Défenseur des droits avait émis des réserves sur la portée réelle du contrôle

⁸⁶ Art. L. 822-2-II CSI.

juridictionnel face à ces règles procédurales dérogatoires rappelant la jurisprudence de la Cour EDH en la matière⁸⁷.

106. Plusieurs autres dispositions et amendements de la loi ont fait l'objet de vives critiques du Défenseur des droits et du président de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, Jean-Marie Delarue. Le gouvernement s'est *in fine* opposé à un amendement introduit par Jean-Jacques Urvoas, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, en commission mixte paritaire. Cette disposition permettait aux services de renseignement de surveiller les étrangers de passage en France, après avis du Premier ministre, mais sans contrôle de la CNTCR. Le président de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité avait alors dénoncé cette proposition comme violant le principe constitutionnel d'égalité sur le territoire français.

107. Le Défenseur des droits a de son côté appelé l'attention du législateur dans son avis du 29 avril 2015 sur la création du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT) rappelant l'avis de la CNIL du 7 avril 2015⁸⁸. Cette dernière a en effet relevé que le FIJAIT fonctionnait sur le modèle du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAISV) pour lequel le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme se sont prononcés à plusieurs reprises. La CNIL a notamment formulé plusieurs observations liées à la durée de conservation des données, l'inscription automatique des personnes inscrites au FIJAIT dans le fichier des personnes recherchées et l'insuffisance de précision s'agissant des destinataires des données (art. L. 706-25-3 à 706-25-14 CSI).

108. Le rôle de l'administration pénitentiaire a aussi été précisé. A l'occasion du débat parlementaire, la contrôleuse générale des lieux de privation de liberté, Adeline Hazan, avait dénoncé un amendement qui faisait de l'administration pénitentiaire un service de renseignement dit « *pénitentiaire* ». L'article 12 du projet de loi visait en effet la surveillance

⁸⁷ CEDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume Uni*, n° 26839/05 ; encadrement des procédures d'interception des communications et violation de l'art. 8 de la Conv. EDH relatif au respect de la vie privée.

⁸⁸ CNIL, 7 avr. 2015, Délibération n° 2015-119, www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/police-justice/D2015_119_FIJAIT.pdf

des détenus et introduisait à ce titre deux nouvelles dispositions au code de procédure pénale. L'article 727-2 c. pro. pén. permettait à l'administration pénitentiaire de disposer des prérogatives nécessaires à la détection, au brouillage et à l'interruption des correspondances illicites émises ou reçues par la voie des communications électroniques ou radioélectriques par une personne détenue, notamment des communications téléphoniques, échanges de messages écrits ainsi que des communications par « *talkie-walkie* ». Cet article autorisait également l'administration pénitentiaire à utiliser un dispositif permettant de recueillir les données de connexion ou celles relatives à la géolocalisation des équipements utilisés. L'article 727-3 c. pro. pén. prévoyait quant à lui le cadre dans lequel les ordinateurs des personnes détenues pouvaient être contrôlés, y compris en temps réel, pour détecter une éventuelle connexion illicite. La mise en œuvre de ces dispositions était placée sous le contrôle du procureur de la République. Le Sénat a finalement exclu l'administration pénitentiaire de l'application des techniques de renseignement. En revanche, l'administration doit signaler des comportements ou activités suspects.

109. Dans son avis du 29 avril 2015, le Défenseur des droits a salué « *certaines avancées qui viennent renforcer la protection des droits et des libertés, notamment la prise en compte (...) des données personnelles comme composantes du droit au respect de la vie privée* ». Cependant, il a regretté que les débats à l'Assemblée nationale n'aient pas abouti à « *un meilleur équilibre entre les impératifs de sécurité et la protection des droits et des libertés* ». La loi manque ainsi de clarté quant à son champ d'application et sa portée, en particulier sur les catégories de personnes susceptibles d'être visées par les activités de renseignement, et en ce qui concerne l'articulation entre la phase préventive de recherche de renseignements et la phase d'enquête et de procédure judiciaire.

110. Au lendemain de l'adoption de la loi sur le renseignement, l'unité nationale se disloque peu à peu entre les partisans de l'adoption de mesures anti-terroristes d'exception, à l'instar du Patriot Act américain du 26 octobre 2001 (Pour aller plus loin : « De l'exception à la règle : le Patriot Act ») et les défenseurs des droits de l'Homme. Pour une partie de la

doctrine, la législation nationale anti-terroriste comme celles de nos voisins « *s’inscrit dans un temps de l’urgence et de l’exception permanentes* »⁸⁹.

111. Le débat parlementaire fut agité, et pour la première fois dans l’histoire de la 5^{ème} République, le chef de l’Etat a saisi le Conseil constitutionnel de la loi pour laquelle « *un débat s’est engagé pour savoir si l’ensemble des dispositions prévues assuraient un équilibre suffisant entre la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation et la protection des droits constitutionnellement garantis, en particulier le respect de la vie privée* ». Le 25 juin 2015, le chef de l’Etat a sollicité du juge constitutionnel l’examen du « *cadre général de mise en œuvre et de contrôle des techniques de renseignement prévu par la loi ainsi que les conditions dans lesquelles elle autorise le recours à des techniques nouvelles* »⁹⁰. Une centaine de députés et le président du Sénat ont aussi saisi le juge constitutionnel alors même que la loi de novembre 2014 n’avait fait l’objet d’aucune saisine constitutionnelle.

112. Dans sa décision du 23 juillet 2015, le juge constitutionnel n’a censuré que trois dispositions de la loi validant les vingt-quatre autres dont il avait été saisi⁹¹. Il a en particulier validé les très controversées finalités justifiant le recours aux techniques de renseignement alors même que les députés l’ayant saisi faisaient valoir que les finalités énumérées à la loi étaient insuffisamment définies constituant par nature une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée ainsi qu’à la liberté d’expression. Le Conseil constitutionnel a validé les motifs inscrits au nouvel article L. 811-3 CSI en les rattachant à des dispositions répressives préexistantes (§. 10). Ainsi, s’agissant des objectifs énumérés aux 1^o à 4^o dudit article, les définitions font référence aux intérêts mentionnés à l’article 410-1 c. pén. (livre V titre 1^{er} *Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation*). Le législateur a donc précisément circonscrit les finalités poursuivies. Il en va de même pour les finalités définies aux a) et b) du 5^o, faisant référence aux incriminations pénales du chapitre II du titre I^{er} du livre IV du code pénal (*Des crimes et délits contre la nation, l’Etat et la paix publique*). S’agissant des finalités inscrites au c) du 5, elles font référence aux incriminations pénales

⁸⁹ Romain Ollard & Olivier Desaulnay, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le régime de l’exception pérenne », *Droit pénal*, 2015, n° 1, Etude 1.

⁹⁰ Extraits de la déclaration de François Hollande.

⁹¹ Surveillance internationale (art. L. 854-1 CSI, § 78), procédure d’urgence opérationnelle (art. L. 821-6 CSI, § 27 à 29) et loi de finances (art. L. 832-4 CSI ; § 47).

définies aux articles 431-1 à 431-10 c. pén. (*Des atteintes à la paix publique*). Celles définies au 6° font référence aux incriminations pénales énumérées à l'article 706-73 c. pro. pén. (*Procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées*) et aux délits punis par l'article 414 du code des douanes commis en bande organisée. Enfin, les objectifs poursuivis à l'alinéa 7° font référence aux incriminations pénales définies aux articles L. 2339-14 à L. 2339-18 du code de la défense (*De la prolifération des vecteurs d'armes de destruction massive*).

113. Le Conseil a de la même façon validé la disposition sans nul doute la plus critiquée de la loi, celle visant les fameuses « *boîtes noires* » (art. L. 851-3 CSI ; § 58 à 60).

114. L'application de ces dispositions est maintenant attendue. La grande majorité des dispositions validées ne pourra en effet entrer en vigueur qu'à la condition de la publication du décret en Conseil d'Etat nommant le président de la CNCTR prévu à l'article L. 851-1 CSI (art. 26 de la loi). Jusqu'à l'entrée en vigueur dudit décret, et au plus tard jusqu'au 31 mars 2016, les dispositions du chapitre VI du titre IV du livre II CSI (à l'exception de l'art. L. 246-3) demeurent applicables aux services mentionnés à l'article L. 811-2 CSI dans leur rédaction antérieure à la loi.

115. Par exception, seules quelques dispositions sont entrées en vigueur au lendemain de la publication de la loi⁹². A compter de la publication du décret nommant le président de la CNCTR, la Commission exercera ses compétences (titre IV de la loi).

⁹² Art. 3 (inscription de la fonction de président de la CNCTR à l'annexe de la loi organique du 23 juil. 2010 relative à l'application de l'art. 13. al. 5 de la Constitution), art. 4 (aggravation des peines inscrites aux articles 323-1 à 323-4-1 c. pén. relatifs aux atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données), art. 9 (demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère concernant des faits commis hors du territoire national susceptibles d'être en lien avec les missions réalisées, aux fins de la défense et de la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation prévus à l'art. L. 811-3 CSI), art. 16 et 17 (entreprises de transport routier, ferroviaire, maritime ou aérien ou à tout opérateur de voyage ou de séjour et éléments d'identification des personnes), art. 18 (nouvel art. 323-8 c. pén. légalisant certaines atteintes aux systèmes de traitement automatisés des données au niveau international par des agents habilités des services de l'Etat désignés par arrêté du Premier ministre parmi les services spécialisés de renseignement mentionnés à l'art. L. 811-2 CSI, pour assurer hors du territoire national la protection des intérêts fondamentaux de la Nation inscrits à l'art. L. 811-3 CSI) et 19 à 22 (FJAIT).

116. Saisi le 25 juin 2015, par le Premier ministre, de la loi organique n° 2015-911 du 24 juillet 2015 relative à la nomination du président de la Commission, le Conseil constitutionnel a validé « *eu égard à son importance pour la garantie des droits et des libertés* », la fonction de président de la CNTCR qui entre dans le champ d'application de l'article 13 de la Constitution (Décision n° 2015-714 DC du 23 juil. 2015). Ainsi validée, elle modifie le tableau annexé à la loi organique du 23 juillet 2010 relative à la liste des emplois et fonctions pour lesquels le Président de la République exerce son pouvoir de nomination dans les conditions prévues à la Constitution (art. 13 al. 5).

117. La validation par le Conseil constitutionnel de la quasi-totalité des dispositions de la loi sur le renseignement rend impossible de futurs recours contre celle-ci par la voie de la QPC (art. 61-1 de la Constitution). Les futurs requérants devront donc saisir la Cour européenne des droits de l'homme celle-ci « *n'échappant pas aux effets de mode (...). Parmi les concepts qui font florès une bonne place est réservée à celui de sécurité* »⁹³.

118. Pour Maître Christian Huglo, le vrai débat se situe en réalité dans « *la place qu'il faut accorder à la notion de sécurité dans la hiérarchie des droits des principes fondamentaux* »⁹⁴. Quel est à ce titre le véritable enjeu de la notion de « *sécurité intérieure* » ? Il n'est pas certain que le législateur ait répondu à la question.

⁹³ Mustapha Afrouk, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, p. 139.

⁹⁴ « Environnement, enjeu de la défense ou l'impératif de sécurité écologique », *Mélanges en l'honneur du Pr. J. Untermaier*, à par.

Droit international et terrorisme

Pascale MARTIN-BIDOU

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Résumé : *Le droit international ne donne pas de définition du terrorisme. Cependant il élabore des règles qui visent à lutter contre les actes terroristes et les États coopèrent par l'adoption de conventions internationales. Si le cadre universel de l'Organisation des Nations Unies semble approprié, il n'est pas véritablement mis en œuvre et il est parfois difficile de trouver un fondement juridique solide à l'emploi de la force par les États dans leur lutte contre le terrorisme.*

1. Le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau mais depuis les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, il a pris une autre ampleur, et les actes perpétrés et médiatisés par l'organisation « État islamique » ou encore Boko Haram ont fait évoluer la menace. Aujourd'hui plus que jamais le droit international est interrogé. Avec le terrorisme, il est confronté à des conflits asymétriques, c'est-à-dire des conflits qui n'opposent plus seulement des États mais qui concernent aussi des entités non étatiques. Au lendemain du 11 septembre Brigitte Stern évoquait un droit incantatoire avant les événements, inutilisé ou inadapté face aux événements, bref « *désemparé* »¹. C'était il y a 14 ans et pourtant il n'est pas certain que, depuis, le droit international se soit vraiment adapté aux nouvelles menaces auxquelles les États doivent faire face

2. **L'introuvable définition**² - La qualification du phénomène en droit international pose problème. Or, pour que la lutte contre le terrorisme soit efficace, il est nécessaire d'identifier et de qualifier la menace. Le vocabulaire employé n'est pas d'un grand secours. Ainsi, lorsque des chefs d'États parlent de « guerre contre le terrorisme »³, c'est une image destinée à marquer les esprits car il est difficile de considérer que ce soit à proprement parler une guerre à laquelle on appliquerait le droit de la guerre et qui reviendrait même à une certaine reconnaissance des

¹ Brigitte Stern dans son Rapport introductif au colloque organisé par le CEDIN de Paris 1, « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, Pedone, 2002, pp. 3-32, spéc. pp. 13 et ss.

² Selon l'expression de Mario Bettati, *Le terrorisme, les voies de la coopération internationale*, Odile Jacob, Paris, 2013, 301 p., spéc. p. 88. V. aussi Jean-Marc Sorel, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », *Le droit international face au terrorisme, précit.*, spéc. pp. 35-68.

³ F. Hollande : « Le terrorisme, nous lui faisons la guerre », *Vœux au corps diplomatique*, 16 janv. 2015.

terroristes. D'ailleurs, guerre contre qui ou entre qui et qui⁴ ?

Les conventions internationales relatives à la lutte contre le terrorisme donnent des définitions non pas du terrorisme mais des actes terroristes dont on peut toutefois tirer des caractéristiques constantes. Le terrorisme suppose un acte criminel grave, un usage indiscriminé de la violence, causant de graves dommages humains et matériels, dans le but de créer la terreur⁵. Reste la question des motifs ou de la légitimation politique de l'acte sur laquelle il n'y a pas d'accord.

3. Le droit international tente de mettre en place des mécanismes de prévention et de répression des actes terroristes. Les moyens sont avant tout internes. En effet, c'est le droit interne qui s'applique et les sanctions sont principalement d'ordre national. Les conventions internationales prescrivent aux États d'incriminer et de poursuivre les actes. De fait, les poursuites ont lieu essentiellement devant les juges internes en application du droit pénal de l'État⁶. Elles leur imposent aussi de prendre des mesures efficaces pour lutter contre le financement du terrorisme ou réprimer la prise d'otages par exemple.

4. Il existe en droit international deux façons d'appréhender la question selon que l'on retient la voie de l'unilatéralisme ou celle du multilatéralisme. Dans les deux hypothèses le cadre reste international car les États agissent en application de règles de droit international. Ils peuvent donc agir ensemble, collectivement, en particulier dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies ou bien préférer un mode d'action plus individuel.

5. Dès l'entre-deux guerres, les États se sont préoccupés de lutter contre le terrorisme, cette préoccupation, qui s'est accrue dans les années 70, a encore progressé après les attentats du 11 septembre 2001 qui ont conduit à une adaptation du droit dont on trouve une nouvelle nécessité avec la lutte contre l'organisation « État islamique ».

6. Le droit international est un droit qui fait une grande part à la souveraineté des États et à des notions classiques de territoire, de souveraineté territoriale, alors que le terrorisme sort de ce

⁴ V. sur cette question les réflexions de B. Stern dans son rapport introductif précité, spéc. pp. 27 et suiv., elle suggère un nouveau concept de « guerre civile internationale », p. 32.

⁵ V. par exemple la définition de l'art. 2 de la convention de 1999 pour la répression du financement du terrorisme, <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/french-18-11.pdf>

⁶ Sauf exception, comme le cas de Tribunal spécial pour le Liban, tribunal mixte créé par un accord entre le Liban et l'ONU du 6 fév. 2007 afin de juger les responsables de l'assassinat en février 2005 de l'ancien Premier ministre libanais, Rafiq Hariri et des attentats au Liban depuis octobre 2004, <http://www.stl-tsl.org/fr/>

cadre, et ne connaît pas les frontières des États. Dès lors, le droit international est-il adapté à la lutte contre les nouvelles formes de terrorisme⁷ ? Ainsi, force est de constater que si l'action collective offre un cadre universel qui apparaît mieux apte à combattre les nouvelles formes de terrorisme (I), la coopération interétatique reste la voie la plus utilisée par les États (II).

I. La difficile mise en œuvre du système de sécurité collective

7. Le terrorisme n'est pas un phénomène localisé. Dès lors, le cadre universel de l'Organisation des Nations Unies semble le plus approprié pour répondre à une menace qui ne connaît pas de frontière. L'Assemblée générale de l'Organisation s'est d'ailleurs préoccupée dès 1972 de la lutte contre le terrorisme⁸, et par sa résolution 51/210 du 16 janvier 1997, elle a créé un Comité spécial chargé d'élaborer des conventions internationales⁹.

8. En vertu de l'article 24 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité des Nations Unies a « *la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales* ». Si le Conseil de sécurité a adopté des résolutions dès les années 90, qui visaient plus spécifiquement à sanctionner les États soupçonnés d'avoir des liens avec des groupes terroristes, son action s'est intensifiée après les attentats du 11 septembre 2001¹⁰. En effet, dès le lendemain, le 12 septembre 2001, le Conseil adopte la résolution 1368 dans laquelle il qualifie le terrorisme de « *menace à la paix et à la sécurité internationales* », se plaçant alors dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹¹. Il renforce sa position dans la résolution du 28 septembre 2001 et crée le Comité contre le terrorisme¹². Il maintiendra cette qualification dans les résolutions qui suivront, notamment celle du 15 août 2014 dans laquelle il condamne l'État islamique d'Irak et au Levant¹³

⁷ Si après les attentats du 11 septembre 2001, Al-Qaida a pu être relié au régime des Taliban en Afghanistan, la situation est différente en ce qui concerne des organisations comme Daech ou Boko Haram qu'il est impossible de rattacher à un État ou un régime en particulier.

⁸ Résolution 3034 (XXVII) Mesures visant à prévenir le terrorisme international qui met en danger ou anéantit d'innocentes vies humaines ou compromet les libertés fondamentales, du 18 déc. 1972, 27^e session, A/RES/3034(XXVII).

⁹ A/RES/51/210, §9. Sur les conventions internationales, v. *infra*. En septembre 2006, l'Assemblée générale adopte la « Stratégie antiterroriste mondiale » (A/RES/60/288, 8 sept. 2006).

¹⁰ Le 19 sept. 1999, le Conseil de sécurité adoptait une première résolution générale condamnant tous les actes de terrorisme, Résolution 1269 (1999), S/RES/1269 (1999).

¹¹ S/RES/1368 (2001).

¹² S/RES/1373 (2001), §6.

¹³ Résolution 2170 (2014), S/RES/2170 (2014). Cette qualification est réaffirmée dans les résolutions qui suivront en 2014 et 2015.

et rappelle qu'il agit en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. L'action de l'ONU et de ses membres dans le cadre de ce chapitre de la Charte soulève deux questions. Celle du fondement du recours à la force pour lutter contre le terrorisme (A) et celle des outils des organes de l'ONU et finalement du rôle de l'Organisation mondiale (B).

A) Le fondement du recours à la force - la légitime défense ?

9. Dans la résolution 1368, du 12 septembre 2001, le Conseil reconnaît « *le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte* ». L'action des États dans la lutte contre le terrorisme sera donc essentiellement unilatérale sur le fondement de la légitime défense. En 2002, le juge G. Guillaume estimait que les attentats du 11 septembre ont « *marqué le retour en force des États sur la scène internationale* »¹⁴, la lutte contre le terrorisme présente aujourd'hui encore cette caractéristique, même si le Conseil de sécurité insiste sur la nécessité d'une démarche globale¹⁵.

10. De fait, en 2001, les Nations Unies se sont bien fondées sur la légitime défense pour permettre le recours à la force armée pour lutter contre le terrorisme d'Al-Qaïda¹⁶. En rappelant le droit « *inhérent* », « *naturel* » dans le texte français de l'article 51 de la Charte, le Conseil permettait aux États-Unis, conduisant une coalition d'États, d'agir contre le régime des Taliban en Afghanistan, soupçonné d'héberger et d'aider l'organisation terroriste. Il n'y eut aucune action collective de recours à la force, et les mesures qui seront ensuite adoptées, par le Conseil dans la résolution 1373, n'impliqueront pas le recours à la force¹⁷.

De nombreuses questions ont été soulevées à propos de l'utilisation de la légitime défense pour justifier l'attaque contre l'Afghanistan. En effet, l'article 51 de la Charte consacre le droit de légitime défense lorsque l'État membre fait l'objet d'une agression armée d'un État. Dès lors, on a pu s'interroger sur l'agression dont les États-Unis ont fait l'objet¹⁸, en particulier sur les auteurs de

¹⁴ V. Gilbert Guillaume dans sa préface de l'ouvrage *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris 1, *Cahiers internationaux* n° 17, Paris, Pedone, 2002. V. aussi G. Guillaume, « Terrorisme et droit international », *RCADI* vol. 215, 1989, pp. 287-416.

¹⁵ Rés. 2170 précitée, 7ème considérant du préambule.

¹⁶ V. Joe Verhoeven, « Les étirements de la légitime défense », *AFDI* 2002, pp. 49-80 ; P.-M. Eisemann, « Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense » et Pierre Klein, « Vers la reconnaissance progressive d'un droit à des représailles armées ? », *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris1, *Cahiers internationaux* n° 17, Pedone, Paris, 2002, spéc. pp. 239-257.

¹⁷ Pour « musclées » qu'elles aient été, v. Luigi Condorelli, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP* 2001/4, pp. 829-848.

¹⁸ V. en particulier l'article précité de J. Verhoeven, pp. 54-64.

cette agression, il a fallu établir un lien entre l'organisation terroriste Al-Qaïda et le régime des Taliban alors au pouvoir en Afghanistan¹⁹. Pour autant le recours à la force restera ici hors du cadre onusien²⁰, car la Charte encadre de façon précise le droit de légitime défense.

11. Il en est de même pour la lutte contre Daech. Des sanctions ont certes été adoptées mais le recours à la force en Irak et en Syrie n'entre pas non plus dans le cadre de l'Organisation mondiale.

12. A partir de septembre 2014 les forces américaines et françaises, rejointes par plusieurs États, vont fournir un appui aérien aux troupes irakiennes et kurdes sans qu'il ne soit question d'une intervention au sol. La justification de ces interventions en Irak est la sollicitation du gouvernement irakien, ce qui constitue une base juridique incontestable, les forces étrangères viennent en appui des forces irakiennes.

13. En revanche, les frappes aériennes qui auront lieu en Syrie ne peuvent prétendre à la même légitimité, ce qui conduit à s'interroger sur leur licéité. Le gouvernement de Damas n'a pas sollicité, quant à lui, l'intervention internationale, mais les États-Unis l'ont informé de leur décision d'intervenir. Or, si le gouvernement syrien ne protesta pas contre les frappes, il est hasardeux de voir un acquiescement de la Syrie dans son absence de protestation²¹. La légitime défense peut-elle être invoquée en l'espèce, dans le cas de la Syrie ? Ce terrain permettrait d'ôter son caractère illicite à l'intervention de la coalition. Mais les frappes en Syrie ne peuvent être justifiées par la défense de l'Irak. Peut-être pourraient-elles l'être pour la défense d'États voisins. En effet, cinq monarchies arabes²² participent à la coalition et on peut considérer que leur existence est menacée par Daech. Toutefois, l'agression n'émane pas d'un État même si l'entité recherche la conquête et le contrôle de territoires et de ressources économiques, et on peut penser avec Ph. Weckel que « le recours à la légitime défense est un pis-aller dans cette situation qui relève essentiellement de la sécurité collective »²³.

¹⁹ La Cour internationale de Justice dans son avis sur le mur en territoire palestinien, rappelle que l'article 51 suppose une agression armée d'un État contre un autre État, CIJ, Avis du 9 juil. 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, § 139.

²⁰ L'ONU autorisera, après la chute des Taliban, le déploiement d'une force internationale d'assistance à la sécurité. Résolution du 20 déc. 2001 (S/RES/1386 (2001), voir aussi les résolutions de la même année : 1378 et 1383.

²¹ Ce sera la position du ministre des affaires étrangères russe le 23 sept. 2014. V. Philippe Weckel, « Frappes internationales en Syrie contre Daech : Armageddon », *Sentinelle* n° 404 du 28 septembre 2014, http://pre.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2014/20140928_bull_404/bulletin_sentinelle_404.php#830

²² Il s'agit de l'Arabie-Saoudite, des Émirats arabes unis, de la Jordanie, du Qatar et de Bahreïn.

²³ Article précité.

14. Cependant, le système de sécurité collective ne fonctionne pas du fait du veto russe qui conduit à un blocage du Conseil de sécurité. D'ailleurs, en 2001 déjà, pourtant sans blocage d'un membre permanent, ce n'est pas non plus la sécurité collective qui a été actionnée. Faut-il en déduire qu'elle n'est pas adaptée à ce type de menace ? Ce n'est pas à exclure puisque le mécanisme imaginé en 1945 n'envisageait pas ce type de situation²⁴. Pourtant, il serait injuste de considérer que la sécurité collective est inexistante, car l'ONU et en particulier le Conseil de sécurité a mis en œuvre un certain nombre d'actions visant à lutter contre le terrorisme.

B) Le rôle de l'Organisation des Nations Unies

15. Les différents organes de l'Organisation mondiale se sont préoccupés de la question. Ils l'ont fait par l'élaboration de plans d'actions et la création d'organismes spécifiques mais aussi, en ce qui concerne le Conseil de sécurité, par l'édiction de sanctions.

16. L'Assemblée Générale a adopté un plan d'action, la Stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unies, par sa résolution du 8 septembre 2006²⁵ qui rappelle l'engagement pris lors du sommet mondial en septembre 2005²⁶. L'Assemblée rappelant que le terrorisme « constitue une des menaces les plus graves contre la paix et la sécurité internationales » souligne l'importance de prendre des mesures préventives du terrorisme mais aussi de le combattre notamment par le respect des droits de l'homme et la reconnaissance de la primauté du droit.

17. Le Secrétaire général, quant à lui, a créé une Équipe spéciale de lutte antiterroriste chargée de coordonner les actions des Nations Unies dans la lutte contre le terrorisme²⁷. En 2011, il créait le Centre des Nations Unies pour la lutte contre le terrorisme, placé sous son autorité, pour veiller à la mise en œuvre de la Stratégie²⁸.

²⁴ V. Hélène Tigroudja, « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme » ? » *AFDI*, 2002, vol. 48, pp. 81-102, spéc. pp. 89-93.

²⁵ Document A/RES/60/288 (la stratégie est annexée à la résolution).

²⁶ Ce sommet s'est tenu les 14 et 16 sept. 2005 et portait sur le développement, la sécurité, les droits de l'homme et la réforme de l'ONU. A la suite du sommet le Secrétaire général des Nations Unies a élaboré un rapport en mai 2006 qui contenait des recommandations qui ont servi de base à l'élaboration de la Stratégie. La Stratégie fait l'objet d'un suivi de sa mise en œuvre. V. notamment le rapport du Secrétaire général de juillet 2010, doc. A/65/175, www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/65/175.

²⁷ Cette Équipe a été créée en juillet 2005, <http://www.un.org/fr/terrorism/ctitf/index.shtml>

²⁸ Sur le Centre v. www.un.org/fr/terrorism/ctitf/uncct/index.shtml.

18. Le Conseil de sécurité s'est préoccupé de la lutte contre le terrorisme avant les attentats du 11 septembre en adoptant, dès les années 1990, des sanctions contre les États qu'il soupçonnait avoir des liens avec le terrorisme comme la Libye ou le Soudan, il avait également créé, en 1999, le « Comité 1267 » par la résolution 1267²⁹. Après les attentats du 11 septembre 2001 le Conseil de sécurité a créé un nouvel organe subsidiaire, le Comité contre le terrorisme³⁰ auquel les États rendent compte des mesures qu'ils prennent en application de la résolution 1373 qui impose aux États de prendre des mesures pour prévenir les actes terroristes et de les réprimer pénalement.

19. Les sanctions - Une des mesures classiques du CSNU est l'édition de sanctions à l'égard de personnalités quand elles sont soupçonnées de liens avec des terroristes. Les premières décisions du Conseil ont visé les États soupçonnés d'aider des groupes terroristes. Ainsi la résolution 748 du 31 mars 1992 décide d'un embargo contre la Libye, à la suite des attentats de Lockerbie en 1988 et du DC-10 d'UTA au Niger en 1989, dans laquelle il décide que la Libye doit cesser « *de manière définitive toute forme d'action terroriste et toute assistance aux groupes terroristes et (...) montrer sa renonciation au terrorisme* »³¹. De façon générale, parmi les mesures décidées par le Conseil de sécurité figure l'obligation pour les États d'incriminer toutes les aides au terrorisme.

20. Trois séries de mesures sont décidées par les résolutions et le Comité contre le terrorisme veille à leur respect par les États. Ces sanctions visent des personnes et des entités qui sont inscrites sur la Liste relative aux sanctions contre Al-Qaïda³².

21. Gel des avoirs - Dans leur ensemble, les résolutions du Conseil visent à tarir les sources de financement des groupes terroristes. Il décide de geler les avoirs de personnes ou entités désignées dans les résolutions dès 1999³³. La résolution 1373 de 2001 érige pour les États d'une

²⁹ Doc. S/RES/1267 (1999), 15 oct. 1999, sur le « comité 1267 » également appelé « Comité des sanctions contre Al-Qaïda », www.un.org/french/sc/committees/1267/.

³⁰ Résolution du 28 sept. 2001, doc. S/RES/1373 (2001), www.un.org/fr/sc/ctc/index.html. Deux autres organes subsidiaires ont été créés par le Conseil de sécurité : par la résolution 1540 du 28 avr. 2004 (S/RES/1540 (2004)), le « Comité 1540 » qui veille à ce que les États interdisent aux groupes terroristes l'accès aux armes de destruction massive (www.un.org/fr/sc/1540/) et par le « Groupe de travail 1566 », par la résolution 1566 du 8 oct. 2004 (S/RES/1566 (2004)) chargé notamment de créer un fonds de compensation pour les victimes du terrorisme. www.un.org/french/sc/committees/groupe/1566/index.shtml.

³¹ S/RES/748 (1992).

³² La Liste peut être consultée : www.un.org/french/sc/committees/1267/consolist.shtml. La Liste est régulièrement mise à jour.

³³ Résolution du 15 oct. 1999, S/RES/1267 (1999) qui gèlent les ressources financières des biens appartenant aux Taliban ou contrôlés par eux. La résolution 1333 du 19 déc. 2000 (S/RES/1333 (2000)) étendant ces sanctions à Al-Qaïda. Elle sera complétée par d'autres résolutions.

façon générale une obligation de geler les fonds des groupes terroristes et de prévenir le financement des actes de terrorisme³⁴. Cette obligation générale est réaffirmée par la résolution 2161 du 17 juin 2014³⁵ qui impose le gel des avoirs financiers de l'État islamique d'Irak et du Levant, du Front el-Nosra ainsi que des individus, groupes ou entités associés à Al-Qaida.

22. Interdiction de voyager - Les résolutions du Conseil édictent également des interdictions de voyager qui visent des personnes désignées qui figurent sur la Liste.

23. Embargo sur les armes - C'est la troisième série de mesures. Elle a pour but d'empêcher la fourniture, par tous moyens, d'armements, d'assistance ou de conseils techniques aux personnes ou entités figurant sur la Liste.

24. Évolution des mesures - Parallèlement à ces mesures classiques, d'autres actions sont envisagées pour faire face à l'évolution de la menace.

25. Ainsi, la résolution 2178 du 24 septembre 2014 cherche à s'attaquer à une des racines du terrorisme, l'afflux vers les zones de combats de terroristes étrangers³⁶, en demandant aux États de prendre des mesures pour éliminer la propagation du terrorisme par la propagande et d'empêcher la circulation des terroristes et des groupes terroristes. Le Conseil de sécurité prévoit aussi que les États qualifient les infractions pénales liées au départ de combattants étrangers et coopèrent pour la poursuite de leurs auteurs.

26. En février 2015, le Conseil élargit la notion d'assistance au terrorisme. Il adopte la résolution 2199³⁷ qui concerne en particulier le pétrole acheté par des groupes et d'une façon générale, tout commerce avec eux, et donc aussi les trafics divers, d'antiquités, de personnes ... et condamne les destructions du patrimoine culturel, les enlèvements et prises d'otages. La résolution précise que le gel des avoirs concerne toutes les ressources financières et économiques y compris « celles qui sont utilisées pour l'hébergement de sites Internet et de service connexes »

³⁴ V. Nicolas Angelet, « Vers un renforcement de la prévention et la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques ? », *Le droit international face au terrorisme, précit.*, pp. 219-237.

³⁵ Doc. S/RES/2161 (2014), §11.

³⁶ Doc. S/RES/2178 (2014). Dans sa résolution du 15 août 2015, le Conseil demandait déjà aux États de prendre des mesures nationales pour endiguer le flux des combattants terroristes étrangers (S/RS/2170 (2014)), mais dans la résolution de septembre il décide que les États « *doivent (...) prévenir et éliminer les activités de recrutement* » (§5 de la résolution S/RES/2178 (2014)).

³⁷ Résolution du 12 fév. 2015, S/RES/2199 (2015).

mettant ainsi en garde les hébergeurs de sites Internet. Enfin, il convient de remarquer que les dernières résolutions luttant contre de nouvelles formes de terrorismes insistent sur la nécessité de respecter l'état de droit et les droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme.

II. Le recours privilégié à la coopération interétatique

27. C'est dans un cadre traditionnel que les États coopèrent pour lutter contre le terrorisme. L'État a une obligation générale, d'origine coutumière, de diligence. Il ne doit pas admettre sur son territoire des activités qui pourraient causer un préjudice à d'autres États. Cette obligation vaut aussi en matière de terrorisme comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice dans l'affaire qui opposa le Nicaragua aux États-Unis à propos de l'aide américaine aux rebelles antisandinistes qui leur avait permis de mener au Nicaragua des actions terroristes³⁸. Dès 1937, une convention pour la prévention et la répression du terrorisme est adoptée sous l'égide de la SDN³⁹. Mais c'est surtout à partir des années 1970 que les États vont accroître leurs activités conventionnelles. On assiste alors à l'adoption de plusieurs conventions internationales spécialisées qui traitent d'un type de terrorisme ou encore de moyens de lutte contre ce phénomène⁴⁰ (A). Malgré un accroissement des ratifications de ces conventions par les États après les attentats du 11 septembre 2001, ils ne sont toujours pas parvenus à se mettre d'accord sur l'élaboration d'une convention générale (B).

A) Les conventions internationales spécialisées

28. D'une façon générale, ces conventions prévoient des obligations de coopération et d'adoption de mesures internes par les Parties. Une obligation d'incriminer les infractions en droit interne et celle de poursuivre les auteurs des infractions ou de les extradier. L'application de ces textes internationaux implique un élément d'extranéité, ils ne s'appliquent pas si l'infraction a été commise à l'intérieur d'un État et que les auteurs présumés et les victimes ont la nationalité de cet État.

³⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. *Recueil* 1986, p. 14.

³⁹ Signée le 16 nov. 1937, elle est adoptée à la suite de l'assassinat du roi Alexandre 1^{er} de Yougoslavie à Marseille. Consultable sur http://legal.un.org/avl/pdf/ls/RM/LoN_Convention_on_Terrorism.pdf

⁴⁰ M. Bettati répertorie 27 traités internationaux contre le terrorisme. M. Bettati, *Le Terrorisme, Les voies de la coopération internationale*, Odile Jacob, Paris, 2013, 301 p., voir Annexe 2, p. 263.

29. Une première catégorie de conventions a pour objet de lutter contre des faits de terrorisme commis à bord des aéronefs ou des navires. Ces textes figurent parmi les premiers adoptés car c'est en mer et dans les airs que se manifestèrent les premiers actes terroristes. La piraterie aérienne est une forme importante de terrorisme par les détournements d'avions et/ou leur destruction allant jusqu'à lancer l'avion et ses passagers sur une cible comme ce fut le cas des attentats du 11 septembre 2001. Dès 1963, une convention fut adoptée à Tokyo⁴¹, mais c'est surtout à la suite de la multiplication d'actes de terrorisme à l'encontre des aéronefs à la fin des années 1960 que les États, sous l'égide de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) élaborent plusieurs textes visant à lutter contre ce fléau. Le 16 décembre 1970 ils adoptent la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs⁴², puis l'année suivante, à Montréal, la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile⁴³. Ces textes érigent en infraction ces actes qui doivent être réprimés par les droits internes des États qui s'engagent à poursuivre ou à extradier leurs auteurs.

30. Quant à la piraterie maritime, elle peut poursuivre deux catégories de buts qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer car ils sont parfois liés. En effet à côté des actions « politiques » se rencontrent fréquemment des actes dont l'objet est la réalisation de profits. Le 10 mars 1988, sous l'égide de l'Organisation maritime internationale (OMI), les États signèrent à Rome la convention pour la répression des actes illicites contre la sûreté de la navigation maritime⁴⁴. Le régime mis en place est assez proche de celui de lutte contre le terrorisme en matière de navigation aérienne. La convention érige en infraction des actes de violence de nature à compromettre la sécurité de la navigation des navires.

⁴¹ Convention du 14 sept. 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenus à bord des aéronefs, *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, 1969, n°10106 (186 Parties au 13 juillet 2015). L'état des ratifications des conventions relatives à l'aviation civile peut être consulté sur le site de l'OACI : www.icao.int/secretariat/legal/Pages/FR/TreatyCollection_FR.aspx

⁴² Signée à La Haye, *Recueil des traités des Nations Unies*, 1973, n°12325 (185 États partie au 13 juillet 2015).

⁴³ Convention du 23 sept. 1971, *Recueil des traités des Nations Unies*, 1975, n°14118 (188 États parties au 13 juillet 2015). Ce texte sera complété par le protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant l'aviation civile internationale signé à Montréal le 24 fév. 1988.

⁴⁴ *RTNU*, 1992, n° 29004. Une fois de plus c'est un grave événement qui va conduire à l'adoption de ce texte : le 7 oct. 1985, un commando palestinien qui demande la libération de détenus palestiniens en Israël, capture un paquebot italien, l'Achille Lauro, prenant en otage ses passagers. Djamchid Momtaz, « La convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime », *AFDI* 1988, pp. 589-600. Les États adoptèrent le même jour un protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, *RTNU*, 1992, n° 29004. Ce texte adapte la convention sur la sécurité de la navigation maritime au cas particulier des plates-formes situées sur le plateau continental. La convention de 1988 et le protocole de 1988 furent complétés par des protocoles signés à Londres le 14 oct. 2005.

31. La protection des personnes, la lutte contre la prise d'otages - Ce sont aussi de graves événements qui ont conduit les États à adopter des conventions visant à lutter contre ces actes de terrorisme⁴⁵. La convention internationale contre la prise d'otages des Nations Unies adoptée à New York le 17 décembre 1979, a pour objectif de développer la coopération entre les États et l'adoption de mesures pour lutter contre ces actes en poursuivant ou en extradant les auteurs⁴⁶. Les personnes jouissant d'une protection internationale font l'objet d'une protection accrue. Ainsi, le 14 décembre 1973, une convention pour la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques prévoit que les États prennent des mesures pour réprimer et poursuivre les auteurs de ces infractions ou les extradier. Les personnes protégées sont les chefs d'États, de gouvernement, les diplomates, de même que les représentants d'organisations internationales⁴⁷.

32. La lutte contre les moyens du terrorisme. Une autre approche consiste à lutter contre certains actes terroristes en appréhendant les moyens utilisés par les terroristes.

33. Les États se sont tout d'abord préoccupés de l'utilisation de matières nucléaires en vue de commettre des attentats. La convention sur la protection physique des matières nucléaires impose aux États de prendre des mesures de protection de ces matières lors de leur transport et de leur stockage sur leur territoire, ils doivent également établir leur compétence pour poursuivre conformément à leur droit interne ces infractions que sont la détention, l'utilisation, la cession illégales ou le vol⁴⁸. En 2005, les États adoptèrent, dans le cadre des Nations Unies, une convention générale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire dans laquelle ils érigent en infraction le fait de détenir des matières radioactives dans le but de causer la mort d'une personne ou de lui causer de graves dommages corporels ou dans l'intention de causer des dégâts substantiels à des

⁴⁵ Le 5 sept. 1972, des membres de l'équipe israélienne furent pris en otage par le commando palestinien « septembre noir » lors des jeux olympiques de Munich.

⁴⁶ RTNU, 1982, n° 21931. 167 États parties au 13 juil. 2015.

⁴⁷ RTNU, 1977, n° 15410. 172 États parties au 13 juil. 2015. Dans *l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour internationale de Justice, a considéré que la prise d'otages était principalement imputable à l'Etat iranien et c'est donc sur le fondement des conventions de Vienne sur les relations diplomatiques (1961) et consulaires (1963) qu'elle a rendu son arrêt le 24 mai 1980, *Rec.* 1980.

⁴⁸ Art. 7, convention sur la protection physique des matières nucléaires, Vienne, adoptée le 26 oct. 1979 et ouverte à la signature le 3 mars 1980, RTNU 1987, n° 24631 (142 États parties au 13 juil. 2015). Ce texte a été amendé le 8 juil. 2005 afin notamment de renforcer la coopération des États en cas d'urgence pour localiser et récupérer des matières nucléaires manquantes ou volées.

biens ou à l'environnement⁴⁹. Les Parties s'engagent à poursuivre ou à extraditer les auteurs de ces infractions.

34. A la suite de l'attentat en 1988 contre le vol 103 de la Pan Am qui explosa au-dessus de Lockerbie, les États adoptèrent la convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection⁵⁰. Ce texte prévoit le marquage de ces explosifs -par des agents de détection qui sont des substances chimiques listées dans l'annexe technique à la convention- qui ont notamment été utilisés pour la destruction d'aéronefs. Les États s'engagent à interdire et à empêcher la fabrication sur son territoire d'explosifs non marqués et à exercer un contrôle strict sur leur détention et leurs échanges. La convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif de 1997 stipule que chaque État partie prend des mesures en droit interne pour qualifier et réprimer les infractions en établissant sa compétence⁵¹.

35. Enfin, et surtout, la lutte contre le financement du terrorisme constitue un moyen essentiel. Les sources de financement sont diverses⁵², elles sont indispensables à l'action terroriste qui coûte cher. La convention internationale pour la répression du terrorisme, fut signée le 9 décembre 1999⁵³. Elle érige en infraction le fait de fournir des fonds à un groupe terroriste ou dans le but de commettre des actes de terrorisme. Chaque Partie prend des mesures dans son droit interne pour poursuivre les auteurs de ces infractions, notamment afin que les personnes morales puissent voir, elles aussi, leur responsabilité engagée⁵⁴. La convention prévoit également que les États parties prennent des mesures pour identifier, détecter, geler, saisir ou confisquer les fonds utilisées pour commettre des actes de terrorisme⁵⁵.

⁴⁹ Art. 2, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, 13 avr. 2005, <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/french-18-15.pdf>. Il faut noter que seuls 71 États sont parties à cette convention au 13 juil. 2015. V également Muriel Rambour, « Le nucléaire et le terrorisme », *Lutter contre le terrorisme aujourd'hui*, RISEO 2015-2.

⁵⁰ Convention du 1^{er} mars 1991, <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv10-french.pdf>. (144 États parties au 13 juil. 2015).

⁵¹ Convention du 15 déc. 1997, <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/french-18-9.pdf> (164 États parties au 13 juil. 2015).

⁵² V. M. Bettati, *op.cit.*, spéc. pp. 117-120. Les principales sources proviennent du trafic de stupéfiants, de certains États, et de dons de particuliers ou d'organismes à but non lucratif. Yas Banifatemi, « La lutte contre le financement du terrorisme international », *AFDI* 2002, pp.103-128.

⁵³ <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/french-18-11.pdf> (173 États parties au 13 juil. 2015).

⁵⁴ Convention précitée, art. 5.

⁵⁵ Convention précitée, art. 8.

36. On assiste donc à un « éparpillement conventionnel »⁵⁶. De plus, toutes ces conventions n'ont pas eu le même succès, si certaines sont largement ratifiées par les États, comme celles relatives à la sécurité de la navigation aérienne, d'autres les ont moins attiré⁵⁷.

37. La coopération régionale est plus efficace. Des valeurs ou des intérêts communs à plusieurs États d'une même région favorisent la mise en œuvre d'une action plus cohérente. Plusieurs organisations internationales régionales ont été à l'origine de conventions antiterroristes⁵⁸. Dès le début des années 1970, l'Organisation des États américains (OEA) fut le cadre de l'adoption de la convention pour la prévention et la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de crimes contre les personnes ou d'actes d'extorsion connexes qui ont une portée internationale⁵⁹. Mais les autres organisations internationales ne sont pas en reste, puisque de l'Association des Nations du Sud-est asiatique à l'Organisation de l'Unité Africaine en passant par la Communauté des États indépendants ou encore l'Organisation de la Conférence islamique, elles ont toutes élaboré des conventions visant à lutter contre le terrorisme⁶⁰.

38. Le Conseil de l'Europe s'est également préoccupé de la lutte anti-terroriste. Ainsi la convention européenne pour la répression du terrorisme demande aux États de considérer les infractions comme non politiques et par conséquent « extradables »⁶¹. Cela est confirmé par la convention de Varsovie du 16 mai 2005, qui prévoit que les États établissent leur compétence⁶².

B) L'échec d'une convention générale

39. Il n'existe pas de traité général de lutte contre le terrorisme. Les seuls textes généraux qui prohibent le terrorisme sont ceux de droit international humanitaire, c'est-à-dire, l'article 33 de la 4^{ème} convention de Genève du 12 août 1949 et les articles 51 et 13, respectivement des Protocoles

⁵⁶ M. Bettati, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁷ C'est le cas des protocoles de 2005 aux textes de 1988 sur la sécurité maritime. Sur les conventions de lutte contre le terrorisme, v. le site du Comité contre le terrorisme du Conseil de sécurité des Nations Unies : www.un.org/fr/sc/ctc/laws.html. On remarque cependant que les ratifications des conventions par les États ont été plus nombreuses après les attentats du 11 septembre 2001.

⁵⁸ Pour l'action de l'Union européenne, v. la contribution de Anne-Sophie Traversac dans ce volume, « Les politiques européennes de lutte contre le terrorisme », *Lutter contre le terrorisme aujourd'hui, RISEO 2015-2*

⁵⁹ 2 fév. 1971, RTNU 1989, n°24381.

⁶⁰ Pour une liste de ces conventions v. M. Bettati, *op.cit*, Annexe 2, p.263.

⁶¹ Convention du 27 janv. 1977, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/090.htm>. 46 ratifications au 13 juil. 2015.

⁶² Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/196.htm>. 33 ratifications au 13 juil. 2015.

1 et 2 du 8 juin 1977⁶³. D'après le premier texte qui est relatif à la protection des personnes civiles en temps de guerre, les mesures de terrorisme sont interdites. Les textes des Protocole 1 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux et 2 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, interdisent les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile. Toutefois la portée de ces textes est très relative puisqu'ils ne s'appliquent qu'en cas de conflit armé, alors que la plupart des actions terroristes sont perpétrées en temps de paix, ce n'est, par conséquent, pas le droit de la guerre qu'on applique à la lutte contre le terrorisme.

40. Le projet d'adopter une convention générale contre le terrorisme remonte à 1996 lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies décide, dans sa résolution 51/210, de créer un Comité spécial chargé d'élaborer des conventions spéciales mais aussi d'examiner comment compléter le cadre juridique⁶⁴. Il travaille depuis septembre 2000 sur un projet proposé par l'Inde⁶⁵. Aujourd'hui encore les États, s'ils semblent d'accord sur plusieurs dispositions, ne sont pas parvenus à un accord ; la difficulté vient de l'absence de consensus sur la définition du terrorisme. Certains États, notamment ceux du Mouvement des non-alignés, insistent pour que la différence soit bien faite entre terrorisme et lutte de libération des peuples sous occupation étrangère, de même qu'ils rappellent que le terrorisme ne doit pas être associé à une religion, à un groupe ethnique ou à une nationalité.

41. Au terme de cette courte étude, on peut constater que s'il n'y a pas accord sur la définition du terrorisme, en raison notamment de la délicate question des motifs de l'acte, les actes eux-mêmes sont largement appréhendés par le droit international. La coopération étudiée, normative pour l'essentiel, est complétée par une coopération opérationnelle qui est fondamentale grâce au recueil et à l'échange d'informations sur des individus ou des groupes soupçonnés d'activités terroristes⁶⁶ ou la mise en œuvre d'actions communes adaptées aux nouvelles menaces⁶⁷.

⁶³ Ces textes peuvent être consultés sur le site internet du Comité international de la Croix-Rouge : www.icrc.org.

⁶⁴ Résolution du 17 déc. 1996, « Mesures visant à éliminer le terrorisme international », www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/51/210&Lang=F. Elle vient compléter une précédente déclaration du 9 décembre 1994, résolution 49/60.

⁶⁵ Le texte du projet (A/C.6/65/L.10) : www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.6/65/L.10&Lang=F. V. P. d'Argent, « Examen du projet de convention générale sur le terrorisme international », *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris1, *Cahiers internationaux* n° 17, 2002, Paris, Pedone, spéc. pp. 121-140.

⁶⁶ On peut à cet égard souligner l'action d'Interpol par le Groupe Fusion créée en 2002 et aussi par la lutte contre certaines formes de terrorisme (bioterrorisme, terrorisme nucléaire ou chimique), www.interpol.int/fr/Criminalit%C3%A9/Terrorisme/Terrorisme.

⁶⁷ Depuis le 1^{er} juil. 2015 l'unité Internet d'Europol a pour mission de lutter contre les actions de propagande de Daech sur les médias sociaux.

Le nucléaire et le terrorisme

Muriel RAMBOUR

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC (EA n° 3992)

Résumé : *La menace que fait peser le terrorisme dans sa déclinaison nucléaire est désormais une réalité. Ce risque suppose de renforcer la surveillance des substances nucléaires et radioactives en consolidant les instruments internationaux de lutte contre leur prolifération. Si la coopération multilatérale permet de perfectionner les mesures de prévention des incidents en lien avec l'utilisation de matières radiologiques et nucléaires, les attaques potentielles présentent la difficulté d'être multiformes : déclenchement d'une arme nucléaire, dispersion de radionucléides au moyen d'explosifs conventionnels, offensive contre une installation sensible... Le nucléaire est donc aussi bien une arme qu'une cible pour les organisations dont le projet est de semer la terreur et perturber de manière durable l'existence des populations civiles.*

1. Dans sa résolution 1566 du 8 octobre 2004, le Conseil de sécurité des Nations Unies a défini les actes de terrorisme comme des « *actes criminels, notamment ceux dirigés contre des civils dans l'intention de causer la mort ou des blessures graves ou la prise d'otages dans le but de semer la terreur dans la population, un groupe de personnes ou chez des particuliers, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire, qui sont visés et érigés en infractions dans les conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme* »¹. Le terrorisme renvoie à l'usage de moyens violents -attaques armées, utilisation d'explosifs, destruction d'infrastructures, assassinats, prises d'otages, détournements de moyens de transport- contre des personnes non combattantes afin d'atteindre un objectif de nature politique². Ces actes de violence ont pour dessein d'impressionner les populations, d'instaurer un climat d'insécurité. Aussi les terroristes

¹ Résolution 1566 du Conseil de sécurité des Nations Unies créant le groupe de travail sur les mesures concrètes à prendre contre les particuliers, groupes et entités participant ou associés à des activités terroristes autres que ceux visés par la liste arrêtée par le Comité des sanctions créé par la résolution concernant Al-Qaïda et les Talibans, S/RES/1566(2004), 8 oct. 2004.

² Daniel Benjamin, « Le terrorisme en perspective », *Politique étrangère*, 4/2006, p. 887.

organisent une « *chorégraphie* » de cette violence d'apparence aveugle pour lui assurer une visibilité maximale : en ce sens, le terrorisme serait aussi une forme morbide de « *théâtre* »³.

2. En France, l'article 421-1 du code pénal dispose que sont constitutives d'actes de terrorisme les infractions commises intentionnellement, en relation avec une entreprise individuelle ou collective, « *ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». La préparation, puis la commission, de ces infractions peuvent notamment être caractérisées par le fait « *de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui* » (art. 421-2-6, 1° C. pén.) et plus particulièrement de « *s'entraîner ou se former [...] à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs* »⁴.

3. L'emploi potentiel de l'arme nucléaire⁵ dans les relations interétatiques a nourri, depuis la fin du second conflit mondial, une réflexion stratégique sur l'art de la dissuasion et la lutte contre la prolifération de ce type d'armement. Désormais, cette « *arme* » prend des formes multiples -du détournement de matières nucléaires au recours à des matériaux radiologiques⁶- et les protagonistes de l'affrontement ne sont plus seulement des structures étatiques. L'usage de tels moyens par des organisations terroristes fait peser une menace difficilement préhensible, encore moins maîtrisable, et alternativement présentée comme un risque majeur ou un fantasme⁷, appuyé par une abondante, et souvent spectaculaire, production artistique⁸.

³ Brian M. Jenkins, *Will Terrorists Go Nuclear ?*, The Rand Corporation, The Rand Paper Series, Nov. 1975, p. 4 : « *Terrorists choreograph violence to achieve maximum publicity. Terrorism is theater* ». Voir également Paul Leventhal (ed.), *Nuclear Terrorism: Defining the Threat*, Washington D.C., Brassey's Inc., 1986.

⁴ Loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (JO du 14) ; art. 421-2-6, 2° b C. pén.

⁵ Bruno Tertrais, *L'arme nucléaire*, Paris, PUF, 2008.

⁶ Pour la distinction des différentes matières et modes opératoires mis en œuvre dans les hypothèses de terrorisme nucléaire, cf. *infra* p. 11-21.

⁷ Georges Le Guelte, *Le terrorisme nucléaire : risque majeur, fantasme ou épouvantail ?*, Paris, PUF-IRIS, 2003.

⁸ Dans la littérature, on pourra se référer au premier roman basé sur un scénario de chantage nucléaire, *Le Cinquième Cavalier* (1980) de Larry Collins et Dominique Lapierre. Le nucléaire a aussi inspiré la production cinématographique anglo-saxonne avec notamment *Opération Tonnerre* (1965), où James Bond doit retrouver les bombes atomiques dérobées par le Spectre ; *Le Projet Manhattan* (1986) de Marshall Brickman où un adolescent dérobe du plutonium pour fabriquer une bombe nucléaire ; *Broken Arrow* (1996) de John Woo, dans lequel deux pilotes de l'*US Air Force* incarnés par John Travolta et Christian Slater perdent le contrôle de leur avion furtif B-3 et des deux bombes nucléaires armées qu'ils transportaient – le titre du film fait référence

4. Longtemps, les experts en sécurité ont estimé que la probabilité était faible pour les terroristes d'avoir effectivement recours à un dispositif nucléaire. Hormis les difficultés techniques liées à la phase de conception, c'est le coût élevé en victimes humaines induit par l'utilisation d'armes chimiques, bactériologiques ou nucléaires qui expliquerait que les terroristes ne soient pas passés à l'acte en mobilisant de tels moyens. Quand bien même le terrorisme défie toute rationalité, la violence qui le caractérise peut correspondre à une part de stratégie, avec des bénéfices et des coûts évaluables, dédiée à un engagement moral en faveur d'une cause⁹. Mais cette « rentabilité » du terrorisme ne doit pas provoquer de répulsion et de retournement parmi la population susceptible de soutenir la cause. Or, le nombre important de victimes d'un acte de terrorisme nucléaire minerait le soutien que pourraient apporter les sympathisants aux organisations terroristes, car ils ne seraient pas nécessairement disposés à approuver les destructions indiscriminées provoquées par un « 11 septembre nucléaire »¹⁰.

5. La menace nucléaire ne peut toutefois plus être écartée¹¹. Après la succession d'attentats perpétrés au début de la décennie 2000 (aux Etats-Unis en septembre 2001, Bali en octobre 2002, Madrid en mars 2004 et Londres en juillet 2005), le risque de terrorisme nucléaire est devenu bien réel et la vigilance est de rigueur vis-à-vis des armes existantes,

au code de l'armée américaine signalant un accident impliquant une arme nucléaire sans risque de conflit nucléaire ; *Le Pacificateur* (1997) où la responsable de la sécurité nucléaire à Washington (Nicole Kidman) et le Lt. Col. Tom Devoe (Georges Clooney) se lancent à la recherche de dix têtes nucléaires d'un missile SS-18 russe tombées aux mains d'un commando ; *La Somme de toutes les peurs* (2002), thriller tiré du roman d'espionnage éponyme de Tom Clancy paru en 1991, où un groupe terroriste s'empare d'une bombe atomique israélienne perdue 29 ans plus tôt durant la guerre du Kippour, la reconditionne dans un distributeur de cigarettes d'un parking souterrain de Baltimore qui doit exploser durant un match de football et vise le Président des Etats-Unis. De même, l'explosion d'une bombe nucléaire sur le sol des Etats-Unis constitue une menace récurrente dans la série *24 heures chrono* et le fil conducteur de la traque aux terroristes que livre l'agent fédéral Jack Bauer durant les neuf saisons.

⁹ Martha Crenshaw, « The logic of terrorism », in Walter Reich (ed.), *The origins of terrorism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 7-24; Brian M. Jenkins, *op. cit.*, p. 5. Sur ces terroristes « ultimes » et la menace qu'ils font peser, voir aussi Jessica Stern, *The Ultimate Terrorists*, Cambridge, Harvard University Press, 2001 ; Graham T. Allison, *Nuclear Terrorism : The Ultimate Preventable Catastrophe*, New York, Times Book, 2004.

¹⁰ Michael Rühle, « Les dimensions nucléaires du terrorisme djihadiste », *Revue de l'OTAN*, hiver 2007.

¹¹ L'emploi d'armes de destruction massive, notamment de la composante nucléaire et radioactive, constitue le nouveau visage du terrorisme au 21^e siècle ainsi que le développent les analyses suivantes : Gavin Cameron, *Nuclear Terrorism : A Threat Assessment for the 21st Century*, New York, Palgrave Macmillan, 1999 ; Nadine Gurr, Benjamin Cole, *The New Faces of Terrorism: Threats from Weapons of Mass Destruction*, London and New York, I.B. Taurus, 2000.

des matières et des installations nucléaires. Plus récemment encore, l'attentat du marathon de Boston en 2013 montre que des assaillants déterminés, utilisant des méthodes artisanales de fabrication d'explosifs, parviennent à déjouer les dispositifs de sécurité urbaine pour frapper des manifestations sensibles. L'hypothèse selon laquelle les terroristes confectionneraient une bombe rudimentaire à partir de radionucléides et la feraient exploser dans un lieu public fréquenté n'est plus à exclure.

6. Le terrorisme nucléaire se déclinerait en trois types de *scenarii* : l'explosion d'une arme nucléaire mobile contre une cible civile, la dispersion de matières radioactives au moyen d'une arme radiologique (dite « *bombe sale* ») en zone urbaine et l'attaque d'une installation nucléaire telle qu'une centrale ou un site de traitement des déchets nucléaires. D'autres options sont envisageables, comme le fait de déverser une source radioactive dans le réseau d'alimentation en eau pour contaminer la zone d'approvisionnement. Une méthode qui n'est pas sans rappeler l'attaque au gaz sarin dans le métro de Tokyo par la secte Aum Shinrikyo en mars 1995¹² ou, sur le plan radiologique, l'empoisonnement de l'agent russe Alexandre Litvinenko au polonium-210 en novembre 2006, un type d'attaque que les experts désignent par l'appellation « *P*³ » pour « *inhalation, ingestion et immersion* »¹³.

7. Le risque que fait peser l'éventualité de telles attaques renvoie, dans un premier temps, à la nécessité de renforcer la surveillance des stocks d'armes nucléaires et des substances radioactives (I) en développant le cadre normatif international et la coopération multilatérale. Si le profil et les motivations des terroristes sont variés¹⁴, la menace nucléaire ne se limite pas à l'emploi des seules matières de qualité militaire mais apparaît également polymorphe (II), rendant plus complexes les efforts de contrôle.

¹² Perpétré le 20 mars 1995 dans le métro de Tokyo à l'heure de pointe, l'attentat a causé treize décès et intoxiqué plus de 6.000 personnes. L'ouvrage de Haruki Murakami, *Underground* (Paris, Belfond, 2013), rassemble des témoignages de victimes dont certaines souffrent encore de graves séquelles. Pour une analyse des modes d'action des mouvements apocalyptiques, cf. Robert Jay Lifton, *Destroying the World to Save It: Aum Shinrikyo, Apocalyptic Violence, and the New Global Terrorism*, New York, Henry Holt & Company, 1999.

¹³ James M. Acton, Brooke Rogers, Peter D. Zimmerman, « Beyond the Dirty Bomb : Re-thinking Radiological Terror », *Survival : Global Politics and Strategy*, 49(3), 2007, p. 151-168.

¹⁴ « The Nuclear Terrorists. Who, why, and how capable ? », in Charles D. Ferguson, William C. Potter (eds.), *The Four Faces Of Nuclear Terrorism*, Monterey (CA), Center for Nonproliferation Studies, Monterey Institute of International Studies, 2004, pp. 21-39.

I. Le dispositif international de lutte contre la prolifération et la dissémination des matières nucléaires

8. La non-prolifération nucléaire peut se définir comme la limitation du nombre d'armes nucléaires existant au niveau mondial, plus particulièrement en interdisant aux pays n'en disposant pas de se doter de telles armes. Les instruments internationaux visant à empêcher la prolifération des armes nucléaires ont progressivement rejoint la réflexion sur la répression du terrorisme dans sa déclinaison nucléaire (A). De la même manière, l'Union européenne a développé, avec ses partenaires stratégiques, des outils de prévention des incidents en lien avec l'utilisation de substances CBRN-E, c'est-à-dire chimiques, biologiques, radiologiques, nucléaires et explosives (B).

A) De la non-prolifération des armes nucléaires à la répression du terrorisme nucléaire

9. L'instrument principal de la non-prolifération des armes nucléaires est le traité éponyme (TNP) du 5 mars 1970 qui pose comme objectif « *d'empêcher que l'énergie nucléaire ne soit détournée de ses utilisations pacifiques vers des armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires* ». Le Traité de non-prolifération vise à assurer une maîtrise des armements et, subséquemment, à prévenir les acteurs en particulier non-étatiques de faire l'acquisition des armes nucléaires, des matières radioactives et de leurs vecteurs. La vérification de la mise en œuvre des engagements pris par les Etats signataires du TNP est du ressort de l'Agence Internationale de l'Energie Atomique (AIEA) qui s'appuie dans sa mission sur des accords de garanties. Le propos de ces accords est de permettre à l'AIEA de s'assurer que les matières nucléaires déclarées par les Etats ne sont pas détournées en armes ou dispositifs explosifs nucléaires.

10. Au cours de la décennie 1990, la communauté internationale a cherché à consolider les mécanismes de lutte contre la prolifération des armes de destruction massive (ADM), et plus spécifiquement des armes nucléaires. Cette évolution fait notamment suite à la guerre du Golfe en 1990-1991 et à l'effondrement du bloc soviétique qui a sensiblement accru les risques de détournement de matières nucléaires dans un contexte de désorganisation

générale des Etats d'Europe centrale et orientale¹⁵. Un groupe d'une quinzaine d'experts internationaux (*Standing Advisory Group on Safeguards Implementation, SAGSI*) a alors recommandé à l'AIEA de se doter de nouveaux moyens d'action afin de détecter les installations illégales et traquer les activités clandestines. Cette réflexion a abouti à la conclusion, en 1997, du protocole additionnel aux accords de garanties en vertu duquel les Etats doivent délivrer à l'Agence des informations sur la globalité de leurs activités nucléaires. Les inspecteurs de l'AIEA bénéficient d'un accès étendu aux installations, y compris celles n'abritant pas spécifiquement de matières nucléaires, et sont habilités à réaliser des prélèvements dans l'environnement de manière à détecter d'éventuelles traces d'activités non déclarées.

11. Le TNP a donc fait l'objet d'adaptations en réponse aux bouleversements géopolitiques des dernières décennies¹⁶ pour correspondre aujourd'hui à ce que certains analystes désignent comme « *l'ultime rempart contre une prolifération désordonnée qui serait dangereuse pour le monde* »¹⁷. Cette pierre angulaire du dispositif anti-prolifération a été confortée, depuis 2002, par le Partenariat Mondial du G8 adopté lors du sommet international de Kananaskis (Canada) contre la prolifération des armes de destruction massive et des matières connexes. Le but du PMG8 est « *d'empêcher les terroristes et ceux qui les abritent d'acquérir ou de mettre au point des armes nucléaires, chimiques, radiologiques et biologiques, des missiles, ainsi que les matières, le matériel et la technologie qui s'y rattachent* »¹⁸. Ce partenariat, initialement concentré sur la Russie, s'est élargi aux Etats désireux de sécuriser la production et l'entreposage de matières nucléaires ou radioactives, de renforcer les contrôles des frontières et des exportations ou de mettre en

¹⁵ Sur la situation des Etats délinquants, notamment en ex-URSS et le marché noir des matériaux radioactifs qui s'y développe, v. *infra* n° 26.

¹⁶ Pour une analyse de ces adaptations successives, on pourra, entre autres, se reporter à : Nathan E. Busch, Daniel H. Joyner, *Combating Weapons of Mass Destruction: The Future of International Nonproliferation Policy*, Athens (GA), University of Georgia Press, 2009; Michael E. Brown, Owen R. Coté, Sean M. Lynn-Jones, Steven E. Miller, *Going Nuclear: Nuclear Proliferation and International Security in the 21st Century*, Cambridge (MA), The MIT Press, 2010; Steven Pifer, Michael E. O'Hanlon, *The Opportunity: Next Steps in Reducing Nuclear Arms*, Washington D.C., The Brookings Institution Press, 2012; Scott D. Sagan, Kenneth N. Waltz, *The Spread of Nuclear Weapons: An Enduring Debate*, New York, W.W. Norton & Company, 2012.

¹⁷ Colomban Lebas, « Splendeurs et misères du TNP : comment enrayer aujourd'hui la prolifération nucléaire », *Défense nationale et sécurité collective*, n° 12, déc. 2006. Voir également, pour une analyse antérieure, Gilles Arbellot du Repaire, « Le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires à l'épreuve du terrorisme », *Bulletin de droit nucléaire*, 2003, n° 71, pp. 17-47.

¹⁸ *Documents d'actualité internationale*, n°15, août 2003, p. 60 § 271, note n°8316/03.

place des programmes de démantèlement de matériel à usage militaire et de reconversion d'anciens chercheurs du secteur de l'armement.

12. Pour combattre le trafic et le transport clandestin de substances CBRN-E, l'AIEA a également mis en œuvre, avec l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol), le Projet *Geiger*. Depuis 2005, il s'agit de recueillir et d'analyser les informations sur les flux illégaux de matières nucléaires et radiologiques en s'appuyant notamment sur la base de données sur le trafic illicite de l'AIEA¹⁹. La sous-direction CBRN-E d'Interpol est par ailleurs dédiée à la prévention des différentes formes de terrorisme : radiologique et nucléaire, bioterrorisme, attaques aux armes chimiques et explosifs. L'action de cette unité de prévention du terrorisme nucléaire et radiologique s'organise selon trois axes majeurs : analyse de renseignements sur les risques potentiels (vulnérabilités, organisations criminelles, itinéraires, méthodes) à destination des services de police, prévention de la diffusion illicite de matières CBRN-E, enquêtes et identification des solutions à apporter aux actes malveillants et menaces potentielles. Dans la continuité de la deuxième conférence internationale sur la sécurité nucléaire qui s'est tenue à Séoul en 2012, l'Opération *Fail Safe* d'Interpol facilite l'échange d'informations et le suivi en temps réel des déplacements des individus et organisations se livrant au trafic de matières nucléaires et radioactives. Les forces de police nationales peuvent interroger les bases de données d'Interpol afin de vérifier si un suspect fait l'objet d'une « *notice verte* », c'est-à-dire qu'il se livre effectivement à une activité criminelle et constitue une menace pour la sécurité publique.

13. Parallèlement à la lutte contre la prolifération nucléaire, plusieurs instruments ont été mis en place au plan international pour faire face à la menace terroriste. Il en va ainsi de la Convention européenne pour la répression du terrorisme adoptée par le Conseil de l'Europe en 1977 et, dans le cadre des Nations Unies, des instruments condamnant les moyens à disposition des organisations criminelles : conventions pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970), contre les prises d'otages (1979), les attentats à l'explosif (1997) et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme

¹⁹ <http://www.interpol.int/Crime-areas/Terrorism/CBRNE/Other-pages/Project-Geiger-specialized-reports>. Le Projet *Geiger* bénéficie du soutien financier du Département américain de l'Énergie par l'intermédiaire de la *National Nuclear Security Administration* (NNSA). Pour les statistiques issues de la base de données sur le trafic illicite de l'AIEA, cf. *infra* p. 13 et 17.

(1999). La Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire est la treizième convention antiterroriste conclue par les Nations Unies et la première à cibler spécifiquement le terrorisme dans sa dimension nucléaire. Elaborée dans le cadre du comité spécial mis en place par l'Assemblée générale de l'ONU visant à éliminer le terrorisme international²⁰, la convention a été adoptée par la résolution 59/290 le 13 avril 2005 et ouverte à la signature à New York le 14 septembre de la même année²¹. La France a ratifié ce texte en septembre 2013²².

14. La convention couvre à la fois les infractions liées à l'usage de matières nucléaires et radioactives et renforce la coopération entre les Etats signataires. Son article 1^{er} reprend la définition des « *matières nucléaires* » telle qu'elle était précédemment exposée dans la Convention sur la protection physique des matières nucléaires (CPPMN) d'octobre 1979 dont le dispositif concernait la lutte contre le vol ou le détournement de matières nucléaires²³. Au demeurant, la CPPMN ainsi que son amendement de juillet 2005²⁴, adopté sous l'égide de l'AIEA, constituent toujours un texte de référence dans la répression du terrorisme nucléaire²⁵. Les « *matières nucléaires* » s'entendent principalement du plutonium – à l'exception du plutonium dont la concentration isotopique en plutonium-238 dépasse 80% de l'uranium-233, de l'uranium enrichi en isotope 235 ou 233 ; pouvant être utilisées pour

²⁰ Résolution 51/210 du 17 déc. 1996 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international. Les négociateurs de la Convention pour la répression du terrorisme nucléaire se sont surtout inspirés des dispositions de la Convention précitée sur les attentats terroristes à l'explosif. Pour une présentation des travaux préparatoires à ce document, cf. Walter Gehr, « Le cadre juridique universel contre le terrorisme nucléaire », *Bulletin de droit nucléaire*, 2008, n° 79, pp. 5-15 (not. p. 12).

²¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2445, n° 44004. Sur ce document, v. Odette Jankowitsch-Prévor, « Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire », *Bulletin de droit nucléaire*, 2005, n° 76, pp. 7-28.

²² Rapport n° 215 de M. Xavier Pintat fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, déposé le 12 déc. 2012 ; Rapport n° 703 de Mme Nicole Ameline fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 6 fév. 2013 ; Loi n° 2013-327 du 19 avr. 2013 autorisant la ratification de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (JO du 20 avr.) ; Décret n° 2014-289 du 4 mars 2014 portant publication de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, signée à New York le 14 sept. 2005 (JO du 6).

²³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1456, n° 24631. La ratification de la CPPMN par la France a été autorisée par la loi n°89-433 du 30 juin 1989.

²⁴ AIEA, GOV/INF/2005/10-GC(49)/INF/6. Adopté le 8 juil. 2005, la ratification de cet amendement par la France a été autorisée par la loi n° 2012-1473 du 28 déc. 2012. Cet amendement renforce les exigences relatives à la protection contre les actes de sabotage à visée terroriste et étend le dispositif prévu par la convention au transport de telles matières ainsi qu'à la protection des installations qui les abritent.

²⁵ Lors de la conclusion de la Convention pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, l'AIEA a mis en garde contre le fait que ce nouvel instrument pourrait faire double emploi avec la CPPMN. Toutefois, le champ d'application de la CPPMN se trouvait limité aux « *matières nucléaires employées à des fins pacifiques en cours de transport international* ».

fabriquer un engin explosif, elles relèvent de la réglementation contre la prolifération nucléaire²⁶. Pour la première fois dans un texte international, les « *matières radioactives* » sont directement mentionnées dans la préparation d'un acte terroriste et se comprennent comme « *toute matière nucléaire ou autre substance radioactive contenant des nucléides qui se désintègrent spontanément (...) et qui pourraient, du fait de leurs propriétés radiologiques ou fissiles, causer la mort, des dommages corporels graves ou des dommages substantiels aux biens ou à l'environnement* ». L'article 1^{er} de la convention définit également les autres notions entrant dans son champ d'application telles que celles d'« *installation nucléaire* », d'« *engin* » (dispositif explosif nucléaire et engin à dispersion de matières radioactives), d'« *installation gouvernementale ou publique* » ainsi que les « *forces armées d'un Etat* ».

15. L'article 2 précise les comportements incriminés par la convention : la détention de matières radioactives, la fabrication ou la détention d'un engin radioactif, le fait d'endommager une installation nucléaire dans l'intention d'entraîner la mort, de causer des dommages corporels graves, de provoquer des dégâts substantiels aux biens ou à l'environnement, de contraindre une personne physique ou morale, une organisation internationale ou un gouvernement à accomplir un acte ou à s'en abstenir. Constituent également une infraction la menace, dans des circonstances la rendant crédible, de commettre l'un des agissements précités, ainsi que le recours à la menace ou la force pour se procurer illicitement des matières, engins radioactifs ou installations nucléaires. La tentative de perpétrer l'une des infractions mentionnées est également répréhensible -la commission réelle de l'acte n'est pas nécessaire à la constitution de l'infraction, ce qui est un élément nouveau de la convention au regard des dispositifs alors prévus par les autres instruments de lutte contre le terrorisme-, tout comme l'est le fait de se rendre complice et de contribuer à ces actions. La convention ne s'applique pas lorsque l'infraction est commise sur le territoire d'un unique Etat, que l'auteur et les victimes de l'infraction sont des ressortissants de cet Etat et qu'aucun autre Etat n'est fondé à exercer sa compétence en application de la convention. Dans cette hypothèse, ce sont donc les tribunaux nationaux, et

²⁶ Selon les statuts de l'AIEA, les matières nucléaires sont le plutonium, l'uranium-233, l'uranium enrichi en isotope 233 ou 235 et le thorium. En France, sont considérées comme « *matières nucléaires* » celles visées à l'art. R. 1333-1 du code de la défense : le plutonium, l'uranium et le thorium pour la conception d'une arme nucléaire, ainsi que les éléments pouvant entrer dans la fabrication d'une arme thermonucléaire à savoir le deutérium, le tritium et le lithium-6.

non une juridiction internationale, qui constatent l'infraction, déterminent les procédures et les sanctions applicables suivant le droit pénal national²⁷, la dimension multilatérale étant garantie par la mise en œuvre des dispositions relatives à l'extradition (art. 10 à 13).

16. La Convention pour la répression du terrorisme nucléaire ne concerne par conséquent que les infractions commises dans un cadre international, à l'instar de ce que prévoit la Convention de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif. Les articles 5 et 6 de la Convention posent la nécessité pour les Etats parties de tenir les actes commis mentionnés à l'article 2 pour des infractions pénales et d'engager les mécanismes répressifs proportionnellement à leur gravité en veillant à ce que de tels agissements visant à instiller la terreur parmi les populations « *ne puissent en aucune circonstance être justifiés par des considérations politiques, philosophiques, idéologiques, raciales, ethniques, religieuses ou autres de nature analogue* » (article 6). La convention comporte également un volet préventif en posant le principe de l'échange d'informations et de la collaboration, y compris la coordination des mesures administratives, entre les Etats parties pour interdire les activités -fomentation, assistance technique, financement- qui encourageraient et faciliteraient la commission des infractions réprimées.

B) La stratégie européenne de lutte contre le terrorisme nucléaire

17. Dès 1957, le Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) instaurait par son septième chapitre un contrôle de sécurité visant à « *s'assurer [...] que les minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales ne sont pas détournées des usages auxquels leurs utilisateurs ont déclaré les destiner* » (art. 77). Désormais, dans le contexte international post-septembre 2001 de lutte contre la prolifération nucléaire, l'action de l'Union européenne en matière de relations extérieures se veut en accord avec sa politique de contrôle des armements²⁸.

²⁷ Il convient de rappeler que la France se voit reconnaître la compétence universelle pour poursuivre et juger les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République soit lorsque la loi française est applicable, soit lorsqu'il existe une convention internationale ou un acte communautaire le prévoyant. En l'occurrence, cette compétence concerne les infractions prévues en droit pénal international dont les actes de terrorisme (art. 689-3 et 689-9 Cpp), le financement du terrorisme (art. 689-1 Cpp) et l'utilisation illicite de matières nucléaires (art. 689-4 Cpp) en application de la CPPMN.

²⁸ Conclusions et plan d'action du Conseil européen extraordinaire du 21 sept. 2001, doc. du Conseil 140/01.

18. La position commune du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme prise le 27 décembre 2001 souligne, en son article 11, l'importance de « *l'échange d'informations opérationnelles, concernant en particulier [...] le trafic [...] de matières sensibles [...] et la menace que constituent les armes de destruction massive en la possession de groupes terroristes* »²⁹. En 2002, le Conseil et la Commission européenne ont conjointement adopté leur « *programme visant à améliorer la coopération dans l'UE en vue de prévenir et de limiter les conséquences des menaces terroristes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires* »³⁰. Sur cette lancée, en décembre 2003, l'UE a énoncé sa stratégie de lutte contre la prolifération des armes de destruction massive qui tend à couvrir l'ensemble des volets de la mobilisation contre le développement des armements CBRN et se présente comme un élément essentiel de la politique extérieure de l'Union³¹. L'UE y met en avant le principe selon lequel elle soumet -par l'insertion d'une « *clause de conditionnalité* » lors de la conclusion de nouveaux accords ou de la renégociation des anciens accords- la mise en œuvre des traités commerciaux et de coopération avec les pays tiers au respect, par ces derniers, de leurs engagements internationaux en matière de non-prolifération. Cette stratégie de l'UE, fondée sur le multilatéralisme, précède la logique déployée dans la résolution 1540 du Conseil de sécurité des Nations Unies d'avril 2004. Qualifiant la prolifération des ADM et de leurs vecteurs de « *menace pour la paix et la sécurité internationales* », la résolution prie les Etats parties de renforcer leurs contrôles aux exportations et présuppose leur responsabilité pour toute activité non-étatique susceptible de prospérer sur leur territoire³².

²⁹ Doc. 2001/930/PESC du 28 déc. 2001, JOCE L 344/90.

³⁰ Doc. 14627/02.

³¹ Stratégie de l'UE contre la prolifération des ADM du 12 déc. 2003, doc. 15708/03, non publié au JO.

³² Résolution 1540 du Conseil de sécurité des Nations Unies sur la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques et de leurs vecteurs, S/RES/1540(2004), 27 janv. 2005 : « 1. tous les Etats doivent s'abstenir d'apporter un appui, quelle qu'en soit la forme, à des acteurs non étatiques qui tenteraient de mettre au point, de se procurer, de fabriquer, de posséder, de transporter, de transférer ou d'utiliser des armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou leurs vecteurs ; 2. Décide également que tous les Etats doivent adopter et appliquer, conformément à leurs procédures internes, une législation appropriée et efficace interdisant à tout acteur non étatique de fabriquer, se procurer, mettre au point, posséder, transporter, transférer ou d'utiliser des armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou leurs vecteurs, en particulier à des fins terroristes, réprimant toutes les tentatives de l'une quelconque de ces activités, le fait d'y participer en tant que complice et le fait d'y fournir assistance ou de la financer ».

19. En 2008, l'UE réaffirmait sa volonté de redoubler d'efforts pour lutter contre le trafic de substances CBRN et leurs vecteurs, renforcer les dispositifs destinés à intercepter les flux proliférants et engager la réflexion sur la répression pénale des exportations illégales, du courtage, de la contrebande des armes de destruction massive et des matières connexes : « *la possibilité que des armes de destruction massive tombent entre les mains d'Etats préoccupants ou de terroristes / d'acteurs non étatiques constitue l'une des plus grandes menaces pour la sécurité à laquelle les Européens aient jamais dû faire face* »³³. Le fait d'empêcher les terroristes de se procurer des substances CBRN, des armes et des explosifs susceptibles d'entrer notamment dans la composition de bombes radiologiques, constitue une priorité de l'action communautaire réaffirmée par le Conseil dans sa stratégie de lutte contre le terrorisme dès le lendemain des attentats du 11 septembre 2001. Elle s'appuie sur un plan d'action mettant en avant la protection des citoyens, des institutions, des infrastructures et des ressources à partir des concepts de prévention, protection, poursuite et réaction³⁴.

20. Pour soutenir cette stratégie anti-terroriste, et à partir des travaux de la *task force* CBRN instituée en février 2008, la Commission européenne a adopté en juin 2009 un train d'une centaine de mesures sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire (dit « *paquet CBRN* »³⁵), soulignant que « *la menace terroriste n'a pas disparu et ne connaît pas de frontières* » et que « *les dernières évaluations de la menace suggèrent que les organisations terroristes cherchent à se procurer et utiliser des armes*

³³ Conclusions du Conseil et nouveaux axes d'action de l'UE en matière de lutte contre la prolifération des ADM et de leurs vecteurs du 17 déc. 2008, doc. 17172/08, p. 3. Pour la continuité des actions prises sur ce sujet, cf. décision 2008/974/PESC du Conseil du 18 déc. 2008 visant à soutenir le code de conduite de La Haye contre la prolifération des missiles balistiques dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'UE contre la prolifération des armes de destruction massive, JOUE L 345 du 23 déc. 2008 ; Conclusions du Conseil relatives à la poursuite d'une politique efficace de l'UE face aux nouveaux défis que présente la prolifération des ADM et de leurs vecteurs du 21 oct. 2013, doc. 15104/13 ; Rapport semestriel 2013/II sur l'état d'avancement des travaux concernant la mise en œuvre de la stratégie de l'UE contre la prolifération des ADM, JOUE C 54 du 25 déc. 2014, pp. 2-6 ; Décision 2014/129/PESC du Conseil du 10 mars 2014 relative à la promotion du réseau européen de groupes de réflexion indépendants sur la non-prolifération, à l'appui de la mise en œuvre de la stratégie de l'UE contre la prolifération des ADM, JOUE L 71 du 12 mars 2014, pp. 3-13.

³⁴ Conseil de l'UE, *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme*, 14469/4/05, REV 4, 30 nov. 2005.

³⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire dans l'Union européenne, doc. 11480/09 - COM (2009) 273, 24 juin 2009. Méthode innovante, le « *paquet CBRN* » est effectivement le résultat d'un processus de consultation d'experts des autorités nationales des Etats membres, des institutions et agences de l'UE, du secteur privé et de la communauté scientifique.

chimiques, biologiques, radiologiques et même nucléaires »³⁶. Le plan d'action de l'UE dans le domaine CBRN a ainsi pour objet de réduire la menace engendrée par les incidents CBRN, qu'ils soient d'origine accidentelle, naturelle ou intentionnelle, y compris ceux liés à des actes terroristes, et d'atténuer les dommages subséquents³⁷. L'approche globale est cohérente avec la stratégie de sécurité intérieure de l'UE et de lutte anti-terroriste³⁸ en ce sens qu'elle est axée sur la démarche suivante : rendre le plus difficile possible l'accès non autorisé aux matières CBRN (prévention), disposer de la capacité à déceler ces matières (détection), réagir efficacement aux incidents impliquant les matières CBRN et proposer un retour rapide à une situation normale (préparation et réaction).

21. En 2012 sont intervenus les rapports d'étape prévus par le plan d'action de l'UE dans le domaine CBRN³⁹. A la suite de plusieurs consultations auprès des Etats membres et d'autres parties prenantes, un nouveau programme de travail en matière CBRN et explosifs (E) a été arrêté. Dans ses conclusions adoptées en décembre 2012, le Conseil « *souligne la nécessité de déterminer les domaines dans lesquels les dispositifs de sécurité sont insuffisants et de se concentrer sur les efforts qu'il reste à accomplir en commun, selon un ordre de priorité à définir, pour améliorer la sécurité en matière de production, de stockage, de manipulation et de transport des substances CBRN et E présentant des risques élevés* ». Il invite la Commission à « *s'appuyer sur le plan d'action de l'UE dans le domaine chimique, biologique, radiologique et nucléaire (CBRN) et le plan d'action relatif à l'amélioration de la sécurité des explosifs pour définir une approche révisée* »⁴⁰.

³⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne lors de l'adoption d'un train de mesures concernant la sécurité de l'UE, réf. IP/09/992, 24 juin 2009

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/992&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>

³⁷ En novembre 2009, le Conseil a adopté ses conclusions sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire (CBRN) et approuvé le plan d'action dans le domaine CBRN (doc. du Conseil 15505/1/09 REV 1, 12 nov. 2009). Pour une analyse, cf. Sophie Lavaux, « La politique européenne en matière de lutte contre le terrorisme CBRN », *Cahiers de droit européen*, 3-4, mai 2010, pp. 337-386.

³⁸ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *La stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre*, COM(2010) 673 final, 22 nov. 2010.

³⁹ *Progress Report on the Implementation of the EU CBRN Action Plan* (Rapport sur l'état d'avancement de la mise en œuvre du plan d'action de l'UE dans le domaine CBRN), mai 2012 : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/crisis-and-terrorism/securing-dangerous-material/docs/eu_cbrn_action_plan_progress_report_en.pdf.

⁴⁰ Secrétariat général du Conseil, *Projet de conclusions du Conseil sur le nouveau programme dans le domaine CBRNE*, doc. du Conseil 16980/12, 29 nov. 2012.

22. La détection constitue une étape fondamentale du programme de travail de l'UE en matière de lutte contre la menace CBRN-E⁴¹. Elle peut s'appuyer sur la base de données européenne qu'Europol a été invité à développer afin de collecter et centraliser les informations techniques relatives aux événements liés au terrorisme CBRN et aux substances potentiellement utilisables à des desseins malveillants⁴². Le Centre commun de recherche (CCR) de la Commission européenne apporte une contribution scientifique à la mise en place de la politique de maîtrise des risques CBRN-E par son expérience en matières de mesures, protection, sûreté et sécurité nucléaires. Il a ainsi déployé le projet ITRAP+10 (*Illicit Trafficking Radiation Detection Assessment Programme* ou programme d'évaluation de la surveillance radiologique du trafic illicite) dont le but était d'évaluer la performance de différents systèmes de détection des radiations. Les informations et données d'analyse sont également compilées et traitées au niveau du *European Union Intelligence Analysis Centre* (EU IntCen)⁴³, en liaison avec les instances compétentes de l'UE (Europol, Eurojust, Frontex).

II. Le périmètre de la menace liée au terrorisme nucléaire

23. Dans le contexte post-11 septembre, l'hypothèse de voir les terroristes se doter d'armes de destruction massive, de matières nucléaires et radioactives ainsi que de leurs vecteurs fait partie des éventualités sérieusement envisagées⁴⁴. Les sociétés contemporaines, urbaines et mobiles, sont particulièrement vulnérables aux armes susceptibles de causer un nombre élevé de pertes humaines. C'est face à cette menace que l'AIEA a adopté en 2002 son plan d'action pour améliorer la protection mondiale contre les actes terroristes impliquant des matières nucléaires et radioactives, en faisant notamment

⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur une nouvelle approche de l'UE en matière de détection et d'atténuation des risques CBRN-E, COM(2014) 247 final, 5 mai 2014, particulièrement pp. 5-14 sur les techniques de détection et d'atténuation des risques CBRN-E.

⁴² Conclusions du Conseil sur la création d'une base de données CBRN du 27 nov. 2008, doc. du Conseil 15294/2/08 REV 2.

⁴³ Sur les récents développements en matière de renseignements dans l'UE, cf. not. Mai'a K. Davis Cross, « A European Transgovernmental Intelligence Network and the Role of IntCen », *Perspectives on European Politics and Society*, 14(3), 2013, pp. 388-402.

⁴⁴ Morten Bremer-Maerli, « The threat of nuclear terrorism: nuclear weapons or other nuclear explosives devices », *IAEA Symposium on International Safeguards : Verification and Nuclear Material Security*, Vienne, 29 oct. - 2 nov. 2001, p. 4.

de la protection physique des matières et des installations nucléaires la première ligne de défense contre le terrorisme nucléaire⁴⁵. L'AIEA a d'ailleurs identifié plusieurs formes de risques qui peuvent être synthétisées en deux principales hypothèses. Il y a tout d'abord le détournement possible d'armes nucléaires ou, plus probablement, la fabrication de dispositifs explosifs comprenant des matières radioactives -mode opératoire désigné par la mise au point de bombes radiologiques ou « *bombes sales* » (A). L'autre option à disposition des terroristes consiste à commettre des actes de malveillance contre les installations nucléaires, principalement les centres de production d'énergie nucléaire à usage civil (B).

A) Les bombes radiologiques ou l'« arme nucléaire du pauvre »

24.

Les armes nucléaires relèvent d'une conception particulière qui suppose un important investissement financier et humain, en termes de recherches et d'essais notamment, pour condenser la masse de matières nucléaires puis contrôler l'explosion et l'énergie que celle-ci libère. Les principes du fonctionnement d'une arme nucléaire et les étapes principales de son élaboration sont aujourd'hui connus et accessibles. Cependant, toutes les informations ne sont pas déclassifiées et des éléments essentiels de connaissances restent confidentiels. De plus, le passage de la théorie à la pratique est loin d'être aisé ; il n'est pas qu'une question d'argent pour se procurer les composants nécessaires mais répond bien plus à une logique d'infrastructures complexes. Des difficultés substantielles se présenteraient à un groupe terroriste, même puissant, structuré et disposant d'importantes ressources financières, dont le projet consisterait à mettre au point un dispositif nucléaire.

25. Le premier obstacle réside dans la capacité des terroristes à acquérir en quantité suffisante des matières de qualité militaire. Mettre au point un engin nucléaire improvisé (*improvised nuclear device* - IND) suppose en effet de faire l'acquisition de matières fissiles telles que le plutonium séparé et l'uranium hautement enrichi. Or celles-ci sont, en temps normal, très sécurisées et, de toute évidence, difficilement déplaçables compte tenu de leur caractère hautement radioactif qui nécessiterait un blindage et des moyens de transport spécifiques.

⁴⁵ Rapport du Directeur général de l'AIEA du 12 août 2002, GOV/INF/2002/11-GC(46)/14. L'Agence a publié l'année suivante un rapport sur les mesures de protection contre le terrorisme nucléaire : IAEA, *Nuclear Security - Measures to Protect against Nuclear Terrorism*, GC (47)/17, 20 août 2003.

26. L'implosion du système soviétique dans les années 1990 a cependant fait émerger les premières craintes d'une dissémination incontrôlée des armes et matières nucléaires (*loose nukes*) qui tomberaient aux mains d'organisations criminelles. Dès avant l'attaque du *World Trade Center*, le Département américain de l'Énergie mettait en garde contre la menace du terrorisme nucléaire et notamment contre le fait que des armes russes puissent être volées, vendues à des terroristes ou des nations hostiles puis utilisées sur le sol des États-Unis ou contre les troupes américaines engagées à l'étranger⁴⁶. L'ex-URSS est en effet devenue un grand « *bazar atomique* »⁴⁷, justifiant les mesures précédemment examinées de lutte contre la prolifération nucléaire, mais ouvrant, dans le même temps, aux organisations criminelles le choix d'une vaste gamme de matériaux nucléaires. Plusieurs incidents rapportés dans les années ayant suivi l'effondrement du bloc soviétique illustrent l'émergence et la croissance rapide de la contrebande de substances nucléaires : 1,3 kg d'uranium hautement enrichi saisis par la police près de Moscou et 2 kg en Lituanie en 1992, environ 3 kg à Saint-Pétersbourg en mars 1994⁴⁸, trois saisies de plus de 400 g de plutonium et une d'uranium en Allemagne au cours de la même année⁴⁹, interception par la police tchèque d'environ 3 kg d'uranium hautement enrichi en décembre 1994⁵⁰. De 1993 à 2001, l'AIEA a rapporté 175 cas de trafic de matières nucléaires dont 18 impliquant de l'uranium hautement enrichi ou du plutonium⁵¹.

27. Pour contrer cette « *anarchie nucléaire* »⁵², les États-Unis ont initié en août 2002 un programme ayant pour objectif de sécuriser l'uranium hautement enrichi de 24 réacteurs de fabrication soviétique dans une quinzaine de pays. La première opération du programme portait le nom de *Project Vinca* et visait à retirer près de 48 kg d'uranium hautement enrichi

⁴⁶ US Department of Energy, *Task force report: a report card on the Department of Energy's non-proliferation programs with Russia*, Washington D.C., 2001.

⁴⁷ William Langewiesche, *The Atomic Bazaar : The Rise of the Nuclear Poor*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2007.

⁴⁸ « Russian Aide Says Gangsters Try to Steal Atom Material », *New York Times*, 26 mai 1994.

⁴⁹ « Another Seizure of Plutonium Adds to Fears », *Wall Street Journal*, 17 août 1994.

⁵⁰ Steven Dolley, Paul Leventhal, « Highly-Enriched Uranium Seized in Czech Republic Reveals a Growing Risk of Nuclear Terrorism. Some Answers to Questions on the Extent of the Threat », *Nuclear Control Institute*, 22 déc. 1994 ; « Czech Cache of Nuclear Material Being Tested for Bomb Potential » et « Prague Says Uranium Found in Czech Auto Could Trigger Bomb », *New York Times*, 21 déc. 1994.

⁵¹ IAEA, « Calculating the new global nuclear terrorism threat », Press release, Nov. 1, 2001.

⁵² Graham T. Allison, Owen R. Coté, Richard A. Falkenrath, Steven E. Miller, *Avoiding nuclear anarchy*, Cambridge (MA), Center for Science and International Affairs, Harvard University, 1996.

d'un réacteur de recherche de l'Institut nucléaire de Vinča, près de Belgrade, pour le transporter jusqu'au centre de recherche atomique de Dimitrovgrad en Russie⁵³. En septembre 2003, une coopération similaire entre les gouvernements roumain, russe et américain, en partenariat avec l'AIEA, a permis de retirer 136 kg d'uranium enrichi à 80% d'origine soviétique de l'Institut de recherche nucléaire de Pitești près de Bucarest. Près de 17 kg d'uranium d'un réacteur de recherche en démantèlement de Sofia ont également été rapatriés à Dimitrovgrad en décembre 2003⁵⁴.

28. Les incidents impliquant des matières nucléaires sont désormais plus rares, représentant en 2013 et 2014 moins de 10% des cas mentionnés dans la base du *Center for Nonproliferation Studies* (CNS)⁵⁵. Ce nombre limité des incidents rapportés est corroboré par d'autres bases de données, et tout particulièrement celle de l'AIEA⁵⁶. La plupart impliquaient des matières de faible radioactivité comme le minerai d'uranium, le *yellowcake* et l'uranium appauvri.

29. Aucun incident impliquant du plutonium séparé n'a été recensé au cours des deux dernières années, contrairement à l'uranium. A New York, en août 2013, le *Department of Homeland Security* (DHS) a ainsi procédé à l'arrestation d'un homme de 33 ans en provenance de la Sierra Leone qui tentait de faire entrer sur le sol américain un échantillon du *yellowcake* iranien qu'il avait l'intention de revendre à des agents infiltrés de la sécurité

⁵³ Philipp C. Bleek, « Project Vinca: Lessons for Securing Civil Nuclear Material Stockpiles », *Nonproliferation Review*, Fall-Winter 2003. Le projet a été mené en concertation avec les gouvernements serbe, russe et américain, l'AIEA et l'organisation non gouvernementale *Nuclear Threat Initiative* (NTI) - cf. note 55.

⁵⁴ Sur ces exemples de « rapatriement » de matières nucléaires, cf. Charles D. Ferguson, William C. Potter (eds.), *op. cit.*, pp. 157-158.

⁵⁵ Center for Nonproliferation Studies (CNS) - Global Incidents and Trafficking Database, *Tracking publicly reported incidents involving nuclear and other radioactive materials*, 2014 Annual Report, Apr. 2015, www.nti.org/analysis/reports/cns-global-incidents-and-trafficking-database/, p. 3 (« Over the past two years, the CNS database has identified 325 publicly reported incidents across 38 different countries (155 in 2013 and 170 in 2014) in which nuclear or other radioactive material was lost, stolen, or otherwise outside of regulatory control »), pp. 6 et 10. La base « Global Incidents and Trafficking Database », proposée par le James Martin Center for Nonproliferation Studies (CNS) et financée par l'organisation non gouvernementale américaine *Nuclear Threat Initiative* (NTI), constitue une veille sur les informations nationales permettant une analyse globale du risque nucléaire.

⁵⁶ IAEA, « IAEA Incident and Trafficking Database (ITDB). Incidents of nuclear and other radioactive material out of regulatory control. 2014 Fact Sheet », www-ns.iaea.org/downloads/security/itdb-fact-sheet.pdf. La base de données ITDB de l'AIEA a été créée en 1995 pour répertorier et analyser le trafic de matières nucléaires et radioactives : perte ou possession illégale de matériel, tentatives de contrebande et de revente. Les informations sont transmises sur une base volontaire par les 125 Etats participant au programme. Au 31 déc. 2013, la base recensait un total de 2.477 incidents.

intérieure avec lesquels il était entré en contact via une plateforme d'échange sur Internet. Alerté par le DHS, la sécurité de l'aéroport international John Fitzgerald Kennedy a découvert l'uranium dissimulé dans la semelle des chaussures du trafiquant⁵⁷. En juin 2014, aux Etats-Unis toujours, un instrument de mesure des radiations au cœur du réacteur a été déclaré manquant dans l'inventaire d'une installation nucléaire de Caroline du Sud⁵⁸. En juillet suivant, le gouvernement irakien a signalé aux Nations Unies que le groupe « *Etat islamique* », durant sa progression vers Bagdad, s'était emparé d'une quantité de matières nucléaires dans une université au nord de Mossoul. Un représentant de l'AIEA a rapidement précisé que l'uranium dérobé ne présentait pas de risque significatif et ne pourrait servir à fabriquer un dispositif nucléaire⁵⁹. Sur le continent européen cette fois, en décembre 2014, sept membres d'une organisation criminelle soupçonnés de se livrer à du trafic d'uranium ont été arrêtés en Moldavie. L'opération a été conduite conjointement par la police moldave, Interpol -dans le cadre du Projet *Geiger* et de l'Opération *Fail Safe*- et du FBI. Elle a permis de saisir 200 g d'uranium-238, 1 kg de mercure et 1 kg de matière radioactive non identifiée pour une valeur globale de 1,6 million d'euros⁶⁰. Dans la foulée de ces arrestations, les autorités moldaves ont aujourd'hui encore à cœur de démontrer leur implication dans la lutte contre le trafic de substances nucléaires et radioactives. Elles ont ainsi organisé en juin dernier, avec le soutien de l'AIEA, une opération de contrôle à la frontière avec la Roumanie en faisant passer chaque véhicule sous un portique de détection de radiations⁶¹. Comme l'a indiqué la Commission européenne dans sa communication sur son approche des risques CBRN-E, « *les nombreux exemples de trafic illicite font ressortir la nécessité de mettre au point des contre-mesures efficaces qui ne soient pas uniquement*

⁵⁷ « Man Arriving at J.F.K. Is Accused of Trying to Export Uranium to Iran », *New York Times*, 23 août 2013, www.nytimes.com/2013/08/24/nyregion/man-arriving-at-jfk-is-accused-of-trying-to-export-uranium-to-iran.html?_r=0.

⁵⁸ L'instrument -vraisemblablement égaré- contenant une faible quantité d'uranium-235, l'incident a été répertorié dans la catégorie « *Theft or Loss of Licensed Material* » faisant l'objet d'une notification « non-urgente » (« *non-emergency notification* »), www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/event-status/event/2014/20140707en.html.

⁵⁹ « 'Low-Grade' Nuclear Material Is Seized by Rebels in Iraq, U.N. Says », *New York Times*, 10 juil. 2014, www.nytimes.com/2014/07/11/world/middleeast/iraq.html.

⁶⁰ Interpol, « Moldova police arrest seven suspected uranium smugglers », 11 déc. 2014, www.interpol.int/News-and-media/News/2014/N2014-238.

⁶¹ IAEA, « New Video : Moldova's Journey Towards Nuclear Security », 10 juin 2010, www.iaea.org/newscenter/news/new-video-moldova%E2%80%99s-journey-towards-nuclear-security.

axées sur le fait de couper l'accès des trafiquants à ces substances mais aussi sur une stratégie de détection efficace »⁶².

30. Pour fabriquer une arme nucléaire, une organisation terroriste devrait également disposer de connaissances physiques et de moyens technologiques pointus, d'ingénieurs de haut niveau capables de manipuler les matières sans danger d'irradiation. Le réseau mis sur pied par le Dr. Abdul Qadeer Khan est une autre illustration fameuse de la situation de ces scientifiques qui livrent leur savoir aux plus offrants. En 2004, le Dr. Khan -usuellement présenté comme l'un des artisans du programme nucléaire pakistanais- a admis avoir, entre 1989 et 2003, vendu à la Lybie, l'Iran, la Corée du Nord ainsi qu'à d'autres clients des composants hautement stratégiques ainsi que des plans d'armes nucléaires compactes adaptées aux vecteurs balistiques⁶³. La tentation pour des personnes hautement qualifiées de livrer⁶⁴ ou monnayer les informations confidentielles dont elles auraient connaissance ou leur accès à des substances sensibles n'est jamais très loin. Ainsi, en octobre 2001, deux physiciens nucléaires pakistanais -soutiens des Talibans qui, depuis 1998, multipliaient les déplacements dans la province de Kandahar- ont été arrêtés et accusés d'avoir aidé Al-Qaïda à se doter de compétences nucléaires⁶⁵. Des documents retrouvés fin 2001 dans une maison près de Kaboul indiquaient également qu'Al-Qaïda s'intéressait à la conception d'armes nucléaires⁶⁶.

⁶² Commission européenne, communication précitée sur une nouvelle approche de l'UE en matière de détection et d'atténuation des risques CBRN-E, p. 3.

⁶³ « Key Pakistani Is Said to Admit Atom Transfers », *New York Times*, 1^{er} fév. 2004; « Police : Pakistan's Khan Arranged Uranium for Libya », *Washington Post*, 20 fév. 2004 ; International Institute for Strategic Studies, *Nuclear Black Markets: Pakistan, A. Q. Khan and the Rise of Proliferation Networks - A Net Assessment*, London, IISS, 2007.

⁶⁴ Sur le volet non nucléaire du terrorisme, la plus ou moins grande proximité de certains scientifiques avec des réseaux terroristes rappelle, en France, le cas de ce physicien du CERN, Adlène Hicheur, qui fut condamné le 4 mai 2012 à cinq ans de prison, dont un avec sursis, pour participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme. Le scientifique, qui avait participé à des discussions sur Internet avec un membre d'Al-Qaïda au Maghreb islamique, aurait servi de soutien logistique à AQMI et notamment projeté un attentat contre le 27^e bataillon de chasseurs alpins d'Annecy, d'où partaient des troupes pour l'Afghanistan (« Prison ferme pour le physicien du CERN qui conversait avec Al-Qaïda au Maghreb », *Le Monde*, 5 mai 2012). Par le jeu des remises de peine, A. Hicheur a été libéré le 15 mai 2012.

⁶⁵ Entre 1993 et 1994, Oussama Ben Laden aurait tenté d'acquérir de l'uranium fortement enrichi d'origine sud-africaine. Sur les tentatives successives d'Al-Qaïda de se doter de l'arme nucléaire, cf. David Albright, Kathryn Buehler, Holly Higgins, « Bin Laden and the Bomb », *Bulletin of the Atomic Scientists*, 58(1), 2002. Voir des mêmes auteurs « A Bomb for the Ummah », *Bulletin of the Atomic Scientists*, 59(2), 2003.

⁶⁶ Pour une analyse des documents retrouvés en Afghanistan concernant un éventuel programme d'armement nucléaire, cf. « Osama's nuclear quest », *Time*, 12 nov. 2001; Ingrid Arnesen, Mika Boettcher, *Al Qaeda Documents Outline Serious Weapons Program. Terrorist group placed heavy emphasis on developing nuclear device*, Institute for Security and International Studies, 25 janv. 2002, www.isis-

31. Enfin, les recherches sur les explosions s'effectuent généralement dans un cadre militaire. Elles restent par conséquent difficilement accessibles aux personnes extérieures aux forces armées nationales. Surtout, peu discrètes à mettre en œuvre, elles seraient d'autant plus aisément détectables par les services de renseignement internationaux. Un groupe terroriste devrait donc procéder à la fois avec une grande précaution pour éviter toute explosion inopinée et faire preuve d'une certaine rapidité d'exécution pour réduire la probabilité d'être repéré⁶⁷. Aussi, la plupart des experts en sécurité estiment que seul un Etat disposerait des ressources nécessaires sur le moyen et long termes pour parvenir à confectionner un engin nucléaire et les vecteurs permettant d'atteindre la cible désignée. Dès lors, s'ouvre une autre option pour les terroristes dans leur quête de l'arme nucléaire. En effet, les difficultés de déploiement de leur ambition nucléaire pourraient être surmontées s'ils bénéficiaient du soutien d'un Etat délinquant ou d'un « *Etat voyou* » (*rogue state*) partageant leur idéologie et acceptant -au risque toutefois de s'exposer à des représailles internationales- sinon d'opérer le transfert d'une arme nucléaire pleinement opérationnelle, du moins de couvrir leur programme clandestin.

32. De nombreux obstacles réduisent donc -sans toutefois l'anéantir- la probabilité que les groupes terroristes parviennent à se doter d'une arme nucléaire. A défaut de réaliser une authentique bombe nucléaire ou de dérober une ogive dans un arsenal national existant, la menace la plus plausible pour la communauté internationale est de voir des terroristes mettre au point une arme radiologique (*radiological dispersal device* - RDD). Le principe de la bombe « sale » (*dirty bomb*) ne produit pas d'explosion nucléaire mais la charge explosive conventionnelle qui la constitue dissémine des rayonnements ionisants dans la zone ciblée, généralement choisie pour être densément peuplée⁶⁸. L'explosion disperse la matière

online.org/publications/terrorism/cnnstory.html. Pour des développements plus récents sur la capacité d'Al-Qaïda à acquérir l'arme nucléaire, v. Graham T. Allison, *Nuclear Terrorism : The Ultimate Preventable Catastrophe*, op. cit., pp. 4-6 ; Al J. Venter, *Allah's Bomb: The Islamic Quest for Nuclear Weapons*, Guilford (CT), Lyons Press, 2007.

⁶⁷ Ces difficultés ont été de longue date exposées par des scientifiques ayant travaillé sur le programme nucléaire américain au laboratoire de Los Alamos, dont Jordan Carson Mark, Theodore Taylor, Eugene Eyster, William Maraman, Jacob Wechsler, « Can Terrorists Build Nuclear Weapons ? », in *Preventing Nuclear Terrorism. The Report and Papers of the International Task Force on the Prevention of Nuclear Terrorism*, Lexington, Lexington Books, 1987, pp. 60-62.

⁶⁸ U.S. Nuclear Regulatory Commission, « Fact Sheet on Dirty Bombs », 2 déc. 2014, <https://forms.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/fact-sheets/fs-dirty-bombs.html>.

radioactive (généralement du césium-137, du cobalt-60, de l'iridium-192 ou du strontium-90⁶⁹) en ne provoquant que relativement peu de victimes mais en contaminant une vaste superficie et en générant la panique et le chaos recherchés par les terroristes.

33. A l'instar des produits fissiles, les matières radioactives peuvent être acquises au marché noir⁷⁰. Plusieurs exemples récents illustrent la volonté de certaines organisations de (projeter de) se doter des moyens de confectionner la bombe nucléaire « *du pauvre* »⁷¹ ou d'exercer une forme de « *chantage radioactif* ». Ainsi, en novembre 1995, des rebelles tchéchènes ont menacé de faire usage d'une bombe sale pour contraindre la Russie à retirer ses troupes de leur province. Pour montrer sa détermination, le chef des rebelles, Chamil Bassaïev, a conduit une équipe de journalistes russes jusqu'au parc Ismailovsky de Moscou où a été retrouvée une boîte contenant du césium-137, non relié à un dispositif explosif⁷². En novembre 2006, un Britannique d'origine hindoue converti à l'islam, Dhiren Barot, a été condamné à vie (une peine ensuite ramenée à 30 ans en 2007) pour avoir planifié, avec sept autres complices, des attentats au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, ciblant notamment les bureaux du Fonds Monétaire International et de la Banque mondiale à Washington D.C., du *New York Stock Exchange* et *Citigroup* à New York. Les autorités britanniques, qui ont procédé à son arrestation en août 2004, ont mis la main sur un document intitulé "*Final Presentation*" détaillant ses recherches sur la fabrication des bombes sales qu'il définissait comme devant « *blessier, inspirer la peur, la terreur et le chaos* » plutôt que tuer⁷³. L'affaire n'est pas sans rappeler l'arrestation, en juin 2002, de José Padilla, alias Abdullah Al-Muhajir. Membre d'un gang de Chicago, cet Américain converti à l'islam radical après un séjour en Afghanistan était suspecté de planifier une attaque radiologique sur le sol américain. Ce chef d'accusation n'ayant finalement pas été retenu faute de commencement de preuve, José Padilla a été jugé par un tribunal de Floride et

⁶⁹ Selon le CNS, le césium-137 est la matière la plus convoitée par les trafiquants (environ 30% d'incidents rapportés), suivi de l'iridium-192 (6.5%), du strontium-90 (2.7%) et du cobalt-60 (2.4%). Cf. CNS, Global Incidents and Trafficking Database, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁰ Brian M. Jenkins, « Black Markets », in Brian Jenkins, *Will Terrorists Go Nuclear ?*, Amherst (NY), Prometheus Books, 2008, pp. 139-154 ; Bruno Tertrais, *Le marché noir de la bombe. Enquête sur la prolifération nucléaire*, Paris, Buchet Chastel, 2009.

⁷¹ William Langewiesche, *The Atomic Bazaar : The Rise of the Nuclear Poor*, *op. cit.*

⁷² David Albright, Kevin O'Neill, Corey Hinderstein, *Nuclear Terrorism : The Unthinkable Nightmare*, Institute for Security and International Studies (ISIS), ISIS Issue Brief, 2001.

⁷³ « British Charge 8 with Conspiracy in a Terror Plot », *New York Times*, 18 août 2004 ; « Did Al-Qaeda Leader Pass on His Plans from inside Prison ? », *The Times*, 3 juil. 2007.

condamné en 2008 à 17 ans et 4 mois d'emprisonnement pour appartenance à une cellule terroriste à l'étranger, c'est-à-dire pour ses liens avec Al-Qaïda⁷⁴.

34. La manière la plus simple de se procurer une source radioactive est de s'emparer de matériaux utilisés dans des instituts de recherche civils, des entreprises ou des hôpitaux. L'un des exemples les plus connus de ce type de trafic remonte à septembre 1987. Il ne s'agit pas d'un acte de terrorisme mais la situation illustre ce qui pourrait advenir si des organisations terroristes procédaient de la sorte. A l'époque, des ferrailleurs avaient pénétré dans une clinique de traitement du cancer abandonnée près de la ville brésilienne de Goiânia. Ils se sont emparés d'un conteneur de télé-thérapie au césium-137, ont brisé le boîtier et extrait la substance radioactive. Au cours des semaines suivantes, près de 250 personnes ont été exposées aux radiations, une cinquantaine a été hospitalisée et quatre individus sont décédés⁷⁵.

35. Selon le *Center for Nonproliferation Studies*, la grande majorité des incidents signalés en 2013 et 2014 (soit 85%) impliquaient des substances radioactives (et non des matières nucléaires). Il convient toutefois de noter que la majorité des vols sont avant tout des « crimes d'opportunité » commis par des individus qui n'ont aucune idée de ce qu'ils dérobent ou qui ne ciblent pas une source radioactive en particulier⁷⁶. La série de vols de matériaux dangereux survenus ces dernières années au Mexique le révèle bien. Le 2 décembre 2013, la Commission nationale de sécurité nucléaire annonçait qu'un groupe de voleurs s'était emparé d'un camion contenant des équipements à usage médical, dont 60 g de cobalt-60, isotope fortement radioactif. Deux jours plus tard, le véhicule était retrouvé. Bien que le conteneur ait été ouvert, les cinq personnes arrêtées ne semblaient pas présenter de symptômes d'irradiation⁷⁷. Un scénario similaire s'est reproduit en juillet 2014 lorsqu'un camion contenant de l'iridium-192 a été dérobé par deux individus à Mexico. Dès le lendemain, la police retrouvait le véhicule abandonné le long d'une route ainsi que la

⁷⁴ « U.S. Defends Decision to Move Suspect in 'Dirty Bomb' Case », *New York Times*, 19 juil. 2002.

⁷⁵ Sur les effets médicaux à moyen terme de l'exposition aux radiations, cf. John S. Petterson, « Perception vs. reality of radiological impact: the Goiânia model », *Nuclear News*, 31, 1988, pp. 84-90 ; Daniel L. Collins, Ana Bandeira de Carvalho, « Chronic stress from the Goiânia 137Cs radiation accident », *Behavioral Medicine*, 18(4), 1993, pp. 149-157.

⁷⁶ CNS, Global Incidents and Trafficking Database, pp. 7 et 12.

⁷⁷ George M. Moore, Miles A. Pomper, « Lessons from a Mexico Theft », *Bulletin of the Atomic Scientists*, 12 déc. 2013, <http://thebulletin.org/lessons-mexican-theft>.

source radioactive dans son conteneur sécurisé. Deux incidents presque identiques ont marqué le début de l'année 2015. En février, les autorités mexicaines ont récupéré dans le centre du pays trois véhicules volés contenant du matériel radioactif à usage industriel ; il a pu être établi que les malfaiteurs avaient seulement l'intention de s'emparer des véhicules et ignoraient totalement le caractère dangereux de leur chargement. Cet incident n'est pas sans rappeler le vol, en 2003, de trois conteneurs russes renfermant une importante source radioactive ; fort heureusement, les voleurs n'avaient alors pas prêté attention au contenu radioactif pour se contenter de revendre le métal au marché noir⁷⁸. A nouveau au Mexique, le 13 avril 2015, une alerte a été déclenchée dans cinq Etats à la suite du vol d'une quantité d'iridium-192 à usage industriel qui se trouvait dans une camionnette. Une dizaine de jours plus tard, la substance radioactive était retrouvée abandonnée sous un pont.

36. La difficulté à anticiper ce type de trafic provient du fait qu'en la matière l'erreur humaine est dangereusement coupable. En effet, la plupart des incidents répertoriés ces deux dernières années sont le produit de la négligence humaine : un défaut de communication dans la transmission de consignes professionnelles, des erreurs durant la manutention et les transferts de matières, des sources radioactives non replacées dans leur environnement sécurisé, des inventaires peu méticuleux, un système d'accréditation défaillant. Et parfois un personnel – dans les entreprises, les hôpitaux, les centres de recherche – peu scrupuleux, âpre au gain et donc corrompible. Comme pour les matières nucléaires, la désorganisation des structures militaires et civiles d'un Etat, le non-règlement des salaires ou les faibles rémunérations sont des facteurs incitatifs à la revente clandestine de substances radioactives. En 2013, un ingénieur kazakh employé d'une compagnie minière et trois complices ont été arrêtés pour avoir tenté de revendre au marché noir du césium-137. L'ingénieur, qui travaillait à la gestion des stocks de son entreprise, avait dérobé la substance en 1991 et l'avait depuis conservée dans un conteneur scellé dans son bureau ! Vingt ans plus tard, il avait décidé de la revendre pour 250.000 dollars, mais en commettant l'erreur de s'adresser à un officier de police sous couverture. Les quatre individus ont été condamnés à trois et quatre ans d'internement dans un camp de travail par un tribunal de Karaganda. Pour leur défense, ils ont plaidé ne pas avoir conscience du danger que la source

⁷⁸ Charles D. Ferguson, William C. Potter (eds.), *The Four Faces Of Nuclear Terrorism*, op. cit., p. 2.

radioactive pouvait présenter et qu'ils n'avaient pas d'intention criminelle à l'encontre de la population⁷⁹.

37. La synthèse de ces différents cas de figure modifie très certainement la perception classique de la sécurité, habituellement fondée sur le triptyque *"gates, guns, and guards"*. En matière de trafic de substances radioactives, la pièce maîtresse, pour ne pas dire « l'ennemi », vient souvent de l'intérieur et n'éveille pas nécessairement de méfiance particulière. Et dans l'hypothèse où les terroristes parviendraient à leurs fins, c'est aussi en ce sens que l'explosion d'une bombe sale serait encore plus pernicieuse. L'emploi d'une bombe radiologique n'exposerait pas à des conséquences aussi mortifères pour la population et l'environnement qu'une arme nucléaire. En revanche, les effets psychologiques et socio-économiques seraient d'une ampleur plus dramatique encore : quels que soient la puissance de l'explosion nucléaire et le périmètre contaminé par une bombe radiologique, « le dommage psychologique atteindra une étendue [géographique] et un niveau nettement supérieur à celui résultant des blessures et des morts »⁸⁰.

38. L'objectif poursuivi par les terroristes est de produire des effets politiques significatifs par des actes de violence ciblés. Si, surtout dans le contexte post-11 septembre, la tendance est à l'accroissement des dommages humains causés par la violence aveugle, le terrorisme - pour reprendre la formule de Brian M. Jenkins, expert de la *Rand Corporation*- « c'est peu de victimes mais beaucoup de spectateurs »⁸¹. Des quartiers entiers de la zone contaminée seraient rendus inhabitables pour de longues années, entraînant, outre les victimes humaines, de considérables dommages économiques et sociaux. Plutôt qu'une arme de destruction massive (*mass destruction*), la bombe radiologique se présente davantage comme une « arme de déstructuration massive » (*mass disruption*)⁸². Plusieurs simulations d'une attaque avec une bombe sale sur New York ont été lancées pour en évaluer les

⁷⁹ « Mining engineer caught in the attempt to sell radioactive cesium », 9 janv. 2014; www.interfax.kz/?lang=eng&int_id=expert_opinions&news_id=6564.

⁸⁰ Jessica Stern, *The Ultimate Terrorists*, op. cit.

⁸¹ Brian M. Jenkins, « The Future Course of Terrorism », *The Futurist*, Jul.-Aug. 1987, p. 8 : « *Simply killing a lot of people has seldom been a terrorist objective. Terrorists want a lot of people watching, not a lot of people dead* ». Voir aussi Clark McCauley (ed.), *Terrorism research and public policy*, London, Frank Cass, 1991, pp. 126-144.

⁸² Michael A. Levi, Henry C. Kelly, « Weapons of Mass Disruption », *Scientific American*, Nov. 2002, pp. 77-81, <http://fas.org/ssp/docs/021000-sciam.pdf>.

conséquences. L'explosion d'un engin radioactif en pleine journée à Manhattan aurait des retombées radioactives sur un périmètre d'une soixantaine d'immeubles. Le souffle de l'explosion ferait ses premières victimes directes, auxquelles il faudrait ajouter plusieurs milliers de décès immédiats et à moyen-long termes du fait de l'exposition aux radiations. Le coût des autres conséquences (relogement, nettoyage, décontamination de la zone) pourrait atteindre plusieurs dizaines de milliards de dollars⁸³.

39. L'emploi d'une arme radiologique vise à semer le chaos par la contamination radioactive mais surtout par la diffusion d'un sentiment de confusion psychologique, de désorganisation et de peur constante⁸⁴. Les terroristes tablent également sur le rôle des médias dans l'amplification de l'attaque, par la résonance médiatique et le poids des images⁸⁵. A tel point qu'au-delà de l'acte terroriste en tant que tel, la peur elle-même peut se transformer en crise nouvelle par un effet d'amplification d'événements mineurs, d'induction psychosomatique et collective de troubles divers (*mass sociogenic illness*) sur le mode de ce qui s'était passé aux Etats-Unis en 2001 après la découverte de courriers contenant de l'anthrax, quand de simples toux et symptômes grippaux faisaient presque

⁸³ Michael A. Levi, Henry C. Kelly, article cité, pp. 78-80. Sur les conséquences d'une explosion à *Manhattan Grand Central*, cf. Matthew Bunn, Anthony Wier, John P. Holdren, *Controlling Nuclear Warheads and Materials : A Report Card and Action Plan*, Washington D.C., Nuclear Threat Initiative and the Project on Managing the Atom, Harvard University, March 2003, pp. 22-23. Par comparaison, en utilisant le logiciel CATS (*Consequences Assessment Tool Set*) créé par la *US Federal Emergency Management Agency* et la *Defense Threat Reduction Agency*, des chercheurs ont évalué les dommages potentiels causés par une explosion nucléaire de 12,5 kilotonnes, prenant pour hypothèse que l'engin radioactif serait chargé sur un cargo commercial stationné dans le port de la ville. Le souffle de l'explosion tuerait instantanément 52.000 personnes. L'exposition directe aux radiations atteindrait 44.000 victimes, dont 10.000 fatalement. Les retombées radioactives feraient 200.000 morts supplémentaires et plusieurs centaines de milliers de cas d'irradiation. La capacité à porter secours aux survivants serait également fortement compromise : environ 1.000 lits d'hôpitaux seraient détruits par le souffle de l'explosion et 8.700 se trouveraient en zone irradiée (Ira Helfand, Lachlan Farrow, Jaya Tiwari, « Projected casualties from a terrorist nuclear explosion in a large urban area », *Clinmed*, 11 janv. 2002).

⁸⁴ Sur les conséquences psychologiques et psychiatriques d'une attaque nucléaire ou radiologique, on pourra notamment se reporter aux évaluations médicales suivantes : Ryan C. Hall, Marcia J. Chapman, « Medical and psychiatric casualties caused by conventional and radiological (dirty) bombs », *General Hospital Psychiatry*, 28(3), 2006, p. 242-248; Daniel Dodgen, Ann E. Norwood, Steven M. Becker, Jon T. Perez, Cynthia K. Hansen, « Social, Psychological, and Behavioral Responses to a Nuclear Detonation in a US City : Implications for Health Care Planning and Delivery », *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, 5(S1), 2011, pp. S54-S64.

⁸⁵ Une importante focalisation médiatique sur un incident nucléaire ou radiologique de basse intensité, ou même avorté, accorderait déjà une attention à la cause terroriste. Cf. Charles D. Ferguson, William C. Potter (eds.), *The Four Faces Of Nuclear Terrorism*, op. cit., p. 43 : « it is possible that media overreaction could make even a low-level or failed nuclear incident a success in terms of creating fear in the public, causing high-impact economic disruption, and bringing broad attention to the cause of the terrorists ».

immédiatement penser à une contamination bactériologique⁸⁶. Pour toutes ces raisons, le facteur clé de la gestion d'une crise nucléaire et radiologique réside dans la communication qui permet de prendre en considération les préoccupations de la population et de préserver la confiance que le public doit continuer de placer dans les autorités en situation critique⁸⁷. Mais quoi qu'il en soit, l'état latent de psychose qui ne manque pas de régner dans ces circonstances complique bien évidemment l'organisation des opérations de secours. Une étude conduite un an après les attaques du 11 septembre 2001 sur un échantillon de 1.001 New-Yorkais a ainsi montré que près d'un tiers d'entre eux (34.4%) évacueraient la ville sans attendre les consignes officielles de sécurité en cas d'attaque chimique, biologique ou nucléaire⁸⁸.

40. Au sein de l'UE, la réponse aux menaces CBRN ainsi que l'assistance aux victimes relèvent des plans élaborés par les Etats membres. En France, après l'accident de Fukushima, le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) a mis sur pied un Plan national de réponse à un accident nucléaire ou radiologique majeur qui présente les actions à déclencher face à chaque situation⁸⁹. S'agissant plus particulièrement du risque CBRN, le plan d'action « *Pirate-NRBC* » précise les outils de prise de décision pour contrer la menace terroriste ou faire face à l'exécution effective d'une action malveillante

⁸⁶ Ortwin Renn, « Health impacts of large releases of radionuclides », *Mental health, stress and risk perception : insights from psychological research*, CIBA Foundation Symposium, 1997, pp. 203-226. V. aussi Jeanne Guillemin, *Anthrax : the investigation of a deadly outbreak*, Berkeley (CA), University of California Press, 1999; Simon Wessely, Kenneth Craig Hyams, Robert Bartholomew, « Psychological implications of chemical and biological weapons », *British Medical Journal*, 323(7318), 20 oct. 2001, pp. 878-879. Sur la maîtrise de la panique des populations face au bioterrorisme, cf. « Bioterrorism and the People : How to Vaccinate a City against Panic », in James Forest, Russell Howard, Joanne Moore, *Homeland Security and Terrorism : Readings and Interpretations*, New York, McGraw-Hill/Dushkin, 2013, p. 443 sq.

⁸⁷ Steven M. Becker, « Communicating risk to the public after radiological incidents », *British Medical Journal*, 335 (7630), 2007, pp. 1106-1107: « *As such, improved crisis and emergency risk communication needs to be at the heart of future planning and training* ».

⁸⁸ Sur la base de ce même échantillon, 45,7% des New-Yorkais interrogés se disaient « *très préoccupés* » par la perspective d'une autre attaque majeure, 50,4% par des attaques à l'aide d'armes biologiques et 45,2% par la possibilité d'une attaque nucléaire. Voir Joseph A. Boscarino, Charles R. Figley, Richard E. Adams, « Fear of Terrorism in New York After the September 11 Terrorist Attacks: Implications for Emergency Mental Health and Preparedness », *International Journal of Emergency Mental Health*, 5(4), 2003, pp. 199-209. Pour une analyse approfondie des données, cf. Joseph A. Boscarino, Richard E. Adams, Charles R. Figley, Sandro Galea, Edna B. Foa, « Fear of Terrorism and Preparedness in New York City 2 Years After the Attacks : Implications for Disaster Planning and Research », *Journal of Public Health Management and Practice*, 12(6), 2006, pp. 505-513.

⁸⁹ SGDSN, *Plan national de réponse à un accident nucléaire ou radiologique majeur*, n° 200/SGDSN/PSE/PSN, fév. 2014, www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/SGDSN_parties1et2_270114.pdf.

impliquant notamment des matières radiologiques⁹⁰. Ce plan est complété par des circulaires établissant les schémas de déclenchement des moyens de soins et de secours. C'est la circulaire interministérielle n°800/SGDSN/PSE/PPS, dite « *Circulaire 800* », qui présente la doctrine française d'emploi des moyens de secours et de soins face à une action terroriste occasionnant une dispersion de matières radioactives⁹¹. Le texte prévoit le cadre très particulier de l'aide aux victimes, de leur prise en charge (pré)hospitalière alors même que le niveau de radioactivité sur la zone touchée porte potentiellement atteinte à la santé publique. En cas de crise ayant des implications transfrontalières, des procédures et des outils ont été mis en place au niveau de l'Union européenne pour soutenir les Etats. La décision récente sur le mécanisme de protection civile de l'UE pose les bases d'une réflexion commune sur les mesures relatives à la préparation et la réaction face à un acte de terrorisme ou une catastrophe radiologique⁹². La mise en œuvre des capacités de réaction de l'UE en matière d'accident CBRN repose sur une information fournie par les Etats membres concernant les services intervenant en cas de catastrophe de type radiologique. La décision d'exécution de la Commission en date du 16 octobre 2014 précise les exigences applicables aux modules ainsi qu'aux équipes d'assistance technique et d'appui entrant dans la composition de la « *Capacité européenne de réaction d'urgence* » (EERC), mise en place sous la forme d'une réserve volontaire. L'annexe II de la décision (points 12 et 13) décrit les tâches et les capacités d'identification et d'échantillonnage dans les domaines CBRN

⁹⁰ SGDSN, *Plan gouvernemental Pirate-NRBC*, www.sgdsn.gouv.fr/site_rubrique118.html. Ce plan remplace le plan « *Piratome* » pour ce qui concerne le dispositif de lutte contre le terrorisme nucléaire et radiologique (cf. *Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme. La France face au terrorisme*, La Doc. fr., 2006, pp. 42-43).

⁹¹ Voir le document en date du 18 fév. 2011 :

www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Circulaire_no_800SGDSNPSEPPS_du_18_fevrier_2011_relative_a_la_doctrine_nationale_d_emploi_des_moyens_de_secours_et_de_soins_face_a_une_action_terroriste_mettant_en_oeuvre_des_materieres_radioactive.pdf.

On pourra également consulter les autres textes régissant le dispositif français de prévention et de réponse au terrorisme CBRN-E : Circulaire interministérielle n° 007/SGDN/PSE/PPS du 8 oct. 2009 relative au dispositif interministériel d'intervention face à la menace ou à l'exécution d'actes de terrorisme NRBC ; Circ. du Premier ministre n° 747/SGDN/PSE/PPS du 30 oct. 2009 relative à la doctrine de l'Etat pour la prévention et la réponse au terrorisme NRBC-E ; Circ. n° 750/SGDSN/PSE/PPS du 18 fév. 2011 relative à la découverte de plis, colis, contenants et substances suspectés de renfermer des agents radiologiques, biologiques ou chimiques dangereux.

⁹² Décision du Parlement et du Conseil n° 1313/2013/UE relative au mécanisme de protection civile de l'Union, JOUE L 347, 20 déc. 2013, pp. 924-947 : « *La protection à assurer au titre du mécanisme de l'Union porte en premier lieu sur les personnes, mais également sur l'environnement et les biens, y compris le patrimoine culturel, contre toute catastrophe naturelle ou d'origine humaine, notamment les conséquences d'actes de terrorisme, de catastrophes technologiques, radiologiques [...]. Dans le cas des conséquences d'actes de terrorisme ou de catastrophes radiologiques, le mécanisme de l'Union ne peut couvrir que les mesures concernant la préparation et la réaction* » (ch. 1, art. 1-2, nous soulignons).

(description du danger, délimitation de la zone contaminée, détection des radiations à l'aide d'équipements portatifs et de laboratoires mobiles d'analyse sur site, décontamination et neutralisation des risques) ainsi que les opérations spéciales de recherche et sauvetage en situation de risques CBRN en milieu urbain. La configuration de démarrage de l'EERC (annexe 3 de la décision) prévoit deux modules disponibles simultanément pour les missions de détection et d'échantillonnage (CBRNDET), une unité de recherche et sauvetage en milieu urbain (CBRNUSAR) et deux équipes de décontamination⁹³.

B) Les installations nucléaires au défi de la menace terroriste

41. La menace du terrorisme nucléaire peut également prendre la forme d'une attaque ou du sabotage d'installations nucléaires ou de sites de stockage de déchets radioactifs. En France, si la « *sûreté nucléaire* » désigne les mesures techniques et organisationnelles prises par l'exploitant -sous la supervision de l'Autorité de Sûreté Nucléaire (ASN)- afin de prévenir les accidents et limiter leurs conséquences, la « *sécurité nucléaire* » renvoie aux activités de prévention visant à protéger les populations face aux négligences et actes de malveillance concernant les substances nucléaires et les installations qui les contiennent et les exploitent, ainsi qu'aux actions de sécurité civile en cas d'accident⁹⁴. En matière de sécurité, la prévention et la riposte à ces éventuels actes malveillants est de la responsabilité partagée de l'exploitant nucléaire et de l'Etat. Les installations nucléaires constituent en effet des sites sensibles bénéficiant d'une protection particulière contre le terrorisme au titre des secteurs d'activités d'importance vitale (SAIV).

42. Un SAIV peut être défini comme un ensemble de missions « *concourant à un même objectif, qui, soit ont trait à la production et la distribution de biens ou de services indispensables à la satisfaction des besoins essentiels pour la vie des populations, à l'exercice de l'autorité de l'Etat, au fonctionnement de l'économie, au maintien du potentiel de défense* ».

⁹³ Décision d'exécution de la Commission du 16 oct. 2014 fixant les modalités de mise en œuvre de la décision n°1313/2013/UE du Parlement européen et du Conseil relative au mécanisme de protection civile de l'Union et abrogeant les décisions de la Commission 2004/277/CE, Euratom et 2007/606/CE, Euratom, JOUE L 320 du 6 nov. 2014, pp. 1-45.

⁹⁴ Art. 1^{er} de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (JO du 14). Sur la distinction entre les notions de « *sûreté* » et de « *sécurité* », voir Muriel Rambour, « Le démantèlement des installations nucléaires civiles. Enjeux juridiques, économiques et questions de sécurité(s) », *Risques Etudes et Observations - RISEO*, n° 2014-1, pp. 12-15.

ou à la sécurité de la Nation, dès lors que ces activités sont difficilement substituables ou remplaçables, soit peuvent présenter un danger grave pour la population »⁹⁵. La liste des douze SAIV a été établie par un arrêté du Premier ministre en date du 2 juin 2006, modifié le 3 juillet 2008. Elle comprend quatre dominantes (régaliennne, humaine, économique, technologique) ; la dominante économique comporte notamment la filière énergétique, et donc le domaine du nucléaire⁹⁶. Le dispositif de sécurité des activités d'importance vitale est visé aux articles L. et R. 1332 du code de la défense. Les opérateurs publics ou privés exploitant des installations d'importance vitale « sont tenus de coopérer à leur frais » à la protection de ces structures « contre toute menace, notamment à caractère terroriste » (article L. 1332-1 C. de la défense). Pour chaque SAIV est désigné un ministre coordonnateur, chargé de rédiger une directive nationale de sécurité (DNS) pour le secteur concerné, comprenant une analyse des vulnérabilités et menaces potentielles (scénarios, niveau de danger, impacts d'une agression effective), les objectifs généraux de sécurité (« plan de sécurité d'opérateur d'importance vitale » ou PSO), les mesures de vigilance, prévention, protection (« plans particuliers de protection » ou PPP, « plans de protection externe » ou PSE). Le secteur nucléaire est régi par une DNS spécifique adoptée par arrêté du Premier ministre datée du 27 août 2009, couverte par une stricte confidentialité. Depuis 2009, en application d'un protocole conclu entre la gendarmerie nationale et Electricité de France (EDF)⁹⁷, la protection des centrales nucléaires est assurée -en complément de la sécurité passive gérée par l'opérateur (systèmes de badges, scanners, portiques de sécurité...)- par les pelotons spécialisés de protection de la gendarmerie (PSPG) postés dans l'enceinte des installations, en première ligne dans le contre-terrorisme nucléaire⁹⁸.

⁹⁵ Alain Coursaget, « La sécurité des activités d'importance vitale : premier bilan du SGDSN », *Sécurité et stratégie*, 2/2010 (4), p. 16.

⁹⁶ Arrêté du 2 juin 2006 (JO du 4 juin) modifié par un arrêté du 3 juil. 2008 (JO du 5). La directive européenne de 2008 sur la désignation et la protection des infrastructures critiques européennes (ICE) -c'est-à-dire les infrastructures physiques dont l'atteinte aurait un impact transnational majeur- établit certaines obligations de sécurité aux opérateurs. Elle prend en compte l'ensemble des menaces possibles en mettant l'accent sur le risque terroriste (dir. 2008/114/CE du Conseil du 8 déc. 2008 concernant le recensement et la désignation des infrastructures critiques européennes ainsi que l'évaluation de la nécessité d'améliorer leur protection, JOUE L 345, 23 déc. 2008, pp. 75-82).

⁹⁷ Jean-Marc Sabathé, « La mise en œuvre du décret SAIV par EDF », *Sécurité et stratégie* 2/2010 (4), pp. 19-22.

⁹⁸ Pour un exemple des activités du PSPG assurant la protection de la centrale nucléaire de Saint-Laurent-des-Eaux (Loir-et-Cher), v. « Leur mission : protéger la centrale nucléaire », *La Nouvelle République du Centre Ouest*, 25 mai 2015.

43. Par le passé, plusieurs tentatives d'intrusion ou d'attaque contre des centrales nucléaires ont été recensées en Russie, en Afrique du Sud, aux Etats-Unis, au Canada -où, en août 2003, 19 personnes ayant pour projet l'attaque d'une centrale sur les bords du lac Ontario ont été arrêtées⁹⁹. En France, l'attaque la plus marquante remonte au 18 janvier 1982, lorsque des roquettes ont été tirées contre le chantier du surgénérateur Superphénix de Creys-Malville. Plus pacifiquement, les intrusions et tentatives d'intrusion dans des sites nucléaires français se sont multipliées au cours des dernières décennies, sous l'effet notamment de la mobilisation des associations anti-nucléaires et de protection de l'environnement. Pour contrer cette tendance, la loi du 2 juin 2015 relative au renforcement de la protection des installations civiles abritant des matières nucléaires instaure un délit applicable aux (tentatives d') intrusions terrestres¹⁰⁰. Une attaque terrestre contre un site nucléaire peut mobiliser des modes opératoires variés : entrée en force d'un commando armé ; explosion d'un véhicule piégé dans ou à proximité de la centrale ; sabotage à l'aide de complicités internes, actives ou passives, que ce soit pour des motifs apolitiques (problèmes d'ordre psychologique par exemple) ou par soutien à une cause radicale, étant entendu que le recours à la sous-traitance accroît le risque d'intrusion malveillante sur le site¹⁰¹. L'infiltration peut également être plus subtile avec le risque de la cyber-attaque visant à perturber à distance le fonctionnement de l'installation. Le sommet de La Haye sur la sécurité nucléaire en mars 2014, ainsi que la première conférence internationale sur la sécurité informatique dans un monde nucléaire organisée par l'AIEA à Vienne en juin 2015¹⁰², soulignent la menace grandissante que constituent ces attaques potentielles ciblant les infrastructures d'informations confidentielles et les systèmes essentiels de contrôle.

44. Outre les intrusions terrestres et les attaques informatique, un autre scénario possible d'offensive contre une installation nucléaire est celui de la chute intentionnelle d'un avion. Avant le 11 septembre 2001, la menace aérienne n'était pas l'hypothèse privilégiée.

⁹⁹ « Canada Arrests 19 As Security Threats », *Washington Post*, Aug. 23, 2003.

¹⁰⁰ Loi n° 2015-588 du 2 juin 2015 (JO du 3 juin 2015). Sur le dispositif des sanctions applicables aux incursions terrestres et des exemples de jurisprudence, cf. Marc Léger, « Le renforcement par le droit pénal de la protection des sites nucléaires contre les intrusions terrestres », *Journal des Accidents et des Catastrophes (JAC)*, n° 155, juin 2015.

¹⁰¹ A propos des récents développements sur le renforcement de la sécurité autour des sites industriels sensibles -dont les installations nucléaires- pour tenir compte d'un terrorisme aux formes individualisées, cf. « L'Etat contraint de renforcer la protection des sites sensibles et emblématiques », *Le Figaro*, 17 juil. 2015.

¹⁰² Centre d'actualités de l'ONU, « L'AIEA appelle à une réponse globale pour lutter contre le cyber-terrorisme nucléaire », 1^{er} juin 2015, <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=34893#.VZwoAkaSeos>.

Pratiquement personne n'imaginait que des terroristes puissent détourner un avion commercial et le projeter contre une centrale. Le seul précédent connu remontait au 12 novembre 1972, lorsque trois pirates de l'air étaient parvenus à prendre le contrôle d'un Douglas DC-9 de la *Southern Airlines* qui effectuait la liaison Memphis-Miami pour menacer de s'écraser sur le réacteur du centre de recherche nucléaire militaire d'Oak Ridge (Tennessee). Après avoir obtenu une rançon de deux millions de dollars, les pirates ont fui vers La Havane où ils ont finalement été arrêtés¹⁰³. Aux Etats-Unis, les simulations conduites dans les années 1990 par la Commission de réglementation nucléaire (*Nuclear Regulatory Commission* - NRC) ont mis en évidence que 47% des sites ne parviendraient pas à déjouer une attaque terroriste. Jusque-là, la NRC soutenait pourtant que les centrales supporteraient sans difficulté le crash d'un avion de ligne¹⁰⁴. Les attentats du 11 septembre 2001 ont mis l'accent sur un risque jusque-là négligé, révélant une sérieuse vulnérabilité des installations nucléaires¹⁰⁵.

45. En France, la réglementation applicable aux installations nucléaires concernant la prise en compte des risques liés aux chutes d'avion repose sur la règle fondamentale de sûreté (RFS) n° I.2.a du 5 août 1980 visant les tranches nucléaires comportant un réacteur à eau sous pression. Cette dernière distingue trois familles d'aéronefs : l'aviation militaire, l'aviation générale (de masse inférieure à 5,7 t.), l'aviation commerciale (de masse supérieure à 5,7 t.). La probabilité annuelle d'impact sur une tranche nucléaire est infime : de l'ordre de 10^{-6} pour l'aviation générale, 10^{-7} pour l'aviation militaire et généralement inférieure à 10^{-8} pour l'aviation commerciale¹⁰⁶. Compte tenu de ces probabilités, le risque pris en considération pour dimensionner les installations est celui d'une chute d'aéronef de

¹⁰³ Clyde W. Burlison, *Nuclear Afternoon: True Stories of Atomic Disasters*, New York, Avalon, 2007, pp. 53-84.

¹⁰⁴ Jaya Tiwari, *Vulnerability of US nuclear power plants to terrorist attack and internal sabotage*, Washington D.C., PSR Center for Global Security and Health, 2001.

¹⁰⁵ Sur les hypothèses d'attaque d'installations nucléaires, « Nuclear safety. Nuclear power plants and their fuel as terrorist targets », *Science*, 297 (5589), Sept. 20, 2002, p. 1997-1999; John H. Large, « The Implications of 11 September for the Nuclear Industry », *Disarmament Forum*, May 2003, p. 29-38; « Releasing Radiation. Power Plants and Other Facilities », in Charles D. Ferguson, William C. Potter (eds.), *The Four Faces Of Nuclear Terrorism*, op. cit., p. 190-258; Mark Holt, Anthony Andrews, *Nuclear Power Plants: Vulnerability to Terrorist Attack*, Washington D.C., Congressional Research Service, 2007.

¹⁰⁶ Francis Vitton (chef du département sûreté nucléaire et environnement du SEPTEN à la Division ingénierie et services d'EDF), Jean-Pierre Bai (adjoint au chef de mission sûreté de la direction technique de la Division production nucléaire d'EDF), « Protection des centrales contre les chutes d'avion », *Contrôle*, n° 142 (« La protection contre les risques externes »), Autorité de sûreté nucléaire (ASN), sept. 2001, p. 77.

l'aviation générale¹⁰⁷. Les installations ne sont donc pas conçues pour résister sans dommages à l'impact d'un avion gros porteur, de plus lesté de kérosène, dont la probabilité de chute accidentelle reste toutefois très faible. En cas d'impact, les enceintes de confinement pourraient être sérieusement atteintes et les systèmes de refroidissement détruits, entraînant la surchauffe du cœur du réacteur. Suite à l'accident de Fukushima, l'ASN avait réalisé des évaluations complémentaires de sûreté afin d'identifier les points de faiblesse des centrales françaises¹⁰⁸. Dans le cadre du réexamen de sûreté à l'occasion des visites décennales des réacteurs, l'ASN a préconisé à EDF de poursuivre l'évaluation des risques liés aux chutes d'avions, notamment en prenant en considération les effets induits par la chute de l'aéronef (tels qu'émissions de projectiles, incendie du carburant) et les événements collatéraux (explosion, inondation, effondrement de structures...) ¹⁰⁹.

46. La menace aérienne ne se réduit cependant pas au fait que des terroristes décideraient de précipiter un avion de ligne sur une centrale. Une nouvelle préoccupation émerge aujourd'hui : les drones aggravent-ils le risque terroriste auquel sont confrontées les centrales nucléaires ? En tout état de cause, ils font partie de ces appareils maniables, capables d'investir aisément les endroits les mieux surveillés, dont l'usage ne va pas sans éveiller un début de psychose. On a pu le vérifier en avril dernier au Japon, lorsqu'un drone s'est posé sur le toit des bureaux du Premier ministre et que les enquêteurs ont détecté un faible niveau de radiation émanant d'une boîte en plastique transportée par le drone sur laquelle était indiqué qu'elle contenait des substances radioactives. Les autorités suspectaient la présence de césium. Quelques jours plus tard, le propriétaire du drone s'est livré à la police : ce Japonais de 40 ans voulait manifester son opposition à l'énergie nucléaire en envoyant au Premier ministre du sable provenant de Fukushima¹¹⁰.

¹⁰⁷ La réglementation considère comme représentatifs deux types d'avions civils (un Cessna 210 monomoteur à hélice de 1,5 t. et un Learjet 23 biréacteur de 5,7 t.). Pour les calculs de résistance, ils sont censés percuter à une vitesse de 360 km/h.

¹⁰⁸ ASN, *Rapport sur les évaluations complémentaires de sûreté*, déc. 2011, www.asn.fr/Controler/Evaluations-complementaires-de-surete/Actualites-concernant-les-ECS/Rapport-de-l-ASN-sur-les-evaluations-complementaires-de-surete-ECS.

¹⁰⁹ ASN, « Réexamen de sûreté associé à la troisième visite décennale des réacteurs (VD3 1300). Agressions externes associées aux risques aériens », Lettre CODEP-DCN-2015-000258, 16 janv. 2015.

¹¹⁰ « Un drone légèrement radioactif atterrit sur le toit du bureau du Premier ministre japonais Shinzo Abe à Tokyo », *Le Monde*, 22 avr. 2015.

47. Plus troublant en France, à partir de septembre 2014, une vingtaine de sites abritant des activités nucléaires (centres de production d'électricité, centres de recherche, réacteur en démantèlement de Creys-Malville) ont été survolés sans autorisation par des drones non identifiés. Ces incidents médiatisés posent à nouveau la question de la sécurité des installations sensibles et notamment des centrales nucléaires¹¹¹. L'article L. 6232-2 du code des transports interdit le survol de ces sites dans un périmètre de 5 km et à une altitude inférieure à 1.000 mètres, sous peine d'un an d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende. Il n'en reste pas moins que les aéronefs télé-pilotés constituent un élément de vulnérabilité pour les centrales nucléaires.

48. C'est en particulier ce qu'a démontré, à travers plusieurs hypothèses d'attaque, un rapport confidentiel remis aux autorités françaises fin novembre 2014 par le cabinet de conseils britannique *Large & Associates*¹¹². En phase préparatoire, les drones pourraient être utilisés pour des missions de repérage et de surveillance du site dans le projet de planifier une attaque future. Lors des phases opératoires, ces appareils constitueraient des supports logistiques adaptés pour disperser un gaz toxique neutralisant le personnel de sécurité ou introduire des armes et explosifs pour les livrer à des complices à l'intérieur du site. Une autre option consisterait à lancer, en utilisant un essaim de drones, une offensive sur l'alimentation électrique et les générateurs de secours, rendant impossible le maintien du refroidissement du combustible radioactif au cœur du réacteur¹¹³. Le déclenchement des opérations d'intervention et le soutien apporté par la Force d'action rapide nucléaire (FARN)¹¹⁴ rendent toutefois peu probable la survenance de tels scénarios, mais ils doivent de toute évidence être envisagés et anticipés.

¹¹¹ Bruno Sido et Jean-Yves Le Déaut, *Les drones et la sécurité des installations nucléaires*, rapport n° 267, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 29 janv. 2015, pp. 16-17.

¹¹² John Large, ingénieur consultant britannique spécialiste des systèmes nucléaires, fondateur de *Large & Associates*, est l'auteur d'un rapport sollicité par *Greenpeace* sur le danger du survol des centrales françaises par des drones. Ce rapport a été remis au Premier ministre français, au Ministre de l'Écologie, à l'ASN et à l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN) en novembre 2014. Le contenu de ce rapport étant confidentiel, on se reportera à l'entretien à la presse de J. Large : « Survol de centrales : un expert reconnu s'inquiète », *Le Figaro*, 25 nov. 2014.

¹¹³ Compte rendu de l'audition de John Large devant l'OPECST le 24 nov. 2014, rapport n° 267 préc., pp. 68-69.

¹¹⁴ Muriel Rambour, « Force d'action rapide nucléaire d'EDF et acteurs de la sécurité civile. Attributions et responsabilités », in Bertrand Pauvert *et alii.* (dir.), *Le Droit de la Sécurité et de la Défense en 2014*, PUAM, 2015, p. 238.

49. Lorsque le survol des sites nucléaires français a été porté à la connaissance du public fin 2014, le gouvernement a rappelé les mesures immédiatement prises pour réduire la vulnérabilité des installations, avec le déploiement de forces pré-positionnées pour l'identification, l'interception et la neutralisation des drones¹¹⁵, le renforcement des moyens de protection interne et externe des centrales ainsi que des dispositifs d'enquête¹¹⁶. Les responsables d'EDF se sont voulu rassurants, insistant sur le fait que « *ces survols ne représentent pas un risque nouveau ou supplémentaire* », n'affectant pas les fonctions de sûreté nucléaire¹¹⁷. Ces incidents ont néanmoins relancé le débat parlementaire jusqu'à l'adoption de la loi n° 2015-588 précitée du 2 juin 2015. Son article 2 entend associer les parlementaires aux réflexions du gouvernement en la matière puisque l'exécutif doit remettre au Parlement d'ici le 30 septembre 2015 un rapport d'évaluation des risques et menaces engendrés par les survols illégaux d'aéronefs télé-pilotés. L'objectif est de proposer « *les solutions techniques et capacitaires envisageables afin d'améliorer la détection et la neutralisation de ces appareils, ainsi que les adaptations juridiques nécessaires afin de réprimer de telles infractions* »¹¹⁸.

50. Le terrorisme est une menace globale et non conventionnelle, sans limites géographiques, avec un ou des ennemi(s) sans visage, localisé(s) hors des frontières comme à l'intérieur d'un pays donné, capable(s) de frapper n'importe où et sans distinction. Cette menace renvoie à un phénomène de « *privatisation de la violence* »¹¹⁹, c'est-à-dire à la captation par des groupes privés des moyens d'infliger des destructions létales et durables d'une intensité égale, voire supérieure, à celles qui peuvent être induites par l'engagement des Etats dans des configurations conflictuelles classiques. La dimension nucléaire et

¹¹⁵ Les PSPG ont été autorisés à faire usage, dans un cadre précis, de leurs fusils à pompe pour neutraliser les drones en approche des centrales. Une autorisation qu'un participant à une réunion au Ministère de l'Intérieur décrivait de manière imagée comme « *aller à la chasse au canard* », soulignant le caractère aléatoire de la manœuvre et *in fine* la difficulté à contrer efficacement la menace (« Drones : tir permis à l'approche des centrales nucléaires », *Le Parisien*, 2 nov. 2014).

¹¹⁶ Compte rendu de l'audition du SGDSN, Louis Gautier, devant l'OPECST le 24 nov. 2014, rapport n° 267 préc., p. 17.

¹¹⁷ Compte rendu de l'audition de Philippe Sasseigne, directeur de la division « production nucléaire » d'EDF, devant l'OPECST le 24 nov. 2014, rapport n° 267 préc., p. 27.

¹¹⁸ Ce texte (cf. *supra* note 100) est issu de la proposition de loi n° 1365 visant à renforcer les conditions d'accès aux INB déposée notamment par le député UMP du Loiret Claude de Ganay. Sur le contexte de l'élaboration de la loi et ses dispositions en matière pénale, cf. M. Léger, *op. cit.*, JAC n° 155.

¹¹⁹ Daniel Benjamin, « Le terrorisme en perspective », *op. cit.*, p. 900.

radiologique du terrorisme en est une illustration, disséminant les invisibles radiations d'une force de dissuasion qui, à l'origine, devait être régaliennne. Les dispositifs nationaux et internationaux de renseignements, de sécurisation des matières, de lutte contre le financement des activités terroristes ont pour objet de réduire la probabilité d'une attaque nucléaire ou radiologique, sans pouvoir l'écarter absolument. La quatrième édition du sommet international sur la sécurité nucléaire qui se tiendra en 2016 aux Etats-Unis devra renforcer la capacité à affronter cette menace pour éviter qu'au moment de l'assaut, lorsqu'il n'y aura plus de recours possible ni au droit ni à la loi, ennemis ou alliés, nous ne soyons définitivement tous égaux¹²⁰.

¹²⁰ Pink Floyd, *Two Suns in the Sunset*, 1983 : « *Two suns in the sunset (...) / You have no recourse to the law anymore (...) / Ashes and diamonds, Foe and friend, We were all equal in the end* ».

La guerre contre le terrorisme :

John Yoo, architecte juridique de l'Administration Bush

Ghislain Benhessa

Docteur en droit, Institut de Recherches Carré de Malberg

Chargé d'enseignement à l'Université de Strasbourg

Résumé : À la suite des attentats du 11 septembre 2001, l'Administration Bush a adopté une série de mesures pour faire face à la menace terroriste. John Yoo, membre de l'Office of Legal Counsel, a été l'un des architectes de l'armature juridique nécessaire à la défense de la sécurité nationale. Controversé, connu pour ses positions radicales, le juriste a défendu la dénomination de « guerre contre le terrorisme », ce qui permettait au Président George W. Bush, en qualité de Commander in Chief des armées des États-Unis, d'accroître le champ d'action de l'institution présidentielle. violemment critiqué pour sa défense des interrogatoires coercitifs et son interprétation extensive des pouvoirs de l'exécutif, John Yoo revendique l'héritage des Pères fondateurs et inscrit sa théorie dans la continuité de l'histoire politique et constitutionnelle du pays.

1. Les attentats du 11 septembre 2001 ont profondément choqué les États-Unis. Le pays, épargné par de telles attaques étrangères jusqu'à cette date¹, a subi une onde de choc d'une ampleur sans précédent, qui a durablement marqué les consciences². L'Administration Bush se trouve dès lors plongée dans une situation d'une extrême gravité, contrainte d'adopter les décisions adéquates pour y faire face. Il s'agit de rassurer la population³ et

¹ De nombreux auteurs américains, de sensibilités bien distinctes, mettent l'accent sur le caractère inédit d'une telle frappe : « *There had been terrorist attacks in the continental United States before, but they were homegrown terrorists - like Timothy McVeigh - with domestic grievances* », Waldron Jeremy, *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 1.

² Arthur Herman compare, sur le plan symbolique, les attentats de 2001 avec l'attaque des Japonais dans la baie de Pearl Harbor et l'assassinat de John Fitzgerald Kennedy : « Like Pearl Harbor and the assassination of JFK, 9/11 will be forever etched on the American cultural consciousness », Herman Arthur, « 9/11 in its historical context », in Reuter Dean & Yoo John (dir.), *Confronting Terror. 9/11 and the Future of American National Security*, New York, Encounter Books, 2011, p. 37.

³ Les attentats de 2001 ont donné naissance à un contexte de terreur diffuse, comme le rappelle le rapport parlementaire sur la pratique de la torture : « Il faut se souvenir de la peur qui régnait à la fin de l'année 2001, et du fait que la menace paraissait immédiate. Une semaine seulement après les attaques du 11-Septembre, de la poudre d'anthrax était envoyée à divers médias et à deux sénateurs américains. L'opinion publique était sous le choc de la révélation de ces nouveaux complots terroristes et du relèvement des niveaux d'alerte représentant le risque terroriste », *La CIA et la Torture. Le rapport de la commission sénatoriale américaine sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA*, trad. M. Berrée, L. Bury, C. Coen, A. Forterre-de Monicault, D. Haas, Les Arènes, Paris, 2015, p. 48.

d'adopter les mesures nécessaires à la prévention de nouvelles attaques. Comme le rappelle Diane Feinstein, Présidente de la Commission sur le Programme de détention et d'interrogatoire de la CIA, dont le rapport a été rendu public au mois de décembre 2014 : « *Nous nous attendions à d'autres attentats contre notre pays* »⁴. C'est pourquoi l'Administration Bush choisit d'adopter des dispositifs de grande ampleur, à l'image du célèbre *USA Patriot Act*⁵, qui a cristallisé, à lui seul, l'attention des médias et de la doctrine. En France, la récente loi sur le renseignement a suscité un débat similaire, relatif à la stratégie de surveillance généralisée⁶. Le gouvernement américain a donc immédiatement réagi, dans le cadre de ce que le Président George W. Bush a nommé la *War on Terror*, c'est-à-dire la guerre contre le terrorisme. Pour le chef de l'exécutif, il ne fait aucun doute que les groupes terroristes, tels qu'Al-Qaïda, directement responsable des attaques du 11 septembre, ont déclaré la guerre aux États-Unis. C'est donc sur le terrain de la guerre que la situation doit être appréhendée et l'ennemi combattu⁷.

2. Derrière ce discours politique se cache une armature juridique construite et défendue par des juristes proches, directement ou indirectement, de la Maison Blanche. L'un des plus influents est incontestablement John Yoo, membre de l'*Office of Legal Counsel* entre 2001 et 2003, à présent Professeur à l'Université de Berkeley. Célèbre pour sa participation au *Memorandum* du 1^{er} août 2002 relatif aux méthodes d'interrogatoire pratiquées par la CIA⁸ et pour son interprétation des pouvoirs présidentiels en situation de

⁴ *Ibid.*

⁵ Le *USA Patriot Act* est l'acronyme de la loi anti-terroriste intitulée « *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* », adoptée par le Congrès et signée par le Président des États-Unis, George W. Bush, le 26 oct. 2001.

⁶ À la suite des attentats de Charlie Hebdo, le gouvernement français a immédiatement annoncé la mise en chantier d'une loi sur le renseignement. De nombreux médias ont alors fait référence au *Patriot Act* pour le comparer avec le projet de loi français. V. Follorou Jacques & Johannès Franck, « La tentation d'un "Patriot Act" à la française », *Le Monde*, 12 janv. 2015. Le *New York Times* relaie ces mêmes interrogations, de l'autre côté de l'Atlantique, relatives à la loi française (v. par ex. l'éditorial « The French Surveillance State », *New York Times*, 31 mars 2015).

⁷ « *I know that some people question if America is really in a war at all (...). After the chaos and carnage of September the 11th, it is not enough to serve our enemies with legal papers. The terrorists and their supporters declared war on the United States, and war is what they got* », George W. Bush, Discours sur l'état de l'Union, 20 janv. 2004, cité par Ackerman Bruce, *Before the Next Attack, Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 58.

⁸ Bybee Jay S. (*Assistant Attorney General*), « Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President », Office of Legal Counsel, 1^{er} août 2002.

crise⁹, John Yoo est devenu « *le plus important théoricien de la Constitution du 11 Septembre* », selon les mots de Cass Sunstein¹⁰. L'influence de John Yoo sur la politique de l'Administration républicaine a conduit le *New York Times* à requalifier la Présidence Bush en « Présidence Yoo¹¹ ». Une analyse de la stratégie adoptée à la suite des attaques ne peut donc faire l'économie d'une plongée dans ses écrits. Juriste au sein de l'*Office of Legal Counsel*, un bureau en étroite collaboration avec le département de la Justice, il a développé et défendu vigoureusement les choix juridiques et l'argumentation théorique de l'Administration républicaine¹². De plus, sa proximité avec la « philosophie constitutionnelle » (selon ses propres termes) du Président¹³ explique sa nomination à l'*Office of Legal Counsel*, malgré son très jeune âge et la radicalité de ses positions¹⁴.

3. Depuis son départ de l'OLC, John Yoo a publié plusieurs ouvrages importants, largement commentés par la doctrine américaine. Trois de ses essais, au cours desquels il défend la stratégie de l'Administration républicaine face à la menace terroriste¹⁵, ont particulièrement attiré l'attention. Dans *War by Other Means*¹⁶, le Professeur Yoo défend l'idée que les États-Unis sont en guerre face à un ennemi inédit, une situation qui nécessite

⁹ John Yoo déploie son analyse dans plusieurs articles et ouvrages; not. « The Continuation of Politics by Other Means : The Original Understanding of War Powers », *California Law Review*, vol. 4, n° 2, 1996 ; *Crisis and Command. A History of Executive Power from George Washington to the Present*, New York, Kaplan Publishing, 2011.

¹⁰ Sunstein Cass R., *The 9/11 Constitution*, cité par Alexander Janet C., « John Yoo's War Powers : The Law Review and the World », *California Law Review*, vol. 100, 2012, p. 336.

¹¹ *Ibid.*, p. 337.

¹² John Yoo souligne lui-même sa position : « *C'était mon job*, dit-il. *J'étais le juriste et j'avais un client* », cité dans Lesnes Corine, « États-Unis : le président Obama affronte le piège de la "guerre" antiterroriste », *Le Monde*, 22 janv. 2010.

¹³ « As a deputy to the assistant attorney general in charge of the office, I was a Bush administration appointee who shared its general constitutional philosophy », Yoo John, *War by Other Means. An Insider's Account of the War on Terror*, New York, Atlantic Monthly Press, 2006, p. 19.

¹⁴ De nombreux auteurs se sont émus de voir un juriste aussi jeune exercer des fonctions si éminentes. Il faut d'ailleurs rappeler que John Yoo, au moment de son entrée à l'*Office of Legal Counsel*, âgé d'à peine plus de trente ans. Bruce Ackerman ne cache pas ses doutes, soulignant à la fois la jeunesse et l'extrême radicalité des positions du Professeur de Berkeley : « *How was an untested young academic, with notoriously extreme views, selected to occupy such an important position (...) ?* », Ackerman Bruce, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2010, p. 6.

¹⁵ Pour reprendre les termes de Julian Davis Mortenson : « *In what he calls a "trilogy" of books written since leaving the Office of Legal Counsel (OLC) in 2003, Yoo has made the case that President George W. Bush's counterterrorism efforts were well grounded in both law and policy* », Mortenson Julian Davis, « Executive Power and the Discipline of History », *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, 2011, p. 378.

¹⁶ Yoo John, *War by Other Means*, *op. cit.*

l'adoption de mesures exceptionnelles. Dans *The Powers of War and Peace*¹⁷, il réinterprète les pouvoirs du Président en temps de guerre grâce à sa lecture du texte constitutionnel des États-Unis et de l'intention des Pères fondateurs. Enfin, dans *Crisis and Command*¹⁸, il propose une plongée dans l'histoire du pays, au travers des diverses crises politiques qui ont nécessité l'intervention du Président, en tant que commandant en chef des armées américaines. Parallèlement, dans *Taming Globalization*¹⁹ et *Point of Attack*²⁰, John Yoo décline ses réflexions sur la guerre dans la sphère du droit international. Il défend vigoureusement le principe de souveraineté populaire, dans le premier, et critique notamment l'Organisation des Nations Unies et plus spécifiquement le Conseil de sécurité, dans le second. Ainsi, à travers ses prises de position à l'*Office of Legal Counsel*, puis dans ses ouvrages doctrinaux, John Yoo est l'un des représentants les plus actifs et emblématiques de la doctrine républicaine au lendemain du 11 septembre.

4. Toutefois, pour saisir la portée de ses analyses, il convient de préciser le rôle de l'*Office of Legal Counsel* dans le paysage institutionnel américain. Ce « *bureau d'assistance juridique du département de la Justice* »²¹ a pour mission principale de rendre des avis sur des sujets particulièrement délicats, qui mettent en jeu des compétences concurrentes entre les pouvoirs exécutif et législatif quant à leurs zones d'influence respectives. Le bureau est fréquemment saisi par le Président ou par l'un de ses proches conseillers, comme ce fut le cas à l'occasion de l'avis du 1^{er} août 2002 relatif aux méthodes d'interrogatoires²². L'*OLC*, fondamental dans l'élaboration des décisions du *Chief Executive*, est pourtant peu connu du grand public. Selon Bruce Ackerman, l'*OLC* a servi de point d'ancrage juridique pour le Président dans la guerre contre le terrorisme pour asseoir son autorité de commandant en chef des armées. Plus généralement, ces dernières décennies, les avis de l'*OLC* sont venus

¹⁷ Yoo John, *The Powers of War and Peace. The Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 2005.

¹⁸ Yoo John, *Crisis and Command*, *op. cit.*

¹⁹ Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization : International Law, the U.S Constitution, and the New World Order*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2012.

²⁰ Yoo John, *Point of Attack. Preventive War, International Law and Global Welfare*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

²¹ Selon la traduction française proposée dans le rapport sénatorial sur la détention et la pratique des interrogatoires, *La CIA et la Torture*, *op. cit.*, p. 59.

²² Bybee Jay S. (*Assistant Attorney General*), « Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President », *loc. cit.* L'*OLC* fut saisi par Alberto Gonzales, conseiller juridique de George Bush lorsque ce dernier fut Gouverneur du Texas, puis membre du *White House Counsel* lors de sa présidence. Il fut ensuite nommé *Attorney General* entre 2005 et 2007.

conférer aux interventions présidentielles une assise légale : acquis à sa cause, les juristes de l'OLC sont devenus le bras armé de la Maison Blanche, dans la sphère juridique²³.

5. Étant donné le rôle de l'*Office of Legal Counsel*, conseil juridique de l'exécutif, la nomination de John Yoo en 2001 est logique en raison de son interprétation présidentialiste du texte constitutionnel. Dès 1996, le juriste s'est fait connaître pour son article « The Continuation of Politics by Other Means²⁴ », qui défend l'idée selon laquelle toute situation de crise politique grave réclame l'intervention du Président, en vertu du texte constitutionnel et de l'intention des *Founding Fathers*. Si, avant les attentats de 2001, le Professeur Yoo n'a jamais songé à « dévouer sa carrière » aux problématiques liées à la montée en puissance du terrorisme international²⁵, son interprétation du texte constitutionnel, couplée à son influence grandissante à l'*Office of Legal Counsel*, va faire de lui l'un des juristes emblématiques de la lutte anti-terroriste. Or, la radicalité de ses prises de position ont profondément agité la doctrine, notamment sa défense virulente du lexique de la « guerre contre le terrorisme ». En effet, l'usage de cette sémantique lui permet de défendre la détention indéfinie des combattants capturés ou la pratique des interrogatoires coercitifs, même si sa présentation des interrogatoires dans *War by Other Means* diffère substantiellement du rapport de la commission sénatoriale, pour des raisons probablement liées à l'opacité du fonctionnement de la CIA²⁶. John Yoo défend l'intervention directe de

²³ Bruce Ackerman pointe du doigt la montée en puissance de deux bureaux, le *White House Counsel*, et l'*Office of Legal Counsel*, qui servent, sur un plan juridique, la Maison Blanche. « *Over the past half-century, two new institutions – the Office of Legal Counsel and the White House Counsel – have vastly increased their constitutional authority. When added together, they form an elite professional corps that produces legal opinions of the highest technical quality. Indeed, many of the lawyers in these offices have previously served as law clerks for justices of the Supreme Court – an so it is hardly surprising that their opinions have the same highly polished appearance. There is one big difference : they almost always conclude that the president can do what he wants. Presidents can then publish these respectable-looking opinions to give legal legitimacy to their power grabs – and with a speed that will allow the executive's understanding of the law to shape professional opinion long before the Supreme Court gets a chance to speak. Call this "executive constitutionalism". If the president plays his card rights, he can mix political and legal legitimations into a potent combination that may silence the justices* », *The Decline and Fall of the American Republic*, op. cit. p. 68.

²⁴ « The Continuation of Politics by Other Means : The Original Understanding of War Powers », loc. cit.

²⁵ John Yoo lui-même prétend ne s'être jamais intéressé en profondeur à ces questions avant le début des années 2000 et son passage à l'OLC : « *As an immigrant to this country, I welcomed the opportunity to serve the nation that had so generously allowed to join it, and afterward return to academia to continue working on constitutional and international questions. The last thing I wanted to do was devote my career to the study of the issues surrounding terrorism* », *War by Other Means*, op. cit., p. X.

²⁶ Il semble que l'*Office of Legal Counsel*, au moment de l'élaboration des avis relatifs à la pratique des interrogatoires, ait été induit en erreur par les informations pratiques transmises par la CIA, responsable de la conduite des interrogatoires. Le point 5 du rapport est éloquent : « *La CIA a fourni à plusieurs reprises des*

l'exécutif dans la guerre contre le terrorisme, suivant la ligne tracée par son article de 1996 et poursuivie à l'OLC. Sa défense active du concept de guerre contre le terrorisme (I) n'est finalement que la conséquence d'une lecture constitutionnelle des pouvoirs du président en tant de crise (II).

I. Les États-Unis en guerre contre le terrorisme

A) Sécurité nationale et détention indéfinie des combattants

6. Dans *War by Other Means*, John Yoo revient avec force détails sur les arguments-phares développés par l'OLC après le 11 septembre : le refus de l'application des conventions de Genève aux combattants terroristes ; le recours à l'assassinat ciblé ; l'adoption du *Patriot Act* ; enfin, l'usage des interrogatoires coercitifs à Guantanamo et dans les centres de détention américains établis à l'étranger. L'auteur présente ainsi les fondations juridiques de la politique républicaine et défend le bilan de l'Administration Bush, envers et contre tout.

7. Le point de départ de son analyse est le suivant : les attentats du 11 septembre constituent le déclencheur de la guerre contre le terrorisme. La violence des attaques intime d'accepter ce qu'il considère comme un état de fait²⁷. La force de frappe d'une organisation terroriste telle qu'Al-Qaïda est comparable, voire supérieure, à celle d'une armée régulière si bien qu'il n'y a plus de distinction entre la puissance militaire d'un État et celle d'une organisation terroriste d'une telle envergure. Or, si de tels dommages avaient été le résultat d'actes commis par une armée conventionnelle, aucun doute n'aurait subsisté quant à l'existence ou non d'une situation de guerre²⁸.

informations inexactes au département de la Justice afin d'entraver une véritable analyse juridique de son Programme de détention et d'interrogation », *La CIA et la Torture*, op. cit., p. 59.

²⁷ « *Rhetoric aside, it is perfectly clear that we are now engaged in an international armed conflict with al Qaeda, however much politics may fog the issue* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 13.

²⁸ « *If a nation-state had carried out the same attacks on the same targets, there would have been no question about whether a state of war would have existed* », *ibid.*, p. 4. L'auteur développe cet argument dans plusieurs de ses ouvrages : « *the scope and the intensity of the destruction is one that in the past had only rested within the power of a nation-state* », Yoo John, *The Powers of War and Peace*, op. cit., p. 170.

8. Si John Yoo reconnaît à demi-mots que la formule de *War on Terror* n'était pas la plus adéquate pour appréhender la réalité du conflit, il défend l'usage du lexique de la guerre et conteste l'analyse des opposants, pour qui l'élasticité de la formule donnait à croire que les États-Unis combattait le terrorisme dans sa globalité²⁹. Pour John Yoo, l'expression désignait expressément Al-Qaïda, un groupe dont l'objectif affiché est la destruction des États-Unis. L'expression ne visait donc pas le terrorisme en général, en tant que modalité irrégulière de la guerre, mais renvoyait au combat contre un ennemi concret, désigné, dont les ramifications et les soutiens, tant logistiques que financiers, se sont développés à l'échelle internationale³⁰.

9. De plus, si la terminologie de la guerre s'impose, c'est à cause de la nature même du conflit. En effet, pour le Professeur Yoo, la question n'est pas tant de capturer un combattant ennemi pour le traduire en justice, mais bien d'éviter qu'il ne puisse à nouveau rejoindre le groupe terroriste. Par nature, la lutte anti-terroriste porte sur l'avenir, et c'est pourquoi John Yoo la rattache à la guerre : il ne s'agit pas de condamner un individu, mais d'empêcher qu'il ne participe à une nouvelle attaque. Pour cette raison, le juriste défend le principe de la détention indéfinie :

Once captured, an enemy combatant can be detained until the end of the conflict.

*Combatants have no right to a lawyer or a criminal trial to determine their guilt or innocence under the usual laws of war. They are simply being held to prevent them from returning to the fight*³¹.

²⁹ John Yoo vise l'argumentation défendue par Bruce Ackerman, farouche opposant à l'Administration républicaine dès l'entame de la guerre contre le terrorisme. Pour le Professeur Ackerman, déclarer la « guerre contre le terrorisme » revient à faire la guerre contre une méthode, non contre un ennemi spécifique. « "War on Terror" is, on its face, a preposterous expression. Terrorism is simply the name of a technique : intentional attacks on innocent civilians. But war isn't merely a technical matter : it is a life-and-death struggle against a particular enemy. We made war against Nazi Germany, not against the Blitzkrieg », *Before the Next Attack*, *op. cit.*, p. 13 De même, Richard Posner conteste l'analyse de John Yoo, estimant que l'acte terroriste ne peut être appréhendé ni par le truchement du crime en droit pénal, ni par la terminologie de la guerre. « I argue that the terrorist threat is sui generis – that it fits the legal category neither of "war" nor of "crime". It requires a tailored regime, one that gives terrorist suspects fewer constitutional rights than people suspected of ordinary crimes, though not no rights », *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 11.

³⁰ « The terminology "war on terrorism" causes confusion by suggesting that we are at war with a combat tactic, not a concrete enemy (...). However, the United States is not at war with every terrorist group in the world, or all who employ terrorist tactics, or a social problem, but with al Qaeda », Yoo John, *War by Other Means*, *op. cit.*, p. 13.

³¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

10. Ainsi, la problématique de la détention ne relève pas de la traduction d'individus en justice, avec pour corollaire l'application des règles procédurales, mais de la protection des forces armées et de la sécurité nationale. La situation de guerre impose en priorité de garantir la confidentialité des renseignements recueillis par les autorités à l'occasion de la détention :

*Military detention is also one of our most important sources of intelligence, (...) our most important tool in this war. We will need to know who they are, where they are, who is helping them, and what they are planning, which will require surveillance, interrogation of captured enemy combatants, captured computers and documents, and undercover agents. And we need to maintain secrecy about the means and details of these captures and what we learn from them*³².

11. Si le combattant ennemi devait être jugé, les informations seraient susceptibles d'être débattues publiquement, du fait même de l'application des règles processuelles : le respect des droits de la défense implique l'obligation, pour le défendeur, d'accéder aux pièces du dossier. Une telle contrainte reviendrait à courir le risque de voir ces informations transmises à l'ennemi :

*a. (...) producing such information in open court or in any way in which it might be transmitted to the enemy would compromise military secrecy and make the job of defeating al Qaeda far more difficult*³³.

12. Et, de surcroît, les soldats ou agents impliqués dans la capture et le placement en détention seraient probablement appelés à comparaître pour satisfaire aux obligations procédurales³⁴, les contraignant à quitter le théâtre d'opérations pour discuter devant la justice d'informations confidentielles. L'argumentation syllogistique du Professeur Yoo est simple. Toute guerre réclame l'adoption de mesures exceptionnelles, fondamentalement dérogoires au droit commun. Or, les États-Unis, malgré la spécificité de l'ennemi, sont en

³² *Ibid.*, p. 151.

³³ *Ibid.*, p. 154.

³⁴ « To prove that a detainee is a member of al Qaeda, the soldiers and officers who captured and processed the enemy combatant would have to be recalled from the field to appear in court, and subjected to direct and cross-examination. Detainees would want access to any information about them in the government's possession. (...) Not only would these hearing consume a huge amount of resources and time, they would provide enemy combatants with a treasure trove of U.S. intelligence secrets », *ibid.*, p. 152.

guerre contre le terrorisme (plus précisément Al-Qaïda). En conséquence, il est nécessaire d'adopter tous les moyens utiles à la sécurité nationale et à la protection de la population³⁵.

B) Une guerre du renseignement

13. La détention indéfinie a pour finalité l'obtention d'informations susceptibles d'empêcher une nouvelle attaque. C'est pourquoi John Yoo défend le recours aux *coercive interrogations* (selon les traductions, interrogatoires coercitifs ou renforcés³⁶), seuls capables, selon lui, de briser la volonté des combattants les plus radicaux pour leur dérober des informations de première importance. Son approche se décline dans le *Memorandum* de l'*Office of Legal Counsel* du 1^{er} août 2002, relatif au déroulement des interrogatoires, signé par Jay S. Bybee, *Assistant Attorney General* sous la Présidence de George W. Bush, qui fut déjà l'un des juristes proches des Présidents Reagan et Bush père³⁷.

14. La découverte de ce *Memorandum* a profondément perturbé la communauté internationale, qui découvrait avec stupeur la position du département de la Justice par rapport à la capture des prisonniers en Afghanistan et les conditions de leur détention et interrogatoire. Certains observateurs sont allés jusqu'à parler de *torture team*³⁸, considérant que la plupart des membres du gouvernement cautionnaient, sciemment, les techniques employées par la CIA dans les différents centres³⁹.

³⁵ « *If 9/11 started a war between the United States and al Qaeda, the United States can employ its war powers to kill enemy operatives and their leaders, detain them without Miranda protections, and try them without civilian juries. No doubt these measures seem unusual, even draconian, but the rules of war provide nations with their most forceful tools to defend their people from attack* », *ibid.*, p. 3.

³⁶ C'est ainsi que ces interrogatoires sont désignés dans la traduction française du rapport de la commission sénatoriale sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA, *La CIA et la Torture*, *op. cit.*

³⁷ « *Heading it all was Jay Bybee, a law professor for the University of Nevada, Las Vegas, who has previously served in the Justice Department and the White House counsel's office under Presidents Reagan and Bush, and who would soon become a judge on a federal appeals court in Nevada* », Yoo John, *War by Other Means*, *op. cit.*, pp. 19-20.

³⁸ L'expression court aux États-Unis, mais également en Europe, comme en témoigne un article du Monde en date du 25 avril 2009 qui mentionne John Yoo comme le rédacteur du *Memorandum* d'août 2002 relatif à l'utilisation de la torture. V. not. Corine Lesnes, « Une poignée de juristes au cœur de la polémique », *Le Monde*, 25 avr. 2009.

³⁹ Cette grille de lecture doit toutefois être nuancée. Le rapport de la Commission sénatoriale contredit en partie cette idée, car elle met davantage l'accent sur l'opacité des décisions prises par les agents de la CIA, à tous les échelons de la hiérarchie. Le point 7 du rapport en est l'illustration : « *La CIA a entravé l'efficacité de la supervision de la prises de décision de la Maison Blanche. La CIA a fourni à la Maison Blanche, ainsi qu'aux membres du Conseil national de sécurité et à leurs équipes, d'innombrables informations inexactes et tronquées*

15. John Yoo ne regrette rien de ses prises de position, si ce n'est de n'avoir pas su justifier avec suffisamment de clarté les motivations qui présidaient à l'adoption du *Memorandum*⁴⁰. Le contexte politique, marqué par les attentats, empêchait l'*Office of Legal Counsel* de prévoir les remous suscités par une telle opinion⁴¹. C'est pourquoi John Yoo est revenu par la suite sur cette prise de position : *War by Other Means* met en lumière les enjeux et les problématiques que l'OLC n'avait pas su expliciter au public, lorsqu'il était pris dans la nasse de la guerre. Parce que « *la lutte contre le terrorisme est par essence préventive* »⁴², John Yoo considère qu'il faut tout mettre en œuvre pour obtenir les renseignements susceptibles de garantir la protection du territoire et de la population. Sur ce plan, il place les interrogatoires coercitifs sur le strict plan de leur efficacité, en s'attardant notamment sur les renseignements cruciaux obtenus lors de l'interrogatoire d'Abou Zubaydah à la suite de sa capture au Pakistan. Selon lui, la personnalité et la cruauté du numéro 3 d'Al-Qaïda rendaient impossible la collecte d'informations par des méthodes d'interrogatoires standards⁴³. L'appréhension des interrogatoires doit être délestée de tout jugement d'ordre moral, au profit d'une dimension purement pragmatique : la défense de la sécurité nationale. Pour cette raison, il s'oppose frontalement à l'argumentation de Jeremy Waldron⁴⁴, pour qui ces interrogatoires contreviennent à des principes intangibles, développés originellement afin que l'on ne puisse y déroger, y compris en situation d'instabilité politique ou de crise⁴⁵.

(...). Cela a empêché l'exécutif d'avoir une compréhension précise et complète du Programme, et a donc entravé la supervision et la prise de décision », *La CIA et la Torture*, op. cit., pp. 61-62.

⁴⁰ « *Looking back now, I realize that we did not explain ourselves as clearly as we could have in 2002. I failed to anticipate that the memo would leak and that it would become susceptible to quotations out of context* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 177.

⁴¹ « *The environment of war did not give us the luxury to worry about future perceptions of our work* », *ibid.*, p. 178.

⁴² Colonomos Ariel, *Le Pari de la guerre. Guerre préventive, guerre juste ?*, Paris, Denoël, 2009, pp. 68-69.

⁴³ « *Responsible for training recruits, Zubaydah was an expert at resisting regular interrogation methods. He was said to be in charge of training materials for al Qaeda cells. It was safe to assume that simple questioning and standard mind games (good cop-bad cop) wouldn't work on him* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 166.

⁴⁴ « *NYU law professor Jeremy Waldron, perhaps the leading legal philosopher of his generation (and a former Berkeley colleague of mine), when confronted with the hypothetical of using "excruciating pain" to learn the location of a nuclear bomb in an American city, says, "My own answer to this question is a simple No"* », *ibid.*, p. 187.

⁴⁵ « *We should not rule out in advance the idea that there are certain absolute legal and moral constraints on the way we fight terrorism. Some rights were designated long ago as absolutes precisely because of the temptation to rethink them or relativize them in times of panic, insecurity, and anger* », Waldron Jeremy, *Torture, Terror, and Trade-Offs*, op. cit., p. 11.

16. Par ailleurs, les développements de John Yoo, fondés sur l'efficacité des interrogatoires coercitifs, se heurtent aux révélations faites par la commission sénatoriale. Celle-ci souligne que les informations obtenues par ce truchement, dans le cadre de l'interrogatoire d'Abou Zubaydah, n'étaient pas nouvelles, mais recoupaient des renseignements déjà obtenus auparavant. La commission relativise ainsi leur nécessité et leur efficacité⁴⁶. Si les arguments de John Yoo peuvent sembler inexacts, cela est dû, en partie du moins, à des présentations parcellaires, voire fausses, que la CIA a faites au département de la Justice, lesquelles surévaluaient l'effectivité des interrogatoires coercitifs⁴⁷.

17. Dans leur ouvrage *Terror in the Balance*⁴⁸, Eric A. Posner et Adrian Vermeule pointent précisément du doigt l'un des problèmes essentiels mis en avant par le rapport parlementaire. Si tous deux condamnent, comme John Yoo⁴⁹, une approche morale absolutiste d'une telle question, ils militent principalement pour la procéduralisation des interrogatoires coercitifs, c'est-à-dire leur encadrement par le droit. Ils prônent l'adoption d'un cadre général fixé par le législateur, lequel déterminerait les conditions et le déroulement des interrogatoires renforcés. Il serait possible de fixer, juridiquement, un

⁴⁶ « Son incapacité à livrer des informations sur la prochaine attaque et les terroristes présents sur le sol américain a servi de justification à la CIA pour déclarer qu'il ne "coopérait pas" et qu'il fallait lui appliquer ce qui serait plus tard qualifié de "techniques d'interrogatoire renforcées" afin de le rendre "docile". Abou Zoubaydah ne livra jamais cette information, et les membres de la CIA finirent par conclure qu'elle n'était pas en sa possession », *La CIA et la Torture*, op. cit., p. 99.

⁴⁷ Comme le rapport sénatorial le souligne, « à plusieurs reprises, des membres de la CIA ont identifié des inexactitudes dans les présentations que la CIA faisait de son programme et de son efficacité auprès de l'inspection générale, de la Maison Blanche, du département de la Justice, du Congrès et de l'opinion publique. La CIA n'a cependant pas jugé bon de rectifier ces présentations, qui demeuraient la version officielle », *La CIA et la Torture*, op. cit., p. 73. De ce fait, un certain nombre de méthodes employées n'ont jamais été présentées devant l'OLC. Par exemple, « les directives de janvier 2003 du directeur de la CIA listaient douze "techniques renforcées" (...) sur lesquelles le bureau d'assistance juridique ne s'était pas prononcé », *ibid.*, p. 130. De la même manière, « la direction de la CIA autorise l'arrosage sans que le département de la Justice l'ait approuvé ; cette technique est considérée comme équivalente à la simulation de noyade », *ibid.*, p. 167.

⁴⁸ Posner Eric A. & Vermeule Adrian, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007. À partir d'une lecture utilitariste, les deux auteurs s'attardent sur un certain nombre de problématiques liées à l'état d'urgence, et notamment la lutte anti-terroriste.

⁴⁹ Il faut relever la proximité théorique de ces trois auteurs. John Yoo et Eric Posner ont écrit plusieurs articles à quatre mains, notamment « International Law and the Rise of China », *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, n° 1, printemps 2006. Ils font incontestablement montre d'une sympathie et d'un respect mutuels. Ainsi, même si le Pr. Yoo conteste en partie l'approche d'Eric Posner face à certains aspects du droit international, il admet sa « sympathie » à l'endroit de « l'approche révisionniste » défendue par Eric Posner (v. Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization*, op. cit., pp. 9-10).

modus operandi des interrogatoires, afin d'éviter des abus tels que ceux de la prison d'Abou Ghraib en 2004.

a. *Once coercive interrogation is authorized, officials will, over time, become more and more expert in using it accurately, bureaucratic structures of control will become more fine-tuned and effective, and so on (...) coercive interrogation, according to the cost-benefit calculus, will be more beneficial*⁵⁰.

18. À la lumière du rapport sénatorial, les propositions des deux juristes prennent tout leur sens. En effet, la commission souligne précisément l'incompétence, voire l'amateurisme, des agents de la CIA⁵¹. Si le rapport conteste le recours à de telles pratiques, il pointe surtout du doigt le manque d'organisation et le défaut de supervision qui ont gangrené tous les échelons de la hiérarchie de la CIA. Or, pour les Professeurs Posner et Vermeule, c'est en refusant d'envisager une pratique juridique des interrogatoires que le risque d'un recours abusif se propage, laissant chacun des agents libres d'opérer comme il l'entend. Une loi sur la torture ne saurait être condamnable, si elle borne les comportements particuliers. Une loi « brutale » ne le reste que tant qu'elle n'est pas efficace ; si elle est efficace, elle perd automatiquement son caractère de « brutalité »⁵².

19. Ainsi, par-delà les divergences entre John Yoo et la commission sénatoriale, le juriste de Berkeley développe une approche de la lutte anti-terroriste fondée sur la guerre. C'est sur cette assise qu'il défend la détention indéfinie et le recours aux interrogatoires coercitifs. Les États-Unis sont en guerre contre le terrorisme, et tous les moyens doivent être envisagés pour assurer la défense de la sécurité nationale. Plus largement, sur le plan du droit constitutionnel, l'approche de John Yoo puise sa source dans une lecture présidentialiste de la Constitution, et notamment une interprétation extensive de la *Commander in Chief Clause*.

⁵⁰ Posner Eric A. & Vermeule Adrian, *Terror in the Balance*, op. cit., pp. 202-203.

⁵¹ « Dans le cadre du Programme de détention et d'interrogatoire, de nombreux détenus furent soumis aux techniques renforcées par des interrogateurs inexpérimentés. (...) la CIA ne mit en place la première formation qu'en novembre 2002 », *La CIA et la Torture*, op. cit., p. 167.

⁵² « If we nonetheless tolerate them because they produce some good, or if we define them as nonbrutal precisely because they do more good than harm, their symbolic meaning falls by the wayside, in part because that meaning is qualified: a brutal law that does good no longer expresses brutality in unambiguous form », Posner Eric A. & Vermeule Adrian, *Terror in the Balance*, op. cit., p. 205.

II. La guerre, le domaine présidentiel par nature

A) La gestion des affaires étrangères et de la guerre, une compétence présidentielle

20. Outre l'avis du 1^{er} août 2002 relatif aux techniques d'interrogatoire, le *Memorandum* du 25 septembre 2001, signé par John Yoo lui-même, consacre la primauté de l'exécutif dans la guerre contre le terrorisme, comme le titre l'indique explicitement : « *The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorists and Nations supporting Them, Memorandum Opinion for the Deputy Counsel to the President* »⁵³. En soulignant le pouvoir d'initiative de l'exécutif en situation de guerre, l'avis de l'OLC porte profondément la marque de John Yoo. Or, Ce *Memo*, d'une certaine manière, n'est que la confirmation de l'argumentation déjà développée par le juriste de Berkeley, et largement reprise dans la plupart de ses ouvrages ultérieurs, notamment *Crisis and Command*.

21. En effet, dès 1996⁵⁴, John Yoo focalise son attention sur l'article II, section 2, clause 1 de la Constitution des États-Unis, relatif aux pouvoirs de *Commander in Chief* du Président :

*a. The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States*⁵⁵.

22. Cet article, qui érige le Président en commandant en chef des armées, a fait l'objet de maintes interprétations, sur un plan à la fois historique et théorique, du fait de son invocation récurrente en période de crise. Abraham Lincoln, sur ce plan, a joué un rôle structurant, ayant lui-même procédé à la suspension de l'*Habeas Corpus* durant la guerre de Sécession, au moyen de la *Commander in Chief Clause*. Pour comprendre l'essence des pouvoirs présidentiels, John Yoo s'adosse au sens exact des termes-clés qui irriguent le texte

⁵³ Yoo John (*Deputy Assistant Attorney General*), « *The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorists and Nations supporting Them, Memorandum Opinion for the Deputy Counsel to the President* », Office of Legal Counsel, 25 sept. 2001.

⁵⁴ « *The Continuation of Politics by Other Means : The Original Understanding of War Powers* », *loc. cit.*

⁵⁵ Le texte complet est le suivant : « *The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States ; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except in Cases of Impeachment* ».

constitutionnel, replacés dans le contexte de leur invocation, et à l'intention exacte des Pères fondateurs⁵⁶. S'inscrivant également dans la droite ligne des travaux de l'historien Clinton Rossiter⁵⁷, John Yoo s'attarde sur les débats de la Convention de Philadelphie, notamment sur les propos d'Alexander Hamilton⁵⁸, pour en déduire l'idée que les constituants ont dès l'origine mis l'accent sur l'institution présidentielle. Rossiter, en son temps, avait déjà souligné combien l'exécutif avait concentré tous les regards, d'autant plus que George Washington a porté la fonction présidentielle à son incandescence⁵⁹.

23. De plus, sur le terrain des affaires étrangères, John Yoo rejette les analyses les plus courantes. Il conteste que ce soit au Congrès de prendre les décisions essentielles dans ce domaine, car l'architecture constitutionnelle fait preuve d'une flexibilité qui permet à l'exécutif d'assumer le premier rôle dans le domaine des affaires étrangères⁶⁰ et de procéder à l'interprétation du droit international⁶¹. Le Président, dont le pouvoir est concentré, est le mieux armé pour décider des relations étrangères, qui nécessitent discrétion, confidentialité

⁵⁶ John Yoo revendique son appartenance à ce courant dans l'essai coécrit avec Julian Ku : « *A different approach is sometimes held out by originalists, who look to the understanding of the Constitution's text at the time of its ratification. Both of us, at times, have written in this vein* », Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization*, op. cit., p. 9 La démarche du juriste est d'ailleurs critiquée, dans la mesure où il prétend avoir défini le véritable sens du texte constitutionnel. « *In Yoo's vision, the "original understanding" is the true and unchanging meaning of the Constitution* », Alexander Janet C., « John Yoo's War Powers : The Law Review and the World », loc. cit., p. 338.

⁵⁷ Rossiter Clinton, *The American Presidency* (1956), Baltimore/London, The Johns Hopkins University Press, 1987.

⁵⁸ Or, comme l'a souligné Clement Fatovic, la pensée de Hamilton à propos de la Présidence était marquée par la capacité de l'exécutif à réagir dans le temps immédiat de l'urgence. « *Political imperatives frequently demand immediate action and leave little or no time for extensive reflection or deliberation of the kind rightly expected and required from the legislature and the judiciary. Expediency, decisiveness, and dispatch – the hallmarks of executive power – are central to this aspect of the president's time frame* », Clement Fatovic, *Outside the Law. Emergency and Executive Power*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2009, p. 214.

⁵⁹ « *He was to be ceremonial head of the nation, a republican king with the prerogative of mercy, and he was to lead the government in its foreign relations, wether peaceful or hostile (...) The President was to be a strong, dignified, nonpolitical chief of state and government. In two words, he was to be George Washington* », Rossiter Clinton, *The American Presidency*, op. cit., p. 67

⁶⁰ John Yoo souligne à de multiples reprises la flexibilité du texte constitutionnel quant à la conduite des affaires étrangères. Si cette problématique innerve *The Powers of War and Peace*, elle se retrouve dans *Taming Globalization* : « *At the same time, the Framers believed that foreign affairs demanded a more flexible process that relied more on presidential leadership, given its functional advantages in acting with speed, decision, and dispatch* », Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization*, op. cit., p. 10.

⁶¹ Pour le juriste, cette compétence est assise sur la légitimité démocratique de la fonction présidentielle : « *Rather than executive overreaching, presidential ability to interpret customary international law advances important democratic value and has been blessed by the courts. By recognizing the Executive's authority to interpret international law, our constitutional system can ensure that international rules take no effect until an elected and accountable branch of the government has decided to implement them* », *ibid.*, p. 117.

et rapidité. C'est en ce sens que John Yoo consacre la déférence du pouvoir judiciaire, mais aussi du Congrès, à l'égard de l'exécutif :

*Constitution, laws, custom, the practice of other nations, and the logic of history have combined to place the President in a dominant position. Secrecy, dispatch, unity, continuity, and access to information – the ingredients of successful diplomacy – are properties of his office, and Congress, I need hardly add, possesses none of them*⁶².

24. De plus, le juriste propose une relecture de la déclaration de guerre. La plupart des auteurs s'accordent à dire que cette compétence relève du Congrès, dans la mesure où la Constitution lui accorde expressément cette faculté. Pour le Professeur de Berkeley, l'expression "*to declare war*", à l'époque de l'élaboration de la Constitution, avait une signification formelle : "*to declare*" signifiait alors "clarifier", "porter formellement à la connaissance". Si les constituants avaient souhaité confier au Congrès la compétence de déclarer la guerre, ils auraient pu utiliser l'expression "*to engage war*", plus proche de ce qu'on entend aujourd'hui par "déclaration de guerre"⁶³. Par voie de conséquence, le rôle du Congrès n'est pas tant de déclarer la guerre que de faire reconnaître son existence par un acte juridique, et le pouvoir d'initiative relève de la Maison Blanche. Sous la plume du juriste, le pouvoir du Congrès n'est donc pas celui d'entamer les hostilités mais de sanctionner, en aval, les décisions prises par le Président, en refusant par exemple de voter les crédits nécessaires à la poursuite des opérations militaires entreprises⁶⁴.

25. Pour John Yoo, il revient donc au Président de prendre l'initiative de la guerre, car il est le seul à même pour le faire, d'un point de vue à la fois structurel et constitutionnel. Le

⁶² Yoo John, *The Powers of War and Peace*, op. cit., p. 12.

⁶³ « *It is apparent that Congress's power to "declare war" is not synonymous with the power to begin military hostilities (...) At the time of the constitution's ratification, "declare" carried a distinct and separate meaning from "levy", "engage", "make", or "commence". Samuel Johnson's English dictionary (perhaps the definitive dictionary at the time of the framing) defined "declare" as "to clear, to free from obscurity"; "to make known" (...) "to publish" (...) This definition suggests that declaring war recognized a state of affairs – clarifying the legal status of the nation's relationship with another country – rather than authorized the creation of the state of affairs* », *ibid.*, pp. 144-145.

⁶⁴ John Yoo reconnaît ainsi au Congrès un pouvoir de *funding*, c'est-à-dire qu'il lui revient d'assumer le soutien financier de la guerre. C'est par ce prisme qu'il peut manifester un éventuel désaccord avec la politique de l'exécutif.

Memorandum du 25 septembre 2001 relatif aux pouvoirs du Président dans la guerre contre le terrorisme n'est ainsi que la concrétisation pratique de ses propositions théoriques⁶⁵.

B) L'invocation de la *Commander in Chief Clause* dans la guerre contre le terrorisme

26. Pour le Professeur de Berkeley, l'invocation de la *Commander in Chief Clause* par le Président George W. Bush n'est que la confirmation d'une tendance profondément ancrée dans l'histoire du pays. D'Abraham Lincoln à Harry Truman, en passant par George Washington, la plupart des Présidents ont trouvé dans cette clause un appui juridique pour adopter les décisions imposées par les circonstances. Le juriste ne prétend donc pas révolutionner le droit constitutionnel américain, mais replacer l'action du Président républicain dans la continuité de l'histoire politico-constitutionnelle des États-Unis⁶⁶.

27. Il assoit notamment son analyse sur la Présidence d'Abraham Lincoln, confronté à la guerre de Sécession. Dans ce cadre, l'invocation de la *Commander in Chief Clause* a joué un double rôle : elle a permis au Président de prendre les décisions stratégiques dans le cadre de la guerre contre les Confédérés, mais également d'abolir l'esclavage et enfin d'assurer la reconstruction du pays à l'issue du conflit⁶⁷. Le texte constitutionnel octroie donc les compétences nécessaires au Président pour faire face à la situation de crise. De ce fait, la *Commander in Chief Clause* dépasse le cadre militaire : elle permet à la Maison Blanche de prendre en charge les différentes modalités ou conséquences qu'une situation de crise peut revêtir.

28. De surcroît, confronté à la menace sécessionniste, Lincoln décide de suspendre le *writ d'habeas corpus* pour que les ennemis du régime ne puissent en bénéficier. Or, bien que cette suspension soit théoriquement du ressort du Congrès (comme l'article I de la

⁶⁵ « On September 25, 2001, I signed an OLC opinion issued to the White House which concluded that a foreign attack had occurred on September 11, the United States was at war, and President Bush had full constitutional authority to launch attacks to destroy the enemy. President Bush had the power not only to retaliate against any person, organization, or state suspected of involvement in terrorist attacks on the United States, but also against foreign states suspected of harboring or supporting such organizations », Yoo John, *War by Other Means*, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁶ C'est précisément l'objet de son ouvrage *Crisis and Command*, *op. cit.*

⁶⁷ « Lincoln understood that the Constitution empowered him to do much more than issue a polite invitation that the South return home », Yoo John, *Crisis and Command*, *op. cit.*, p. 206.

Constitution le souligne expressément), Lincoln propose une interprétation du texte constitutionnel qui lui permet de procéder à une telle suspension : si elle relève théoriquement du Congrès, il revient au Président, en tant que *Commander in Chief*, de prendre les mesures imposées par la crise, y compris en empiétant sur le domaine de compétences du législateur. Les constituants n'ont selon lui certainement pas voulu que la survie de l'Union soit dépendante de la réunion du Congrès⁶⁸.

29. Or, John Yoo dresse un parallèle entre la guerre de Sécession et la guerre contre le terrorisme. Les combattants auxquels le régime se trouve confronté souhaitent la destruction de l'ordre politique, et c'est précisément pour cette raison qu'ils ne peuvent bénéficier des avantages procéduraux habituels. La détention des ennemis ne repose plus sur leur culpabilité présumée, mais sur le fait qu'ils constituent une menace potentielle pour la sécurité nationale⁶⁹. John Yoo compare, en creux, la suspension du *writ d'habeas corpus* à la décision présidentielle de refuser l'application des Conventions de Genève aux combattants terroristes, conformément au *Memorandum* rendu par l'OLC le 22 janvier 2002⁷⁰. La *Commander in Chief Clause* doit permettre au Président d'adopter toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection du territoire, y compris lorsqu'elles entrent en contradiction avec d'autres prescriptions du texte constitutionnel.

30. C'est sur ce fondement que John Yoo défend la compétence présidentielle de refuser l'application des Conventions de Genève aux combattants terroristes et ainsi de permettre leur interrogatoire dans les centres de détention. Si la clause de *Commander in Chief* a permis au Président d'intervenir dans des crises aux modalités multiples⁷¹, c'est précisément parce qu'elle constitue le dispositif idoine pour répondre à une situation d'urgence, en vertu

⁶⁸ « *As the provision was plainly made for a dangerous emergency (...) it cannot be believed the framers of the instrument intended, that in every case, the danger should run its course, until Congress could be called together* », Abraham Lincoln, cité par Yoo John, *ibid.*, p. 227.

⁶⁹ « *The normal process of law could not handle the unique nature of the rebellion. Confederate leaders, for example, were being detained not because they were guilty of a crime, but because their release would pose a future threat to the safety of the country* », *ibid.*, pp. 225-226.

⁷⁰ Bybee Jay S. (*Assistant Attorney General*), « Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, and William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense », Office of Legal Counsel, 22 janv. 2002.

⁷¹ Dans *Crisis and Command*, John Yoo souligne combien la clause a été invoquée dans des crises de différentes natures, qu'elles soient militaires (notamment la Première et la Seconde Guerre mondiale) ou économiques (l'élaboration du *New Deal* sous la Présidence de Roosevelt ou la crise des *subprimes* sous la Présidence de George W. Bush).

de l'histoire constitutionnelle des États-Unis. La déclaration de guerre contre le terrorisme, l'intervention directe du Président dans la stratégie adoptée, la déférence du Congrès et des tribunaux, ne sont finalement que la conséquence d'un axiome qui, aux yeux de John Yoo, constitue le fil d'Ariane des pouvoirs d'urgence aux États-Unis, suivant la célèbre formule de Rossiter :

a. The constitutional, presidential pattern of government has made crisis rule more difficult, and it has singled out the chief executive as the chief instrument of crisis authority⁷².

⁷² Rossiter Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948, p. 211.

Lutte contre le terrorisme et protection effective des données à caractère personnel : une conciliation délicate

Vincent BOUHIER

Maître de conférences HDR en droit public, Université d'Evry-Val d'Essonne, Université de Paris-Saclay

Centre de recherche Léon Duguit (EA 4107)

Résumé : *La protection des données à caractère personnel est inégalement abordée par le droit de l'Union européenne au moment de l'élaboration des normes ayant pour objet direct ou indirect de lutter contre le terrorisme. L'appréhension demeure très abstraite pour les dispositions internes, la Commission et le Conseil privilégiant les impératifs de sécurité. En revanche, sous l'influence déterminante du Parlement européen, les accords internationaux envisagent plus concrètement la protection de ce droit. Si à l'avenir un renforcement de la protection peut être espéré, lors de l'élaboration de toutes les dispositions de l'Union, avec l'intervention plus systématique du Parlement, cet effort restera insuffisant sans l'insertion de mécanismes de contrôle appropriés, une fois les textes entrés en vigueur. Aujourd'hui, seul le contrôle des actes de portée générale par la Cour de justice de l'Union européenne apparaît effectif.*

1. La multiplication des actes de l'Union européenne consacrés directement ou indirectement au terrorisme démontre que la lutte contre le terrorisme n'a pas seulement une dimension étatique, mais également une dimension européenne et même internationale¹. Il est vrai que le terrorisme s'affranchit des frontières tant dans sa préparation que dans ses actes. Les terroristes usent pleinement des capacités de mobilité qu'offre l'Union européenne et notamment l'espace Schengen, au sein duquel le contrôle systématique aux frontières a été aboli pour les États y participant².

2. Dans cette perspective, il est apparu opportun aux États membres de confier certaines de leurs compétences à l'Union, dans le cadre de la coopération policière et judiciaire, afin de lutter plus efficacement contre le terrorisme, l'approche nationale s'avérant insuffisante³. Il s'agit aujourd'hui de faire face à un terrorisme plus diffus, plus

¹ Conseil de l'Union européenne, Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme, Bruxelles, 30 nov. 2005, 14469/4/05/REV 4, p. 7.

² Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239, 22 sept. 2000, p. 19

³ Cons ; 9, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JOCE L 164, 22 juin 2002, p. 4.

difficilement décelable, en raison des moyens de communication utilisés, et reposant davantage sur des passages à l'acte individuel, qui exige de recueillir de nombreuses informations au moins à des fins de prévention. L'exigence de résultats a nécessité tout d'abord de retenir une définition commune, posée dans la décision-cadre du 13 juin 2002⁴ et modifiée en 2008 pour élargir le contenu, impliquant de mieux contrôler internet pour identifier les hypothèses de provocation publique à commettre une infraction terroriste⁵. Ensuite, l'Union a été le support de stratégie, de programme⁶ intégrant la création de nouveaux instruments ou l'interconnexion d'instruments préexistants au niveau national, principalement en matière de collecte et d'analyse d'informations.

3. La lutte contre le terrorisme à l'échelle de l'Union n'est pas nouvelle, elle s'est simplement amplifiée au fur et à mesure que d'importants actes terroristes se déroulaient dans les États occidentaux. Les premiers textes relatifs à la question du terrorisme ont été adoptés dans le courant des années quatre-vingt-dix. Cependant l'adoption d'actes contraignants va réellement débiter après les attentats du 11 septembre 2001, connaissant une croissance constante en raison de l'insertion de fondements juridiques tant dans le Traité de Nice que dans le Traité de Lisbonne⁷. Au-delà des actes contraignants, de nombreuses communications ont été adoptées par la Commission à la suite de conclusions du Conseil européen, exigeant de renforcer l'arsenal en matière de lutte contre le terrorisme. Si des textes visent directement et exclusivement la lutte contre le terrorisme, d'autres textes ne l'abordent qu'indirectement, parmi les objectifs pouvant être dévolus à la proposition initiale⁸. Les textes sont en conséquence multiples, de nature et de contenus très différents, rendant difficile une appréhension exhaustive du terrorisme par l'Union européenne.

⁴ *Idem*, art. 1, § 1, p. 4.

⁵ Article 3 de la décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 nov. 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JOUE L 330, 9 déc. 2008, p. 21.

⁶ Notamment la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le programme européen en matière de sécurité, Strasbourg, 28 avr. 2015, COM(2015) 185 final, p.1-24.

⁷ Sur ce point, v. Josiane Auvret-Finck, « Le cadre juridique de référence de la lutte contre le terrorisme », in J. Auvret-Finck (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme. Etat des lieux et perspective*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 17 et s.

⁸ Dir. 2006/24/CE du Parlement et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications et modifiant la dir. 2002/58/CE, JOUE L 105, 13 avr. 2006, p. 54.

4. Les échanges d'information constituent un axe essentiel de la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne. En se référant à sa stratégie visant à lutter contre le terrorisme⁹, il est possible de constater que l'accès et l'échange d'informations irriguent les facettes de cette lutte. En effet si l'Union a défini une stratégie se décomposant en quatre domaines d'action, la prévention, la protection, la poursuite et la réaction¹⁰, il est nécessaire à chaque fois de recourir à l'échange d'informations entre services des États membres, mais également parfois avec les États tiers. C'est ainsi que les institutions n'ont pas toujours été à l'origine des textes, les États membres ayant parfois anticipé les moyens d'actions par des traités bilatéraux qui ont été ensuite repris par l'Union¹¹. Cette voie a permis de répondre plus rapidement aux exigences de sécurité, sans passer par les méandres des procédures de l'Union¹². Si elle concentre la plupart de ses actes sur les informations domestiques¹³, c'est-à-dire celles détenues par les États membres ou les organismes de l'Union, des accords avec les pays tiers ont également été négociés et adoptés parfois dans la douleur. C'est le cas de l'accord SWIFT¹⁴ et des accords PNR (*Passenger name record*)¹⁵.

5. La volonté de lutter efficacement contre le terrorisme s'accompagne au sein de l'Union européenne d'une autre préoccupation, celle du respect des droits fondamentaux.

⁹ Conseil de l'Union européenne, *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme*, Bruxelles, 30 nov. 2005, 14469/4/05/REV 4, p. 1-45

¹⁰ *Idem*, p. 3

¹¹ C'est le cas notamment du Traité de Prüm, signé le 27 mai 2005, dont l'objet était d'approfondir la coopération transfrontalière entre les autorités policières et judiciaires des pays de l'Union notamment par la création de fichiers nationaux d'ADN. Ce traité a ensuite été intégré dans l'ordre juridique de l'Union par une décision du Conseil. Décision du Conseil 2008/615/JAI du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JOUE L 210, 6 août 2008, p. 1.

¹² Sophie Perez et Thierry Thibaud, « Les instruments de lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne », dans J. Auvret-Finck (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme. Etat des lieux et perspective*, *op. cit.*, p. 98.

¹³ Par exemple, la décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 sept. 2005 relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions de terrorisme, JOUE L 253, 29 sept. 2005, p. 22.

¹⁴ Décision 2010/412/UE du Conseil du 13 juil. 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, JOUE L 195, 27 juil. 2010, p. 3.

¹⁵ Décision 2012/472/UE du Conseil du 26 avr. 2012 relative à la conclusion de l'accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure JOUE L 215 du 11 août 2012, p. 4. Marie-Françoise Labouz, « Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les États-Unis », in Emmanuelle Saulnier-Cassia, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 265-275.

Cette exigence est affirmée dès la décision-cadre de 2002¹⁶. Ainsi, la lutte contre le terrorisme ne situe pas en marge des autres domaines d'intervention de l'Union. Il y a une soumission pleine et entière à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, précisant qu'elle « est fondée sur les valeurs de respect, de dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union a concrétisé plus largement cet attachement, en devenant contraignant conformément à l'article 6, paragraphe 1 TUE issu du Traité de Lisbonne. Toutefois, l'articulation entre le respect des droits fondamentaux et la lutte contre le terrorisme n'apparaît pas toujours avec évidence. Il existe une tension entre la protection des libertés individuelles et les impératifs sécuritaires¹⁷. Les exigences de transparence, de contrôle démocratique, plus largement le principe de l'État de droit, ne s'affirment pas toujours comme des préoccupations prioritaires, l'efficacité étant privilégiée. Or toute contrainte posée à la collecte et à l'accès à l'information est conçue comme contreproductive et source d'impuissance. A cet égard, la Cour de justice a déjà dû à plusieurs reprises s'employer pour imposer le respect de certains droits. L'arrêt Kadi¹⁸ est sans doute le contentieux le plus emblématique, mais d'autres affaires méritent tout autant une attention parce qu'elles ont mis l'accent sur d'autres droits plus fragiles, dont le droit à la protection des données à caractère personnel¹⁹. Il est vrai que les droits de la défense focalisent souvent l'attention en matière de droits fondamentaux, étant donné que le terrorisme conduit à des régimes d'exception²⁰. Le droit à la protection des données à caractère personnel entre ainsi en contradiction avec la collecte, l'échange d'informations, la constitution de fichiers ou encore la surveillance des données générées par les communications électroniques nécessaires à la lutte contre le terrorisme mais également contre d'autres comportements criminels. Au regard de la volonté affichée par l'Union en matière de respect des droits fondamentaux, ce droit devrait être effectivement protégé. Les différents textes adoptés par l'Union reprennent d'ailleurs cette exigence de

¹⁶ Art. 1, § 2 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, préc., p. 4.

¹⁷ En ce sens Maurice Weyembergh, « Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème », in Emmanuelle Bribosia et Anne Weyembergh (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, droit et justice*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 11-35.

¹⁸ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi al Barakaat*, aff. Jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

¹⁹ CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for communication, Marine and Natural ressources et autres, Kärntner Landesregierung*, C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

²⁰ CJUE, 4 juin 2013, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, C-300/11, ECLI:EU:C:2013:363; CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi al Barakaat*, précité.

respect des droits fondamentaux, sans toujours viser le droit à la protection des données à caractère personnel. Malgré cette omission, cette protection est une préoccupation constante, voire omniprésente, au stade de l'élaboration de toutes les dispositions visant à l'échange d'information (I). Néanmoins, une fois ces dispositions adoptées et entrées en vigueur, la protection effective de ce droit est partielle (II).

I. Une protection des données à caractère personnel recherchée au moment de l'élaboration de la norme

6. La protection des données à caractère personnel transparaît au moment de l'élaboration de la norme, mais de manière relativement abstraite dans les normes destinées uniquement à un usage au sein de l'Union européenne (A). En revanche, la pression est nettement plus prononcée pour le respect de ce droit dans les accords internationaux sous l'impulsion du Parlement européen (B).

A) Une appréhension abstraite de la protection des données à caractère personnel dans les normes internes à l'Union

7. L'examen des différents textes, qu'ils visent directement ou non à lutter contre le terrorisme, démontre que les droits fondamentaux sont envisagés dès lors qu'il est question de collecte, de stockage, d'établissement de fichiers ou d'échanges d'informations. Ce souci est intégré dans tous les textes qu'ils soient ou non contraignants²¹. Il s'agit d'une exigence récurrente, écartant toute idée d'un régime d'exception. Les droits fondamentaux sont présentés comme constituant un fondement de la politique de sécurité²². Des précautions sont même prises pour affirmer cet équilibre. C'est ainsi que la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme précise que « *rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des droits ou*

²¹ Rapport annuel de l'UE sur les droits de l'homme 2008, 14146/2/08REV 2, 27 nov. 2008, p. 80.

²² Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre, 22 nov. 2010, COM (2010) 673 final, p. 3.

libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association, ou d'expression... »²³.

8. La référence à la question des droits fondamentaux est abordée de manière générale dans les considérants des actes contraignants de l'Union en lien avec la lutte contre le terrorisme²⁴. Cependant une référence plus précise à certains droits peut être effectuée, notamment « *au respect de la vie privée et des communications des citoyens et à la protection des données à caractère personnel* »²⁵. La présence de considérants, pour rassurante qu'elle puisse être, n'est pas satisfaisante puisqu'ils sont en réalité isolés. Il n'existe pas disposition contraignante pendant précisant les conditions permettant de garantir concrètement ce droit, ne serait-ce que sous la forme d'un droit de rectification ou d'effacement. Il y a une ambiguïté sur la portée de cette protection qui s'avère en réalité uniquement abstraite, en l'absence de réelles prescriptions.

9. Ce droit est confronté à la logique de fond des institutions comme des États membres qui visent prioritairement à établir une politique de sécurité publique et de sûreté de l'État plus efficace. L'ensemble des dispositions est consacré à garantir un meilleur accès en masse et en temps réels. La protection des données est très largement accessoire. Ceci est renforcé par le contenu même des textes de l'Union qui ne sont que peu précis sur les données devant être conservées ? Par qui peuvent-elles être consultées ? Dans quelles conditions peuvent-elles être consultées ? De même si des organes de contrôle sont créés, ils ont pour mission de vérifier la bonne application des dispositions par les autorités, sans pour autant pouvoir être saisis par les citoyens contre d'éventuels abus.

10. Cette atteinte est aujourd'hui potentiellement de grande ampleur au regard de la multiplication des fichiers existants auxquels de nombreuses autorités peuvent avoir accès²⁶. Parmi les fichiers les plus importants, il y a le Système d'information Schengen, deuxième

²³ Considérant 10 de la décision-cadre du 13 juin 2002, préc.

²⁴ Cons. 22 de la dir. 2006/24, préc. et cons. 7 de la décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 sept. 2005 relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes, JOUE L 253, 29 sept. 2005, p. 22.

²⁵ Cons. 22, dir. 2006/24, préc.

²⁶ Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Présentation générale de la gestion de l'information dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, Bruxelles, 20 juil. 2010, COM(2010) 385 final, 67 p.

génération (SIS II), qui est un instrument de partage d'informations accessibles aux autorités nationales, alimenté par ces mêmes autorités et Interpol, sans véritable contrôle sur le bien-fondé de l'inscription²⁷. S'ajoute le fichier instauré par le Traité de Prüm, qui concerne la comparaison automatisée d'ADN²⁸, mais également le système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS), le système d'index européen des registres de la police (EPRIS), l'environnement commun de partage de l'information en matière maritime (CISE). Il doit également être fait état de la base de données européenne sur les bombes (EBDS), du système d'information Europol (SIE), qui peut faire l'objet d'échanges de données avec d'autres fichiers d'analyse (IS)²⁹ et du fichier sur les visas de courte durée (VIS)³⁰. Il s'agit là d'une partie seulement des fichiers existants. Cette multiplication des supports juridiques traduit une approche sécuritaire, tout à fait légitime. Toutefois, l'éclatement des données, alimentées et consultées au regard de règles souvent distinctes, gérées par des personnes publiques différentes, ne permet pas d'appréhender la protection des données autrement que de manière très générale.

11. Il convient de préciser qu'une évolution se dessine au regard d'une communication de la Commission sur le programme européen en matière de sécurité datant du 28 avril 2015³¹. La Commission a en effet rappelé qu'il fallait veiller au respect absolu des droits fondamentaux, l'apparition du terme "absolu" est la marque d'une exigence plus élevée, exprimant également que le respect n'était sans doute pas suffisant jusque-là. La Commission insiste plus particulièrement sur la protection des données personnelles en précisant que « *l'incidence de toute nouvelle initiative sur la libre circulation et la protection des données à caractère personnel doit être parfaitement conforme au principe de*

²⁷ Règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement et du Conseil du 20 déc. 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JOUE L 381, 28 déc. 2006, p. 4.

²⁸ Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JOUE L 210, 6 août 2008, p. 1 et décision 2008/616/JAI du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JOUE L 210, 6 août 2008, p. 12.

²⁹ Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 nov. 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JOUE L 350, 30 déc. 2008, p. 50

³⁰ Régl. n° 767/2008 du Parlement et du Conseil du 9 juil. 2008 concernant le système d'information sur les visas, JOUE L 218, 13 août 2008, p. 60.

³¹ Communication de la Commission, Le programme européen en matière de sécurité, préc.

proportionnalité et aux droits fondamentaux »³². Cette conversion de la Commission se fait sous l'influence de la Cour de justice, mais elle est intéressante en ce qu'elle oblige à intégrer des éléments de régulation et de contrôle pour accéder aux données au sein même des dispositions européennes et à ne pas renvoyer aux États membres le soin de décider du degré de protection. Cette ambition de la Commission correspond aux exigences en vigueur dans les échanges d'informations avec les pays tiers, lorsqu'un accord est adopté.

B) Une appréhension concrète de la protection des données à caractère personnel dans les accords internationaux

12. La lutte contre le terrorisme passe également par la conclusion d'accords internationaux, notamment afin de pouvoir échanger des informations, étant donné que les terroristes font fi des frontières. Les États-Unis sont notamment particulièrement demandeurs d'accès à des informations pouvant être collectées au sein de l'Union européenne, mais ce ne sont pas les seuls, le Canada³³ ou l'Australie³⁴ pouvant être également cités. La logique aurait voulu que de tels accords soient adoptés sans grande difficulté, les institutions et les États membres ayant progressivement fait le choix en faveur de la collecte, du stockage et d'un accès toujours plus conséquent aux informations.

13. Ce n'est pas la situation qui a prévalu, l'adoption de tels accords ayant été freinée par le Parlement européen. Depuis le Traité de Lisbonne, l'article 218, paragraphe 6, point a) TFUE attribue davantage de pouvoirs au Parlement européen dans le domaine des relations extérieures de l'Union, en insérant une procédure d'avis conforme, chaque fois qu'un accord intervient dans un domaine où la procédure législative ordinaire s'applique. En conséquence, le Parlement dispose de la faculté de rejeter la conclusion d'un accord. C'est notamment l'hypothèse de l'article 87, paragraphe 2 qui vise l'adoption de mesures sur la collecte, le stockage, le traitement, l'analyse et l'échange d'informations pertinentes. Cette situation

³² *Idem*, p. 3

³³ Résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur le lancement des négociations sur les accords relatifs aux données des passagers aériens (PNR) avec les États-Unis, l'Australie et le Canada, JOUE C 81^E, 15 mars 2011, p. 70.

³⁴ Décision 2012/381/UE du Conseil du 13 déc. 2011 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au service australien des douanes et de la protection des frontières, JOUE L 186, 14 juil. 2012, p. 3.

s'est produite le 11 février 2010 à l'égard de la proposition de la décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord intérimaire entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme³⁵ (dit accord SWIFT³⁶). Cet accord venait en réalité légaliser une pratique en cours depuis 2001, les Etats-Unis exploitant secrètement les données bancaires. Pour le Parlement européen, l'accord posait des difficultés en raison du volume de données à transmettre, sans que celles-ci puissent être corrigées ultérieurement par des mécanismes de surveillance ou de contrôle. En outre, le transfert des données n'était pas limité dans le temps et ne nécessitait pas l'intervention d'une autorité judiciaire. Enfin, l'accord ne limitait pas clairement le transfert aux seuls Etats-Unis, cet Etat pouvant éventuellement transmettre les données à des pays tiers. Selon le Parlement, cet accord ne garantissait pas « *aux citoyens européens et aux entreprises européennes les mêmes droits et garanties au titre de la législation américaine que ceux dont ils bénéficieraient sur le territoire de l'UE* »³⁷.

14. Face à cette position ferme et nécessairement insurmontable en raison de l'avis conforme, les institutions européennes ont été obligées de négocier un nouvel accord, nécessitant de prendre en considération concrètement la problématique de la protection des données à caractère personnel. Il a ainsi été introduit plusieurs dispositions afin de remédier aux insuffisances du texte initial, notamment en faisant d'Europol un organe de contrôle des demandes émanant du Trésor américain, en limitant l'usage des données transmises au cas de terrorisme ou encore en précisant les conditions de stockage, la durée de conservation et en interdisant l'interconnexion avec d'autres fichiers. De plus il a été inséré à l'égard de toute personne la capacité de pouvoir saisir les autorités américaines afin de connaître le contenu des données transférées le concernant (art. 15). Au-delà de la question de l'effectivité liée à la mise en œuvre de ces dispositions, il apparaît que l'accord international est finalement plus complet que les actes adoptés en interne. La protection n'est plus seulement un objectif énoncé, elle trouve une traduction identifiable au sein de dispositions contraignantes de l'accord. C'est d'ailleurs ce qui a justifié que le Parlement

³⁵ Résolution législative P7_TA-PROV(2010)0029.

³⁶ SWIFT signifie *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* ; il s'agit du nom d'une société domiciliée en Belgique dont l'objet social est de gérer un réseau de données bancaires.

³⁷ Recommandation du 5 fév. 2010, Rapporteuse Jeannine Hennis-Plasschaert, A7-0013/2010, p. 9.

européen se prononce en faveur de la conclusion de l'accord renégocié, entrée en vigueur le 1^{er} août 2010.

15. Les différents accords sur le transfert des données des passagers au pays tiers ont connu un cheminement presque équivalent, le Parlement européen se montrant hostile, sachant qu'il n'était pas consulté avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. La voie juridictionnelle a dès lors été privilégiée, conduisant, par un arrêt de la Cour³⁸, à l'annulation du premier accord PNR UE-Etats-Unis³⁹. Le Parlement européen a également saisi la Cour de justice d'une demande d'avis, le 10 avril 2015 sur le fondement de l'article 218, paragraphe 11 TFUE⁴⁰, démontrant à nouveau son scepticisme sur la compatibilité du contenu de l'accord, l'angle étant toujours la violation de la protection des données à caractère personnel. Cette opposition n'est que temporaire. Elle est levée si les préoccupations du Parlement sont intégrées à l'accord renégocié. Ainsi le Parlement a donné son accord, le 19 avril 2012⁴¹, à la conclusion de l'accord PNR UE-Etats-Unis, à l'égal de l'accord SWIFT, les garanties intégrées étant, cette fois, substantielles.

16. Le Parlement européen joue en conséquence un rôle essentiel, depuis le traité de Lisbonne, en matière d'accords internationaux. Une approche similaire devrait être constatée pour les textes internes à l'Union européenne. Le traité de Lisbonne a, en effet, également renforcé les pouvoirs du Parlement dans le cadre de l'espace de justice, de liberté et de sécurité. Ainsi, il est précisé à l'article 87, paragraphe 2, visant tous les aspects de la coopération policière relevant des atteintes à la protection des données personnelles, que l'adoption des textes se fait par un recours à la procédure législative, alors que sous le traité de Nice, seul le Conseil intervenait conformément à l'article 34, paragraphe 2 TUE en vigueur à l'époque. Le Parlement européen peut en conséquence s'affirmer comme le gardien des droits fondamentaux, étant en mesure d'exiger de plus amples garanties en tant que colégislateur. C'est ce qui s'est produit concernant le PNR européen, voulu par la

³⁸ CJCE, 30 mai 2006, *Parlement européen c. Conseil*, C-317/04 et C-318/04, ECLI:EU:C:2006:346.

³⁹ Décision 2004/496/CE du Conseil, du 17 mai 2004, concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure.

⁴⁰ CJUE, avis 1/15, JOUE C 138, 27 avr. 2015 p. 24.

⁴¹ Parlement européen, 19 avr. 2012, P7_TA(2012)0134

Commission et le Conseil. Une proposition de directive avait été déposée en 2011, rejetée fermement par le Parlement européen le 24 avril 2013. Fort de garanties supplémentaires sur la protection des données personnelles, notamment avec la révision de la directive de base sur la protection des données personnelles⁴², le Parlement a donné son accord de principe pour la directive le 9 juillet 2015⁴³. Ainsi le rapport de force modifie progressivement et sans doute durablement l'équilibre au moment de l'élaboration des textes. Il n'en reste pas moins que cette évolution ne saurait être suffisante si une protection effective n'existait pas une fois les dispositions entrées en vigueur.

II. Une protection des données à caractère personnel effective partielle après l'entrée en vigueur

17. Les données personnelles sont collectées le plus souvent sans que la personne concernée en ait pleinement connaissance, voire à son insu, ou sans même qu'elle sache que les données sont consultées et analysées. S'il existe des mécanismes de contrôle, ceux-ci apparaissent inappropriés (A), seule la voie juridictionnelle apparaît efficace lorsqu'elle porte sur la contestation directe de l'acte de portée générale (B).

A) Des mécanismes de contrôle inappropriés

18. La difficulté en matière de protection des données à caractère personnel est de faire face à la multiplicité des instruments de gestion de l'information. Cet éclatement des instruments empêche un véritable contrôle effectif étant donné que les instruments ne fonctionnent pas de manière identique et ne prévoient pas de mécanismes d'accès à l'information détenue pour obtenir une rectification ou un effacement.

19. Cette diversité des instruments se perçoit d'abord au niveau de la collecte de l'information. Seuls certains instruments prévoient une collecte ou un stockage de données

⁴² Dir. 95/46/CE du Parlement et du Conseil du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE L 281, 23 nov. 1995, p. 31.

⁴³ Point 27 de la résolution, P8_TA-PROV(2015)0269, p. 8.

à caractère personnel au niveau de l'Union. Parmi ces instruments, peuvent être cités le Système d'information Schengen II, Europol, Eurojust ou encore le Système d'information sur les visas (VIS). Tous les autres instruments relèvent de système d'échanges décentralisés, les données étant collectées au niveau national par les pouvoirs publics ou des entreprises privées. L'Union européenne intervient dans cette dernière hypothèse pour faciliter l'échange d'informations. Ensuite certains instruments sont interconnectés alors que d'autres sont isolés. En conséquence, des informations peuvent être collectées à plusieurs reprises pour des instruments différents, indépendamment de l'existence d'une interconnexion. C'est le cas, par exemple, de données biographiques qui se retrouvent dans différents fichiers ou encore des données biométriques. En revanche, certaines données peuvent uniquement être relevées d'un système, tels que les profils ADN, mais ensuite être transmises vers Europol ou Eurojust.

20. Ces collectes d'informations ont des incidences directes, puisque, dans certains cas, elles peuvent aboutir à l'absence de délivrance d'un visa. C'est l'objet principal du Système d'information Schengen⁴⁴. Elles peuvent également nourrir une enquête. C'est ainsi qu'il est expressément prévu dans la décision du 20 septembre 2005 relative à l'échange d'information et à la coopération concernant les infractions terroristes que « *toute information pertinente contenue dans un document, dossier, élément d'information, objet ou autre moyen de preuve, qui a été saisi ou confisqué au cours d'une enquête ou de procédures pénales en rapport avec des infractions terroristes, puisse être accessible dès que possible aux autorités d'autres Etats membres intéressés conformément au droit national* »⁴⁵. Il faut préciser que le droit national est nécessairement influencé par les obligations issues du droit de l'Union. Ainsi, des informations sur une personne, alors même qu'aucune condamnation n'a été prononcée, peuvent circuler sans que l'individu puisse s'y opposer, auprès des autorités concernées, et surtout sans qu'il puisse demander des rectifications, postérieurement, auprès de ces mêmes autorités. L'absence de connaissance de la diffusion de l'information rend tout contrôle purement théorique. Très peu de données sont transmises volontairement par les personnes, à l'exemple du transfert des données des

⁴⁴ Art. 2 du Règl. (CE) n°1987/2006 du Parlement et du Conseil du 20 déc. 2006, préc., p. 7.

⁴⁵ Art. 2, par. 6 de la décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 sept. 2005 relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes, préc., p. 23.

dossiers de passagers aux pays tiers (PNR). Ce fichier constitue sans doute le moins méconnu des personnes physiques étant donné que ce sont elles qui fournissent directement les renseignements collectés. Cependant une partie des données est directement issue du passeport sans que la personne en soit clairement avertie. Ainsi même dans l'hypothèse d'une connaissance de la transmission de l'information, le cheminement suivi par les données est complexe et rend compliqué en soi, l'éventuel droit d'accès que souhaiterait obtenir un citoyen. En outre, ce n'est pas parce qu'une information est modifiée dans une base de données qu'elle le sera nécessairement dans les autres. Il n'existe pas de droit général au déréférencement, seul le temps peut faire son œuvre au regard des délais de conservation.

21. Cependant, la connaissance de la transmission de données a une incidence. Dans le cadre des accords PNR, il est prévu expressément un droit d'accès avec une procédure qui est précisée à l'article 15 pour l'accord PNR UE-Etats-Unis et un droit de rectification, d'effacement ou de verrouillage (article 16). Les dispositions peuvent apparaître limitées, elles ont au moins le mérite d'exister puisqu'il peut être opéré un contrôle à l'initiative de l'individu concerné. Seul l'individu apparaît à même de défendre son droit à la protection des données à caractère personnel. En effet, les institutions chargées de protéger les droits des citoyens européens ne le font pas nécessairement. La mise en œuvre de l'accord SWIFT a posé de sérieuses difficultés, la NSA ayant transféré une partie des données financières personnelles au mépris du contenu de l'accord. Seul le Parlement européen a réagi demandant à la Commission de suspendre l'accord, ce qui n'a pas été réalisé. Il faut préciser parallèlement que, s'il existe un contrôleur européen de protection des données, celui-ci apparaît bien insuffisant pour offrir une protection effective dans le domaine des données en lien avec le terrorisme, n'ayant pas de pouvoir contraignant ou coercitif face aux différents organes de l'Union et aux Etats membres.

22. Dans ces conditions le contrôle apparaît bien faible qu'il soit *a priori*, par les institutions ou même les individus au moment où l'information va être collectée, ou qu'il soit *a posteriori*, l'individu n'ayant pas connaissance ou pas conscience de l'utilisation des données le concernant.

B) Le contrôle juridictionnel effectif des actes de portée générale

23. L'accès au juge est une donnée essentielle pour la protection des droits fondamentaux. Concernant la protection des données à caractère personnel, le juge national est généralement compétent étant donné que les décisions faisant grief sont prises au niveau des Etats membres à partir des instruments décidés au niveau de l'Union. Ainsi, lorsque le Système d'information Schengen est utilisé à l'égard d'un individu, c'est un Etat qui décide de refuser l'entrée sur son territoire. La décision étant nationale, elle sera contestée devant le juge national. De même si une enquête débute et conduit à l'ouverture d'une procédure judiciaire, ce sera une nouvelle fois une contestation des éléments du dossier devant le juge national.

24. En l'absence de décision faisant grief, la voie juridictionnelle apparaît difficile à envisager, ne serait-ce que par la méconnaissance de l'utilisation des données à caractère personnel. Le seul contrôle juridictionnel efficace est, en réalité, celui de la contestation des actes de portée générale devant la Cour de justice de l'Union. En effet, la Cour de justice a montré à différentes reprises sa capacité à préserver les droits fondamentaux face aux impératifs sécuritaires. La Cour a été particulièrement attentive à la protection des données à caractère personnel, à travers plusieurs arrêts, que soient concernées des dispositions uniquement internes à l'Union européenne⁴⁶ ou qu'il s'agisse de la conclusion d'un accord international⁴⁷. La Cour de justice a ainsi invalidé la directive sur la conservation des données adoptée en 2006. Cette directive imposait la conservation de données générées ou traitées par les fournisseurs de services de communication électronique à des fins de prévention, de recherche, de détection et de poursuites d'infractions graves. La Cour a jugé que si la sécurité publique constituait un objectif légitime afin de limiter la portée du droit à la protection des données à caractère personnel, le contenu de la directive violait clairement à plusieurs reprises la condition de la proportionnalité. La Cour a ainsi jugé que « cette directive comporte une ingérence dans ces droits fondamentaux d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement

⁴⁶ CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, préc.

⁴⁷ CJCE, 30 mai 2006, *Parlement européen contre Conseil*, préc.

limitée au strict nécessaire»⁴⁸. Par cet arrêt, la Cour a réaffirmé l'exigence du respect de l'Etat droit, marquant que la lutte contre le terrorisme ne pouvait tout autoriser. L'impact de cet arrêt est très concret, la Cour imposant aux institutions de mieux encadrer les conditions de collecte et de stockage, mais surtout également les conditions d'accès. Les données ne peuvent être accessibles sans contrôle. Cette exigence ne vaut pas que pour cette directive et pose directement la question de la validité d'autres textes, dont les accords internationaux traitant de la question des échanges d'informations. Il faut préciser cependant que les accords internationaux ne peuvent pas faire l'objet directement d'un contrôle de validité dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union. Cependant, rien n'empêche l'annulation d'une mesure d'exécution prise sur le fondement de l'un de ces accords. La portée de cet arrêt a d'ailleurs été pleinement intégrée par la Commission, au regard de sa communication sur le programme européen en matière de sécurité, divulguée postérieurement à cet arrêt. La Commission s'y engage nettement en faveur des droits fondamentaux et notamment de l'application du principe de proportionnalité. L'incidence de cet arrêt est également, pour les Etats membres, non seulement pour les actes de transposition de la directive en cause comme ce fut le cas dans l'affaire *Digital Rights Ireland*⁴⁹, mais également pour toutes les autres dispositions entrant dans le champ du droit de l'Union. En effet, conformément à l'arrêt *Fransson*⁵⁰, la Cour de justice a étendu les hypothèses dans lesquelles les Etats membres sont tenus de respecter pleinement la Charte des droits fondamentaux.

25. L'effectivité de la protection des données à caractère personnel est en constante évolution sous l'impulsion, ces dernières années, du Parlement européen. Son intervention renforce le contenu des textes et joue un rôle dissuasif, aidé par la jurisprudence de la Cour de justice. Toutefois, la transparence fait encore largement défaut, les individus n'étant pas en mesure de s'opposer directement aux transferts de données les concernant ou encore d'en demander la rectification, les procédures prévues étant trop succinctes ou inexistantes. L'effort devra porter sur cet aspect, tout en préservant l'exigence de sécurité.

⁴⁸ CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, op. cit., § 65

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ CJUE, 26 févr. 2013, *Åkerberg Fransson c. Aklagaren*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

Contre le terrorisme par le contrôle des flux financiers

Alev COMERT

Docteur en droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine,
Chargée d'enseignement, ancien ATER à l'Université de Haute-Alsace

Résumé : *Le terrorisme représente une menace à l'échelle mondiale pour la sécurité civile et les états. La montée de la radicalisation, la provocation publique et les nouvelles infractions liées au terrorisme imposent l'emploi de nombreux dispositifs juridiques. La dimension internationale des organisations terroristes et leurs actions nécessitent une intervention sévère aux différents stades de leurs agissements. Dans le cadre de cette lutte, le contrôle des flux financiers constitue un aspect déterminant. Les actions terroristes ne peuvent se concrétiser sans les moyens financiers. En tenant compte de cette réalité, la loi française et les conventions internationales qualifient le financement du terrorisme d'acte terroriste¹. Le financement est réprimé par les dispositions juridiques nationales et internationales afin d'empêcher la réalisation des atteintes. L'argent investi dans ces organisations nourrit les mouvements illicites et permet la mise en œuvre de leurs plans. Afin de lutter contre le financement du terrorisme, les états doivent coopérer. Ainsi, de nombreuses lois et conventions ont adoptées pour contre le terrorisme par le contrôle des flux financiers.*

1. La lutte contre le terrorisme est devenue une préoccupation mondiale en raison des attaques violentes ayant eu lieu dans de nombreux pays durant les dernières décennies. A la différence des autres formes de criminalité, le terrorisme est nourri par des idéologies politiques ou religieuses. Cet aspect renforce les groupes terroristes. Les actes terroristes se réalisent en plusieurs étapes et les définitions nationales et internationales du terrorisme sont effectuées par des termes larges afin d'inclure toutes les actions liées aux actions terroristes. Le financement du terrorisme joue un rôle en amont et en aval des atteintes. Il s'agit du volet économique d'une criminalité organisée à l'échelle mondiale. Le financement représente un aspect important de la lutte contre les groupes terroristes. En l'absence de moyens financiers, les projets des groupes terroristes ne peuvent être mis en œuvre. C'est pourquoi le financement constitue l'un des aspects les plus importants dans la lutte contre le terrorisme. Les ressources financières déterminent en grande partie la nature, le nombre et, la gravité des actes de terroristes.

2. En raison de la dimension internationale du phénomène, le contrôle des flux financiers nécessite une coopération juridique entre les différents états. Les dispositifs juridiques et la

¹ Art. 421-2-2 et 421-2-3 c. pén. et art. 2-1 la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 19 déc. 1999 adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies.

coopération ont pour objectif de combattre la naissance et le renforcement des groupes terroristes. Dans le cadre de cette lutte, les états et les organisations internationales ont élaboré de nombreuses conventions. Les nombreux instruments mis en place ont vocation à identifier les sources du financement et d'empêcher la circulation des fonds attribués au terrorisme. Ainsi, des instruments nationaux (I) et supranationaux de lutte contre le financement du terrorisme (II) sont conjointement mises en œuvre.

I. Les instruments nationaux de lutte contre le financement du terrorisme

3. Le droit français a connu une évolution dans la lutte contre le terrorisme. En réaction aux nouvelles formes d'atteintes et des conséquences sur la sécurité publique, le législateur, a incriminé les agissements criminels des groupes qualifiés de terroristes par la loi. Il convient dans un premier temps d'aborder le contexte juridique national de la lutte contre le financement du terrorisme (A), et dans un deuxième temps d'aborder la répression spécifique du financement du terrorisme (B).

A) Le contexte juridique national de la lutte contre le financement du terrorisme

4. En droit français, le terrorisme fait l'objet d'une définition complexe. Compte tenu du nombre variés d'agissements regroupés sous le terme « terrorisme », les actions terroristes ne sont pas sanctionnées par une seule infraction. Aussi, le principe de légalité des délits et des peines imposant une incrimination précise des comportements, l'élaboration d'une seule incrimination génèrera le risque de méconnaître le principe de légalité.

5. Au départ, en droit français, les faits de financement du terrorisme étaient réprimés sur le fondement de la participation à une association de malfaiteurs². La première disposition légale spécialement dédiée à la lutte contre le terrorisme est la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986. A la suite de cet apport, la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 a permis d'effectuer des modifications dans les dispositions du code pénal relative à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique. Avec cette loi, la définition du

² V. CA Paris, 10^e ch. corr., 28 juin 1999 : JurisData n° 1999-024165.

terrorisme fut transférée de l'article 706-16 à l'article 421-1 du code pénal, donnant officiellement naissance aux infractions de terrorisme. L'autre loi luttant contre le terrorisme est la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996. En dernier lieu, le gouvernement a adopté la loi du 13 novembre 2014 afin de compléter l'arsenal juridique existant et instaurer de nouvelles mesures de lutte contre le terrorisme.

6. Aujourd'hui, le code pénal définit et réprime le terrorisme par ses articles 421-1 à 421-2-3. Le droit pénal saisit le terrorisme à travers les atteintes directes aux personnes ou aux biens ou par des atteintes indirectes par les actes de soutien, tels que le financement. Le but du terroriste doit être de troubler gravement l'ordre public. La répression nécessite d'identifier et de qualifier l'acte matériellement constitutif du terrorisme. Les agissements des terroristes doivent être qualifiés par l'un des articles en cause (art. 421-1 à 421-2-3 c. pén.). Comme tous les actes en droit pénal, il est nécessaire que les agissements correspondent à la définition d'un article spécifique. Le financement du terrorisme est sanctionné par une incrimination autonome au même titre que les atteintes directes aux valeurs protégées. Le législateur a intégré le financement du terrorisme parmi les actes terroristes et spécifiquement réprimé par l'article 421-2-2 du code pénal, créé par la loi du 15 novembre 2001. L'article décrit et réprime les comportements entrant dans le financement du terrorisme. Le législateur l'a rendu punissable dans deux articles en désignant les actes visés sous le terme de financement.

B) La répression spécifique du financement du terrorisme

7. Le premier texte réprimant à titre autonome le financement du terrorisme est l'article 421-2-2 du code pénal. L'article prévoit que « *constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte* ». Ce texte réprime le financement en reprenant les termes de la Convention pour la répression du financement du terrorisme, adoptée le 9 décembre 1999 par l'assemblée

générale des Nations unies ; Convention en cours de ratification lors des attentats du 11 septembre 2001. La Convention a depuis été intégrée dans la loi de 2003 sur la sécurité intérieure.

8. La nature de l'acte incriminé exprimé par les termes « *fournir, réunir ou gérer des fonds (...), donner des conseils* », que l'objet du comportement constitué par des « *fonds, valeurs ou biens quelconques* », que ses finalités sont décrit d'une façon large. Cette définition de l'incrimination est susceptible de recouvrir des comportements visés mais aussi des actes éloignés comme le don sans une intention terroriste à une association dont le but est dissimulé. L'article 421-2-2 du code pénal a un domaine étendu. Il peut réprimer un « *réseau complexe de financement du terrorisme et le don fait par un Musulman à une mosquée connue pour prêcher le recours à la guerre sainte et prôner un islamisme radical* »³. Aussi, l'article incrimine-t-il la gestion et les conseils prodigués pour une gestion en dépassant les exigences du droit international.

9. Les comportements suspects peuvent aisément être qualifiés sous les termes larges de l'article 421-2-2 du code pénal. Ainsi, la constatation de la gestion ou la réunion de fonds « *en vue de permettre la commission d'actes de terrorisme* » est suffisante. Par une décision de février 2006, la Cour d'appel de Paris sanctionne pour financement du terrorisme la participation « *à la création et à l'activité de la Sté Corsica Nettoyage Entretien, société dont l'activité a été en partie tournée vers les possibilités de dégagement de fonds destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de permettre la commission d'actes de terrorisme indépendamment de la survenance de tels actes* »⁴. La définition générique de l'incrimination exige de démontrer que ce financement sera introduit dans l'économie terroriste pour financer une activité terroriste, à un quelconque stade criminel de la réalisation de l'activité terroriste. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'infraction individualisée. La qualification et la sanction sont facilitées par l'instauration d'une présomption. Le Professeur Michel Véron énonce que la présomption se dédouble puisque « *la preuve directe de l'origine des fonds s'avère souvent très délicate et découle des circonstances matérielles de l'infraction. Celles-ci, relevées avec précision par les juges, aboutissent à créer une véritable présomption de*

³ CA Paris, 10^e ch. corr., 16 fév. 2006, P., JurisData n° 2006-306160.

⁴ CA Paris, 16 fév. 2006, préc.

connaissance de l'origine des fonds qui alimentent le train de vie des prévenus »⁵. Cette induction met en lumière deux présomptions qui coexistent. En premier lieu, on présume que le train de vie alimenté par des fonds d'origine frauduleuse, et en deuxième lieu on présume la connaissance de l'origine frauduleuse, et l'intention de réaliser l'acte terroriste.

10. La seconde disposition réprimant le financement du terrorisme est l'article 421-2-3 du code pénal. Il prévoit que « *le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 € d'amende* ». Le terrorisme par non-justification des ressources est un délit autonome. Dans le cadre de cet article le financement du terrorisme est déterminé à partir de deux éléments : un train de vie qui ne peut être soutenu par des revenus licites et les liens avec les actes de terrorisme. Il y a une culpabilité présumée lorsque ces deux éléments sont réunis. L'article vise à sanctionner les fonds dont la provenance et la destination sont indéterminées. Les termes de l'article instaurent une présomption de culpabilité. Selon le Professeur Mayaud, la présomption de culpabilité aboutit au renversement de la charge de la preuve⁶. La jurisprudence indique que « *la loi procède à une inversion de la charge de la preuve pour en confirmer la licéité : il n'appartient pas à la partie poursuivante de démontrer que le train de vie ne correspond pas à une activité licite, mais à la personne objet de suspicion d'établir qu'il est justifié par des ressources régulières, le défaut d'une telle justification valant responsabilité. La qualification procède donc d'une culpabilité présumée, tout en restant conforme à ce qui la rend compatible avec la présomption d'innocence, pour être raisonnablement dictée par la vraisemblance de l'imputabilité, ne pas revêtir de caractère irréfragable, et laisser entiers les droits de la défense* »⁷.

⁵ M. Véron : *Dr. pén.* 2002, comm. 41, sous Crim., 5 déc. 2001.

⁶ Y. Mayaud, « Terrorisme par financement », *Répertoire de droit pénal et procédure pénale*, fév. 2015, fasc. n° 75-78, §3.

⁷ Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, JO 19 juin ; D. 1999. 589, note Mayaud - Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, JO 13 juin ; D. 2010. Pan. 1510, obs. Gay ; D. 2010. Pan. 1966, obs. Larrieu ; *JCP G* 2009. 101, p. 25, n° 28, note Feldman ; RSC 2009. 609, obs. Francillon - Cons. const. 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, JO 17 sept. ; Dalloz actualité, 21 sept. 2011, obs. Astaix ; *JCP G* 2011. 1227, obs. de Lamy ; *JCP G* 2011. 1247, note Dreyer ; *Gaz. Pal.* 2012. 1. 362 ; RSC 2011. 647, obs. Francillon. - Cass. crim. 11 juin 1992, n° 92-80.397, Bull. crim. n° 231. - Crim. 1^{er} fév. 2000, n° 99-84.764, Bull. crim. n° 51. - Crim., QPC, 5 janv. 2011, n° 10-90.112 et n° 10-90.113, D. 2011. 446, obs. Girault ; D. 2011. Pan. 2823, obs. Roujou de Boubée ; *Gaz. Pal.* 2011. 1. 1067, note Detraz.

11. L'argent attribué au financement du terrorisme provient des fonds occultes et il est dissimulé dans l'économie sous différentes entités. Ces fonds sont transmis de façon obscure, en évitant tout contrôle, toute justification de leur provenance et leur destination. La jurisprudence fournit des illustrations des actes réprimés au titre du financement du terrorisme. La Cour d'appel de Paris a condamné pour « *financement d'une entreprise terroriste* », une entreprise dont les revenus permettaient de rémunérer les dirigeants et leur activité terroriste⁸. Aussi, une somme de deux cent mille € provenant de l'indemnité parlementaire ont été saisis. Le propriétaire des fonds, un député européen, était suspecté d'avoir remis cette somme à un tiers afin de financer les activités d'une organisation soupçonné de réaliser des activités de terrorisme⁹.

12. En complément des articles spécifiques du code pénal, les articles L. 561-2¹⁰ et L. 561-32 du code monétaire et financier, codifiés dans le chapitre relatif aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Ces articles imposent aux professionnels impliqués dans la lutte contre le terrorisme de mettre en place « *des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment et de financement du terrorisme* ». Le texte réprime à la fois le blanchiment et le financement du terrorisme. En vertu de ces articles certains professionnels sont associés à la lutte et sont tenus par des obligations prévues par le Code monétaire et financier. Cette liaison est compréhensible puisque le financement des actes est effectué par des fonds occultes. Ainsi, différentes lois en matière de blanchiment ou du délit d'initié ont des volets anti-terroristes. Le financement provenant des fonds licites. La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme semble liés.

13. Le recel-profit d'une infraction terroriste est également punissable par une incrimination autonome et spéciale. Le législateur sanctionne le recel du produit des actes terroristes par l'article 421-1, 5° du code pénal. Cependant, à la différence de l'article 421-2-

⁸ CA Paris, 10^e ch. corr., 16 févr. 2006, P. : JurisData n° 2006-306160.

⁹ Cass. crim., 12 avr. 2005, Bull. crim. 2005, n° 127.

¹⁰ Ord. n° 2009-104 du 30 janv. 2009, art. 2-1° et 4°.

3 du code pénal, l'article 421-1, 5° du code pénal, restreint le champ d'application au recel-profit de l'une des infractions désignées par les alinéas 1° à 4°.

14. Parallèlement à ces textes, le contrôle des flux financier et le blanchiment des capitaux sont effectués par le Groupe d'action financière (GAFI). Le GAFI est un organisme de décision intergouvernemental, crée en 1989, pour lutter contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme à l'échelle national ainsi qu'international. Le groupe a vocation à lutter contre l'utilisation du système financier à des fins criminelles. Son rôle est de procéder à des réformes des lois et des réglementations au niveau national. Le GAFI a instauré le cadre pour détecter, prévenir et sanctionner le financement du terrorisme par l'adoption de neuf recommandations, conjointement à quarante recommandations sur le blanchiment de capitaux. Au terme des recommandations de GAFI, les états doivent contraindre les institutions financières et les entreprises à identifier les sources du financement du terrorisme et de prendre des mesures nécessaires. Les dispositions recommandent de qualifier d'infraction pénale le financement du terrorisme, le financement des organisations terroristes et des individus terroristes sur le fondement de la Convention sur le financement du terrorisme, même en l'absence de lien avec les activités et groupes terroristes spécifiques.

II. Les instruments supranationaux de lutte contre le financement du terrorisme

15. Face à l'ampleur des actes terroristes, les états ont collaboré dans le cadre de différentes conventions de lutte contre le terrorisme. Le Conseil de sécurité des nations unies et le Conseil de l'Europe ont élaborées différentes conventions. De nombreuses dispositions ont ainsi été adoptées, tant au niveau international (A) qu'au niveau européen pour lutter contre le financement du terrorisme (B).

A) Les instruments internationaux de lutte contre le financement du terrorisme

16. Dans un premier temps, les états ont défini, organiser, les poursuites et la répression du terrorisme devant une juridiction internationale par la Convention adoptée à Genève le 16 novembre 1937. Cette convention prévoyait la création d'une cour pénale internationale. Dans un deuxième temps, un projet de convention pour la prévention et la répression de certains actes de terrorisme international a été élaboré en 1972. A la suite de l'échec de ces conventions, la lutte contre le terrorisme a été effectuée par des conventions sectorielles. Il en est ainsi des conventions de Tokyo, relative aux infractions et à certains actes survenus à bord des aéronefs du 14 septembre 1963, de la Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970 de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile du 23 septembre 1971, adoptées sous l'égide de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). À la suite des Jeux olympiques de Munich en 1972, les Nations Unies ont procédé à l'adoption de nouvelles conventions¹¹.

17. Depuis le début des années 1990, l'organisation internationale la plus active dans la lutte contre le terrorisme est le Conseil de sécurité des Nations Unies qui a adopté différentes résolutions. Le Conseil de sécurité à commencer à se préoccuper des questions de terrorisme au début des années 1990, son action consistait alors « *essentiellement en l'adoption de sanctions contre les Etats soupçonnés d'avoir des liens avec certains actes terroristes* ». Par sa résolution 1196 adoptée le 16 septembre 1998, le Conseil a motivé

¹¹ Il ne s'agit pas de conventions spécifiques concernant le financement du terrorisme mais portant sur les actes terroristes d'une façon plus générale. La convention sur la prévention et la répression des infractions commises contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (14 déc. 1973), la convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 déc. 1979), la convention sur la protection physique des matières nucléaires (Vienne, 3 mars 1980), le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale (Montréal, 24 févr. 1988), la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988), le Protocole pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Rome, 10 mars 1988), la convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection (Montréal, 1^{er} mars 1991), la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 déc. 1997), la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 déc. 1999), la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (New York, 13 avr. 2005), l'amendement à la convention pour la protection physique des matières nucléaires (8 juill. 2005), le Protocole relatif à la convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Londres, 14 oct. 2005), le Protocole relatif au Protocole pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Londres, 14 oct. 2005).

chaque Etat membre de l'ONU à adopter cette résolution afin de s'acquitter de l'obligation de respecter les embargos imposés par le Conseil. Il est prévu que les Etats érigent en une infraction pénale la violation des obligations prévues. Le mouvement de lutte contre le terrorisme du Conseil s'est renforcé à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Les résolutions 1269 de 1999 exhortaient ainsi tous les Etats membres à collaborer pour prévenir et réprimer tous les actes de terrorismes.

18. La convention spécifique réprimant le financement du terrorisme n'a été adoptée que le 19 décembre 1999 par l'Assemblée Générale des Nations. Cette convention internationale pour la répression du financement du terrorisme est entrée en vigueur le 10 avril 2002. Au terme de l'article 2-1, constitue une infraction, le fait de « *fournir ou réunir des fonds, directement ou indirectement, illicitement et délibérément* » par quelque moyen que ce soit, dans le but de les utiliser, tout ou en partie, en vue de commettre l'un des actes désignés par le 2-1-a et 2-1-b de la présente Convention. L'article 2-1-b de la Convention définit le terrorisme comme tout acte « *destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas aux hostilités dans une situation de conflit armé lorsque, par sa nature ou son contexte cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque* ». Par ailleurs, le Conseil de sécurité a créé un nouvel organe subsidiaire, appelé le Comité du contre-terrorisme, constituant la clef de voûte du système international. Ce comité a été institué le 28 septembre 2001 à la suite des attentats du 11 septembre 2001 par la résolution 1373.

19. La dimension internationale du terrorisme impose que les moyens de lutte et les sanctions soient de nature supranationale. Le Conseil de sécurité dispose de la compétence d'imposer des sanctions internationales obligatoires pour les Etats membres de l'Organisation des Nations unies en cas de « *menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression* ». Les articles 1 et 2 de la Charte déterminent et définissent les buts ainsi que les principes des Nations unies. En vertu de l'article 24 de la Charte, le Conseil de sécurité « *agit conformément aux buts et principes des Nations unies* ». En application de l'article 41 de la Charte des Nations unies, le Conseil de sécurité peut décider « *quelle mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à*

ses décisions et peut inviter les membres des Nations unies à appliquer ces mesures. Elle complète ces dispositions par la résolution 1267 en mettant en place un mécanisme de sanctions par le gel des avoirs, interdiction de voyager et l'embargo sur les armes pour contrer les actions des organisations telles qu'Al-Qaïda, Taliban ou toutes les personnes et entités associées à Oussama Ben Laden¹².

B) Les instruments européens de lutte contre le financement du terrorisme

20. La lutte contre le financement du terrorisme est effectuée dans un premier temps par des conventions générales contre le terrorisme. Il en est ainsi de la convention européenne pour la répression du terrorisme adoptée par le Conseil de l'Europe le 27 janvier 1977 à Strasbourg. Le Conseil de l'Union européenne a adopté une décision-cadre le 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹³. Tout comme le législateur français, le législateur européen rejette le modèle de l'incrimination unique et cède au pragmatisme. Au niveau européen, comme en droit français, deux principaux modèles d'incrimination sont retenus. Selon l'article 1 de la décision-cadre du 13 juin 2002, les actes de terrorisme sont déterminés par référence à une série d'infractions de droit commun qui prennent une coloration terroriste par le recours à une définition des moyens employés et du but poursuivi par les agissements. Au terme de l'article 2, au-delà des infractions de droit commun, est créée une incrimination autonome d'appartenance ou de direction d'un groupe terroriste. La décision-cadre est un instrument qui engage les États quant au résultat à atteindre.

21. Dans ce domaine aussi, la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, ouverte à la signature le 8 novembre 1990 et entrée en vigueur le 1er septembre 1993. Elle connaît un succès indéniable puisqu'elle lie actuellement tous les États membres du Conseil de l'Europe ainsi que l'Australie. La Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie, à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme adoptée en 2005 a permis de compléter la

¹² D. Hotte, D. Morlet, St. Sauteret, V. Soullignac, *Les sanctions financières internationales*, Ph. Baumard dir., éd. RB., 2012, p. 30.

¹³ JOCE, 22 juin 2002, décision-cadre modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008 (JOUÉ, 9 déc. 2008).

convention de 1990. Dans cette dernière convention toute définition du terrorisme a été écartée. Cependant, la nécessité de délimiter le champ d'application a conduit à définir à l'article 2 le terrorisme comme *"tout acte grave de violence qui n'est pas visé par l'article 1er, lorsqu'il a créé un danger collectif pour des personnes"*, et *"tout acte grave contre les biens, autre que ceux visés à l'article 1er, lorsqu'il a créé un danger collectif pour des personnes"*. L'article 1^{er} de la convention, amendé par le Protocole du 15 mai 2003, visé dans la définition renvoie aux conventions internationales en vigueur au jour de son adoption. L'article 2 permet aux États parties d'exclure la qualification politique.

22. Les textes nationaux et internationaux mis en place pour contrer le terrorisme par le contrôle des flux financiers, présentent des aspects communs dans la définition du terrorisme et, dans les actes qualifiés de terroriste. L'objectif est d'attribuer le rôle essentiel à la répression des flux financiers destinés à servir les mouvements terroristes. Le financement du terrorisme est un acte tout aussi grave qu'un quelconque acte matériel, portant directement atteinte à la vie, aux biens, et aux intérêts des citoyens de différents états. L'objectif des mouvements terroristes est de créer un climat d'insécurité, de crainte, d'ébranler les valeurs de la république et de démontrer un pouvoir militaire, politique, social et économique, tout aussi puissant que les états. Les derniers attentats ayant eu lieu en France et dans d'autres pays révèlent la recherche d'une reconnaissance des groupes terroristes et démontrent que le combat nécessite une surveillance plus accrue. En dépit des mesures légales instaurées au niveau international et la collaboration policière ainsi que juridique, les attaques démontrent l'impuissance de nombreux états pour anticiper et empêcher les attaques terroristes.

Les forces armées françaises et le terrorisme en 2015

Engagements, enseignements et perspectives

Chef de Bataillon Cyril BEDEZ

Etat-Major du Corps européen, Breveté de l'Ecole de Guerre

Les propos tenus ci-dessous n'engagent que l'auteur et pas l'institution militaire

1. Les attentats parisiens de janvier 2015 semblent avoir réveillé opinion publique et responsables politiques. Pourtant, aussi frappants et meurtriers puissent-ils avoir été, ces attentats ne sont que des épiphénomènes annonciateurs d'évènements de plus grande ampleur¹. La question étant désormais non pas de savoir si cela va arriver, mais quand et où ? Pour quelques attentats ou actions spectaculaires frappant les esprits, combien de projets terroristes déjoués ou avortés ? Rappelons-nous simplement l'attentat déjoué au marché de Noël de Strasbourg et plus récemment la tentative avortée d'attaque d'une église dans la région parisienne qui a coûté la vie à une jeune mère de famille.
2. La lutte contre le terrorisme est ainsi devenue en quelques mois une priorité nationale, soulignée par l'importance qui lui est donné sur le plan de la communication politique: « *la lutte contre le terrorisme est au cœur de l'action du président François Hollande par un déploiement important de moyens de prévention et d'intervention* » nous rappelle le site officiel de l'Elysée².
3. Cette priorité est justifiée par un niveau de menace rarement atteint pour les ressortissants et les intérêts français. Cette situation n'est une surprise que pour ceux qui ne portent pas un regard lucide sur l'évolution politique et sécuritaire au Proche-Orient et dans la bande sahéenne ainsi que sur les développements du communautarisme islamiste sur notre territoire national.

¹ La contribution du Chef de Bataillon Bedez, sur ce point tristement prémonitoire, a été rédigée avant les sanglants événements du 13 novembre 2015.

² <http://www.elysee.fr/les-dossiers/dossier/lutte-contre-le-terrorisme/>

4. Il est donc clair que le terrorisme est devenu une problématique de sécurité extérieure et intérieure, une menace stratégique de premier ordre qui impose à l'évidence l'emploi des forces armées, à la fois sur des théâtres d'opérations extérieurs, mais aussi sur le territoire national. Validant au passage le concept de continuum sécurité intérieure/extérieure du Livre Blanc sur la Défense et la Sécurité nationale (LBDSN).
5. Comment les armées participent-elles à ces opérations et pour quels résultats à court et à moyen terme ? Répondre à cette question revient en fin de compte à savoir si les armées sont engagées dans une guerre contre un ennemi identifié ou bien dans une simple opération de lutte contre le terrorisme. La « lutte contre le terrorisme » pouvant alors apparaître comme un concept fourre-tout, caractérisant un mode opératoire, mais sans clairement identifier les acteurs et contraignant de ce fait l'efficacité des moyens mis en œuvre, en continuant d'appliquer une discontinuité radicale entre théâtre d'opération extérieure et ce qu'il est désormais convenu d'appeler théâtre d'opération intérieur. Ainsi, pourra-t-on éviter une militarisation de notre dispositif de lutte contre le terrorisme islamiste sur le territoire français ?
6. Cette question de fond amène à constater tout à la fois que l'engagement massif de nos armées sur le front extérieur et intérieur amène à des résultats probants lorsque les objectifs sont clairement définis comme c'est le cas dans les opérations extérieures. Cette efficacité peut cependant poser question lorsque le cadre d'engagement, en particulier sur le territoire national impose l'emploi de termes de mission plus restrictifs en raison de contraintes politiques et institutionnelles.

I. Un engagement significatif sur quatre fronts

7. Les armées françaises sont actuellement engagées sur quatre fronts dont le point commun est la lutte contre les groupes islamistes terroristes. Ainsi plus de 4200 militaires sont déployés en opérations extérieures et 7000 en métropole dans cet

objectif³. Il s'agit là d'un engagement significatif au regard des contrats opérationnels définis par le Livre Blanc sur la Défense et la Sécurité Nationale (LBDSN) qui, sans plus d'explications, permet de se faire une idée du niveau de menace représenté par le terrorisme islamiste.

A) La bande saharo-sahélienne

8. Le premier front est celui de la bande saharo-sahélienne où l'opération Barkhane a pris la suite des opérations Serval au Mali et Epervier au Tchad. Cette opération unique regroupe 3500 hommes qui travaillent en liaison avec les forces nationales et internationales de la région (armées du G5 et Minusma). Cette opération dont la mission est la surveillance active des frontières entre les pays de la zone sahéenne permet de contraindre la liberté de mouvement des organisations djihadistes régionales tels que Al-Qaïda au Maghreb Islamique (AQMI) et Al-Mourabitoune, tout en gardant un œil tourné vers les confins libyens qui servent de zone refuge à bon nombres de djihadistes. La Force Barkhane s'appuie sur deux bases permanentes (Gao au Mali et N'Djamena au Tchad) et sur un certain nombre de bases opérationnelles avancées permettant de rayonner sur une zone très vaste. Les moyens matériels engagés sont aussi très importants avec 6 avions de combat, plus de 20 hélicoptères et trois drones de surveillance.

B) La zone Irako-syrienne

9. Le deuxième front est celui de la zone Irako-syrienne où la France intervient dans le cadre de l'opération Chammal destinée à combattre Daesh. Il s'agit essentiellement d'un dispositif aérien, complété de moyens maritimes, destiné à mener des missions de reconnaissance mais aussi des frappes planifiées ou d'opportunité sur des cibles à haute valeur ajoutée. A noter que ce dispositif aérien est complété par des formateurs appuyant les forces armées irakiennes. Le dispositif se verra renforcé après novembre 2015, par le groupe aéronaval qui permettra de frapper avec plus d'efficacité en Syrie.

³ <http://www.defense.gouv.fr/operations>

700 hommes font partie de ce dispositif avec l'engagement de 12 avions de combat (6 rafales/3 mirages 2000D et 3 Mirages 2000N)

C) Lutte contre l'Organisation Boko-Haram

10. Le troisième front correspond à un engagement marginal par rapport aux deux précédents fronts, mais bien réel, pour appuyer les forces nigériennes dans la lutte contre l'Organisation Boko-Haram, en fournissant des moyens de renseignement et de surveillance à partir des moyens militaires déployés au Tchad, au Niger, ainsi qu'au Burkina-Faso. Même si, pour le moment, aucun moyen ne semble être spécifiquement dédié à la lutte contre Boko-Haram, la persistance de la menace au sud de la frontière Nigérienne incite la France à faire preuve de vigilance.

D) Le territoire national

11. Le quatrième front est bien sûr le front intérieur. Il connaît le déploiement initial de 10.000 hommes au début de l'année 2015, soit la totalité de l'effectif prévu par le contrat opérationnel ; ce chiffre sera ramené à 7000 après trois mois d'engagement. Ce niveau d'engagement, considérable compte tenu des effectifs totaux des Armées et des déploiements extérieurs déjà évoqués précédemment, a sans doute été pour les Français l'engagement le plus visible dans le cadre de ce que le gouvernement a nommé la lutte contre le terrorisme.

12. Cependant, si toutes ces opérations semblent reliées par une certaine unité d'action, il importe de distinguer quelques différences fondamentales entre les théâtres d'opération extérieures et le théâtre intérieur.

II. Une efficacité probante et un changement de nature des opérations sur les théâtres extérieurs : une logique d'action

13. Au-delà de l'aspect quantitatif de l'engagement de nos armées, il importe de remarquer que nous nous sommes acheminés avec ces engagements vers un changement de nature des opérations, celles-ci étant plus dures. Nos troupes font la guerre et y obtiennent des résultats efficaces et probants car les objectifs militaires sont clairs. Nature des opérations et clarté des objectifs, voilà les deux caractéristiques des opérations extérieures luttant contre le terrorisme islamiste.

A) Le durcissement des opérations menées

14. Le premier enseignement à retirer de l'engagement de nos forces sur les théâtres d'opération extérieures est le durcissement des opérations. Les modes d'actions, le niveau d'entraînement et d'équipement des groupes terroristes auxquels nos troupes sont confrontées au Mali, au Tchad, au Niger et peut-être demain en Syrie ou ailleurs sont montés en gamme. Ces engagements sonnent le glas des opérations dites de stabilisation qui sont de fait devenues minoritaires. Les groupes djihadistes sont parfaitement capables de monter des attaques complexes combinant l'utilisation d'engins explosifs improvisés de plus en plus performants et l'utilisation de troupes mobiles convenablement équipées en armement léger voire lourd. Bien entendu, ce phénomène est alimenté dans la zone sahélienne par le chaos libyen et la porosité des frontières permettant l'alimentation des zones refuges.

15. L'affrontement n'est pas frontal car les groupes sont dilués dans l'immensité de l'espace géographique, mais il est brutal et meurtrier lorsque les mobiles se rencontrent. Nos armées se sont adaptées à ces engagements en combinant les moyens de renseignement et d'action. C'est l'articulation de l'utilisation des drones et des capacités hélicoptères ou aéroportées pour agir dans un espace qui représente quatre fois la France avec seulement l'équivalent de trois bataillons d'infanterie. *Ubiquité* et

foudroyance, selon les termes du sous-chef opérations de l'Etat-major des armées⁴, sont les principes qui guident l'articulation de nos forces qui doit être adaptée à un contexte d'emploi toujours fluctuant.

16. Le durcissement de cette guerre asymétrique nécessite donc l'engagement et la combinaison de toute la palette de nos moyens aériens, navals et terrestres afin de s'attaquer à un ennemi agissant par éléments décentralisés mais capables de coup de force sur des cibles dites « molles », lorsqu'il se sent en position de force. Nos troupes obtiennent des résultats probants dans cette guerre grâce bien entendu à cette capacité d'adaptation et de combinaison interarmées mais pas seulement. La clarté de la désignation de l'ennemi et les règles d'engagement sont des facteurs participant à cette efficacité.

B) L'identification claire de l'ennemi

17. Le deuxième enseignement est donc que la définition claire de l'ennemi et des règles d'engagement contribue à donner une liberté d'action encadrée, laquelle est source d'efficacité. Ainsi, par exemple, les troupes engagées dans les opérations Barkhane et Chammal savent-elles clairement et précisément qui sont les ennemis.
18. Il ne s'agit pas de combattre le terrorisme, concept désignant un mode d'action. Il s'agit de combattre le terrorisme islamiste et ceux qui en sont les acteurs : AQMI et *Al-Morabitoune* dans la bande sahélienne et *Daesh* en Syrie et en Irak. Cette clarté est un facteur clé permettant l'identification, le ciblage et le traitement -légal ou non- afin de désorganiser les structures djihadistes. Le travail qui vise à détruire la cohérence des structures militaires et des organisations de *Daesh* et d'AQMI ne peut se faire qu'à cette condition. De ce point de vue, nos engagements sont assez éloignés des opérations de stabilisation menées naguère en Ex-Yougoslavie, et pour lesquelles il n'y avait pas d'ennemi en tant que tel mais seulement des belligérants.

⁴ http://www.lesechos.fr/12/07/2015/lesechos.fr/021200943343_general-didier-castres

19. Cette définition claire n'est pourtant pas une évidence et peut être menacée. Assez récemment, des juristes ont voulu évoquer la notion « d'exécution extra-judiciaire », à propos de djihadistes de nationalité française ayant rejoint l'Etat Islamique et ayant été tués par des frappes françaises. Situation pouvant potentiellement déboucher sur une plainte des familles. Fort heureusement, le procureur de Paris, François Molins⁵ et qui est intervenu lors du colloque « Droit et Opérations extérieures » a clarifié la situation en soulignant qu'il n'y avait pas de contradiction entre les opérations militaires françaises contre *Daesh* et le traitement judiciaire des djihadistes et que : « *le fait que des combattants de Daesh fassent l'objet de poursuites pour terrorisme ne change rien au fait qu'en Syrie ils sont membres d'un conflit armé et donc susceptibles d'être ciblés militairement dans le respect des principes de distinction, précaution et proportionnalité* ». Cette mise au point met en relief toute l'importance de la clarté des définitions juridiques qui peuvent avoir des conséquences opérationnelles graves. L'efficacité opérationnelle peut ainsi être liée à la définition juridique.
20. Les armées ont besoin d'objectifs clairs pour être efficaces, elles en ont. Nos troupes combattent des réalités et pas des idées ou des concepts. C'est une condition essentielle de l'efficacité.

III. Un engagement sur le territoire national justifié mais stérilisant dans sa mise en œuvre : vers une militarisation du territoire national ?

21. La question de l'engagement des forces armées sur le territoire national pose des questions d'ordre juridique et politique encore plus sensibles que celles liées aux engagements extérieurs. La décision de déployer plus de 10.000 hommes en France en janvier 2015 a relancé le débat sur l'opportunité et l'efficacité d'un tel déploiement.

⁵ <http://www.opex360.com/2015/11/04/pas-de-contradiction-les-operations-militaires-francaises-lei-le-traitement-judiciaire-des-jihadistes/>

A) Les modalités du déploiement des Armées

- 22.** Ce déploiement, signe politique fort sur le plan de la communication institutionnelle cadre avec le contrat opérationnel des forces terrestres et complète les dispositifs permanents aériens et navals. En effet, le déploiement quasi immédiat de plus de 10.000 hommes a démontré la capacité de réaction et de déploiement des armées et ainsi répondu aux attentes du gouvernement, lequel souhaitait à la fois envoyer un signal visible d'action et rassurer nos concitoyens. Ce dispositif terrestre est venu compléter le dispositif aérien de Posture Permanente de Sécurité (PPS) et le dispositif naval destiné à assurer la défense côtière.
- 23.** Les effets psychologiques pour ne pas dire médiatiques ont été immédiats, montrant la détermination du gouvernement à ne pas rester inactif. Face au traumatisme provoqué par les attaques terroristes islamistes de janvier 2015, ce déploiement est tout à fait justifié d'autant qu'il était prévu par le contrat opérationnel défini par le Livre Blanc sur la Défense et la Sécurité Nationale. Des logiques militaires internes militaient aussi pour un déploiement massif sur le territoire national afin de démontrer l'utilité de l'outil à un moment où les menaces budgétaires sont permanentes. Cependant, ce déploiement massif n'est pas sans conséquences à moyen terme sur le fonctionnement des armées et pose la question du rapport coût/efficacité opérationnelle.

B) L'efficacité du déploiement des Armées

- 24.** La question de son efficacité réelle au regard de la difficulté politique à désigner des objectifs militaires clairs reste posée. L'effort fourni par les armées est en effet difficile à tenir sur le long terme en raison des conséquences en terme d'entraînement et d'usure humaine. En effet, les cycles opérationnels ont été bouleversés par ce déploiement qui tend à durer même s'il a été réduit à environ 7000 hommes⁶. Bon nombre d'unités ont dû annuler leur participation à des cycles d'entraînement afin

⁶ Les événements de novembre 2015 vont ainsi nécessairement conduire à une réactivation de ce déploiement dans sa dimension la plus élevée.

d'être déployées dans le cadre de l'opération Sentinelle⁷. Cette situation aura des conséquences à moyen terme si le niveau d'engagement se maintient. Les activités de préparation opérationnelle seront réduites et le niveau des unités en sera affecté. Dans ce cadre, la perte de savoir-faire n'est pas exclue car dans ce domaine rien n'est définitif.

25. Ce phénomène pourrait même être aggravé par la logique d'appui qui prévaut actuellement et par la difficulté à définir clairement la mission en termes militaires (mission/objectif). En effet, même si les patrouilles de l'opération Sentinelle sont menées en autonomie, le cadre d'emploi est très restrictif et en fin de compte, stérilisant pour les unités, les échelons de commandement étant dé-responsabilisés dans le cadre de dispositifs essentiellement statiques sans objectifs opérationnels clairs. De manière provocante le général Desportes ancien directeur de l'École de Guerre déclarait récemment : « *employer l'armée comme un stock de vigiles à déployer devant les lieux de culte est un véritable gâchis* »⁸. Rappelons que l'armée israélienne a payé d'une sévère défaite contre le Hezbollah en 2006 ses pertes de savoir-faire dûes à des engagements « mous » dans des opérations de police au cours des années précédentes...

26. Si le caractère dissuasif du dispositif est indiscutable, l'efficacité contre un ennemi intérieur que l'on a du mal à identifier et à nommer pour des raisons qui ne sont pas du ressort de la hiérarchie militaire laisse perplexe. Contrairement aux théâtres d'opération extérieures, la logique d'appui et la difficulté à identifier et à nommer l'ennemi, contraignent l'efficacité.

C) L'avenir du déploiement des Armées

27. La perspective du passage d'une logique d'appui à une logique d'action n'est pas à exclure. La logique d'appui actuelle pourrait cependant évoluer très vite si l'on tient

⁷ Depuis le 12 janvier 2015, l'opération Sentinelle, désigne le déploiement sur le territoire national des Armées, au lendemain des attentats des 7, 8 et 9 janvier 2015, afin de faire face à la menace terroriste et protéger de nombreux points sensibles.

⁸ <http://www.lesechos.fr/industrie-services/air-defense/021431526984-general-desportes-au-rythme-actuel-larmee-francaise-sera-bientot-epuisee>

compte du durcissement des actions terroristes islamistes à l'extérieur et l'afflux difficilement contrôlé de clandestins dont on ne peut exclure que certains soient des vecteurs potentiels pré-identifiés par les groupes terroristes ou simplement manipulés après-coup.

28. La préparation et la conduite d'attaques complexes et simultanées sur le territoire national ne peut pas être exclue. M. Pierre Juillet (président du club des directeurs de sécurité des entreprises et de l'académie de l'intelligence économique) déclarait récemment : « *nous avons la preuve d'un problème énorme en France mais trop peu évoqué : la contrebande d'armes* »⁹. Des armes de guerre circulent et sont stockées, prêtes à être utilisées par les réseaux terroristes, au moment où notre vigilance baissera. La prévention et la lutte contre ce genre de situations ne pourra se faire qu'en passant d'une logique d'appui, qui se justifie à un niveau de menace bas, à une logique d'action qui doit être anticipée.

29. La difficulté à suivre les acteurs potentiels d'actions terroristes est rendue très difficile par l'augmentation rapide des cas de radicalisation et l'arrivée massive de clandestins arrivant des zones de combat irako-syrienne sans que nous ayons la possibilité d'avoir des renseignements suffisamment précis sur eux. Nos services de renseignements, analystes et enquêteurs n'ont pas la possibilité de suivre un nombre potentiel de terroristes qui augmente fortement. Les services de renseignement allemands et autrichiens ont ainsi déjà alerté les autorités politiques de leurs pays respectifs des dangers liés aux flux migratoires massifs venant de Syrie.

30. Le *scenario* catastrophe n'est évidemment pas souhaitable et doit être évité mais il serait dangereux de ne pas l'envisager et de ne pas anticiper les conditions d'emploi des forces armées dans une logique d'action sur le territoire national¹⁰ ; logique se

⁹ http://www.lesechos.fr/11/01/2015/lesechos.fr/0204071661253_alain-juillet-----nous-devons-vivre-avec-une-menace-constante-et-double

¹⁰ Cette hypothèse n'est pour l'instant pas envisagée par le Livre Blanc, car comme le relevait Bertrand Pauvert, « *alors même que le concept de « sécurité nationale » invite à envisager celle-ci de manière globale, pas une ligne n'y est consacrée à l'hypothèse et aux modalités d'une intervention de nos armées sur le sol national* », in « 1972-2013 : 40 ans de Livres blancs – Permanences et évolutions de la Défense en France », Le droit de la sécurité et de la défense en 2013, Christian Vallar et Xavier Latour dir., PU Aix-Marseille, 2014, p. 61.

différenciant alors de la logique d'appui actuelle en vigueur dans l'opération Sentinelle. L'exemple de l'opération Harpie menée dans le département de Guyane et où les forces engagées tout en agissant sous réquisition ont une grande liberté d'action pour monter des opérations visant à stopper les flux logistiques clandestins pourrait ainsi servir de base de réflexion. La question par exemple des pouvoirs de police reste dans ce cas bien entendu posée.

- 31.** L'engagement de nos forces armées dans la lutte contre le terrorisme islamiste est donc massif tant sur le territoire national que sur les théâtres d'opération extérieurs. Nos armées se sont adaptées aux réalités du combat asymétrique et obtiennent des succès opérationnels grâce à des objectifs clairs et à un ennemi identifié. Nos troupes en opérations extérieures mènent le « combat de l'avant » avec efficacité. Le défi majeur à relever dans l'avenir concernera sans aucun doute l'adaptation de nos dispositifs et de nos modes d'emploi sur le territoire national. La sécurité de nos concitoyens ne pouvant se satisfaire d'un manque d'anticipation alors que la menace se précise un peu plus chaque jour. Encore faut-il nommer cette menace et ne pas refuser de la voir.

L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme

Anne-Sophie TRAVERSAC

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), chercheur-associé au Centre de Recherche des Ecoles de Saint-Cyr Coëtquidan (CREC)

Résumé : *Chaque acte terroriste sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne est l'occasion de déclarations de tristesse, de soutien mais également et juridiquement de réaffirmer la volonté de l'Union de lutter contre le terrorisme, aux côtés des Etats membres. L'Union a, en effet, adopté lentement et rigoureusement, même sans attendre les attaques du 11 septembre 2001, un corps de règles communes. Cette construction patiente et diffuse, dès les années 1970, se comprend déjà dans le cadre de la montée en puissance de l'espace de justice, de sécurité et de liberté, puis avec la naissance d'agences et d'acteurs dédiés, enfin, la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'Union européenne se comprend désormais plus globalement dans le cadre de l'édification d'un espace où sécurité intérieure et extérieure sont inexorablement liées.*

1. « Tout citoyen est en droit de vivre à l'abri de la peur, quelles que soient ses opinions ou ses convictions. Nous préserverons nos valeurs communes et protégerons chacun de la violence motivée par des considérations ethniques ou religieuses et par le racisme. Pour ces mêmes raisons, nous combattons également les ennemis de nos valeurs. Nous renforcerons encore l'action menée contre les menaces terroristes, dans le plein respect des droits de l'homme et de l'État de droit »¹. « La lutte contre le terrorisme sous toutes ses formes doit se poursuivre sans relâche »². Après le 11 janvier 2015, les chefs d'Etat ou de gouvernement de l'Union européenne, autant que le président du Conseil européen, ont ainsi exprimé l'intérêt commun d'une lutte contre le terrorisme. Après chaque acte terroriste sur le territoire d'un Etat membre, des déclarations comparables peuvent être remarquées. Qu'elles adressent un message de soutien, expriment la tristesse et la compassion partagées ou réaffirment des valeurs communes, elles marquent tout autant l'engagement de l'Union européenne dans la lutte contre ce phénomène. Si les Etats en ce domaine, et à des degrés divers, conservent une primauté incontestée quant à l'édiction des

¹ Réunion informelle des chefs d'Etat ou de gouvernement, Bruxelles, 12 fév. 2015, Déclaration des membres du Conseil européen : www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/02/150212-european-council-statement-fight-against-terrorism/

² Déclaration de D. Tusk, Communiqué de presse, Bruxelles, 7 janv. 2015.

normes, l'Union européenne s'est dotée, progressivement mais rigoureusement, d'un « arsenal juridique » complet, hétérogène et personnifié par plusieurs agences et acteurs ayant pour objectif, exclusif ou non, de lutter contre le terrorisme.

2. En matière de terrorisme, comme dans nombre d'autres domaines, il est devenu usuel d'initier l'adoption ou d'adopter des normes après un événement marquant pour la société concernée. Le *Patriot Act* américain, après les attaques du 11 septembre 2001³, en demeure un exemple remarquable. Le constat est également valable en France⁴ et pour plusieurs Etats membres. Au niveau international, l'adoption de la résolution 1373, le 28 septembre 2001, par le Conseil de sécurité des Nations Unies⁵ démontre que cette instance, souvent paralysée par l'un ou l'autre de ses membres permanents, a fait preuve de célérité face à une attaque de cette importance. Pour l'Union européenne, l'intérêt pour la lutte contre le terrorisme n'est pas né en 2001 mais incontestablement cette année 2001 a eu une influence dans l'appréhension juridique du phénomène. Le processus de décision, plus souvent connu pour sa lenteur, a été sensiblement accéléré. Pour l'Union, comme pour de nombreux Etats membres, le terrorisme fait désormais l'objet d'une législation spécifique, régulièrement et continuellement adaptée, notamment au gré des attaques et des failles éventuellement mises en exergue.

3. Alors que la lutte contre le terrorisme est évoquée au niveau international, régional et national, la définition même du terrorisme fait l'objet de discussions⁶. A l'échelle de l'Organisation des Nations Unies, les résolutions du Conseil de sécurité, qui identifient les acteurs du terrorisme, les actions terroristes, l'idéologie terroriste ou encore les conséquences du terrorisme portant atteinte à la paix et à la sécurité internationales,

³ V. not. Hélène Trigoudja, « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la “guerre au terrorisme” ? », *AFDI*, 2002, vol. 48, pp. 81-102.

⁴ V. après les attaques de Toulouse et Montauban en mars 2012, la loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme (*JO* du 22, p. 20281). Notons la récente loi n° 2015-912 du 24 juil. 2015 relative au renseignement (*JO* du 26, p. 12735) : préparée bien avant les attaques à Paris et en région parisienne en janvier 2015, les débats, notamment devant les Chambres, ont essentiellement porté sur la question du terrorisme ; d'autres questions juridiques prennent alors, dans ces circonstances, une dimension nouvelle, focalisant pour l'occasion l'attention médiatique, comme par exemple l'acquisition de la nationalité et sa possible perte par la voie de la déchéance (v. C. const, 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC, note B. Pauvert, *AJDA*, 2015, pp. 1001-1005).

⁵ Résolution 1373 (2001), Conseil de sécurité des Nations Unies, 28 sept. 2001.

⁶ V. not. Henry Laurens, Mireille Delmas-Marty, *Terrorismes, histoire et droit*, CNRS éd., 2010, 337 p. ; Alain Bauer, Jean-Louis Bruguière, *Les 100 mots du terrorisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010, 128 p.

initient textes et actions, mais se voient souvent reprocher l'absence d'une définition, souhaitée universelle, alors que l'approche est plus volontiers sectorielle, vise l'incitation à la ratification de conventions et accords distincts ou encore met en place des structures de réflexion et de coordination pour lutter contre le phénomène⁷. Empiriquement et institutionnellement, la lutte contre le terrorisme est désormais l'un des buts poursuivis par les Nations Unies, complétant alors implicitement le texte de 1945 et l'adaptant aux nouvelles formes de menaces. L'Union européenne a sur ce point marqué sa singularité, et peut-être à cet égard et sur ce point démontré une cohérence entre ses Etats membres, puisqu'une définition de l'acte de terrorisme est énoncée dès la position commune du Conseil de 2001 : il est intentionnel et « *par sa nature ou son contexte, peut gravement nuire à un pays ou à une organisation internationale* » quand il est « *commis dans le but de gravement intimider une population, ou contraindre indûment des pouvoirs publics (...) à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays* »⁸. La décision-cadre de 2002 présente l'intérêt de rechercher l'harmonisation des infractions terroristes dans tous les Etats membres en introduisant une définition spécifique et commune, par laquelle le concept de terrorisme englobe bien un élément objectif, en ayant recours à une liste d'actes criminels considérés comme graves, et un élément subjectif en signalant bien que de telles infractions sont commises pour intimider la population ou encore déstabiliser les structures fondamentales de cet Etat⁹. Il semble ainsi qu'il soit plus aisé au niveau régional qu'au niveau international d'adopter une définition du terrorisme¹⁰.

4. La lutte contre le terrorisme sur le continent européen n'emprunte toutefois pas seulement les voies de l'Union européenne. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, cette préoccupation s'est très tôt traduite notamment par la Convention européenne pour la

⁷ V. not. la création du Comité spécial sur le terrorisme (1996), sur ces questions v. not. C. Mottais, *La lutte contre le terrorisme : entre juridictions nationales et internationales, l'adaptation des forces armées américaines et françaises à un nouvel ennemi*, Mémoire, Ecole Spéciale Militaire de Saint-Cyr, sous la dir. de Stéphane Baudens, 2015, 181 p.

⁸ Positions communes du Conseil relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme 2001/931/PESC (JOCE L 344 du 28 déc. 2001, p. 93).

⁹ Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JOCE L. 164 du 22 juin 2002, p. 3.

¹⁰ Cela pourrait être confirmé également au regard de l'Union africaine, v. not. Convention de l'OUA sur la Prévention et la Lutte contre le Terrorisme, adoptée lors de la 28^e session ordinaire de la Conférence des chefs d'Etats et de Gouvernements de l'OUA (1999)

répression du terrorisme, invoquant l'intérêt de prendre des « mesures efficaces » pour que « les auteurs [d'actes de terrorisme] n'échappent pas à la poursuite et au châtement », elle vise à faciliter l'extradition en tant que « moyen particulièrement efficace de parvenir à ce résultat » ; ouverte à la signature en janvier 1977, elle est entrée en vigueur en août 1978¹¹. Il convient également de signaler la recommandation 1426 (1999) du Conseil de l'Europe¹², livrant une définition des actes terroristes : « tout délit commis par des individus ou des groupes recourant à la violence ou menaçant de l'utiliser contre un pays, ses institutions, sa population en général ou des individus concrets, qui, motivé par des aspirations séparatistes, par des conceptions idéologiques extrémistes ou par le fanatisme ou inspiré par des mobiles irrationnels et subjectifs, vise à soumettre les pouvoirs publics, certains individus ou groupes de la société ou d'une façon générale l'opinion publique à un climat de terreur ». Plus récemment, le cadre européen, au titre de son action contre le terrorisme, a vu naître la Convention pour la prévention du terrorisme (2005), texte reconnaissant notamment que « les infractions terroristes ainsi que celles prévues par la présente Convention, quels que soient leurs auteurs, ne sont en aucun cas justifiables par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou de toute autre nature similaire » ; tout en invoquant « le besoin » de renforcer la lutte contre le terrorisme, son

¹¹ Convention européenne pour la répression du terrorisme, 27 janvier 1977, STCE n° 90, Ainsi, l'article 1^{er} établit une liste des infractions ne devant pas être considérée comme une infraction politique dans le cadre de l'extradition entre Etats contractants ; Ratifiée à ce jour par 46 Etats membres (juillet 2015) : v. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=090&CM=&DF=&CL=FRE> ; la France, lors de sa déclaration faite lors de la signature, le 27 janvier 1977, soulignait particulièrement l'intérêt porté aux travaux au sein de l'Europe communautaire : « Il y a aussi un point qui revêt pour le gouvernement une importance toute particulière : c'est le succès des travaux engagés à Neuf dans le même domaine, à la suite des décisions du Conseil Européen du 13 juillet 1976. Nous voulons éviter les risques de conflit entre les deux textes ; le gouvernement n'a donc pas l'intention de ratifier la Convention de Strasbourg avant l'instrument qui sera élaboré par les Neuf ». Lors de ce Conseil européen, les Etats, au titre du terrorisme international, déclaraient d'abord « comme totalement inacceptable la méthode inhumaine qui consiste à prendre des otages pour exercer des pressions sur les gouvernements, quel que soit le but poursuivi, politique ou non, et quelles qu'en soient les raisons », et « en particulier, les chefs de gouvernement invitent leurs ministres de la justice à élaborer une convention aux termes de laquelle les neuf Etats membres s'engageraient à traduire devant les tribunaux ou à extraditer les auteurs de prises d'otages » (v. communiqué de presse, Conseil européen, Bruxelles, 12 et 13 juil. 1976 : http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-76-2_fr.htm). Ce texte avait notamment été précédé par la Convention européenne d'extradition, 13 déc. 1957, et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, 20 avr. 1959, instruments qui ne mentionnaient pas le terme « terrorisme ».

¹² V. ce texte repris également par la recommandation 1677 (2004) « Défi du terrorisme dans les Etats membres du Conseil de l'Europe », signalant que la « réponse commune du Conseil de l'Europe n'est pas suffisante », notamment « les carences des dispositifs nationaux et européens de répression et de prévention du terrorisme rendent toujours possible le trafic d'armes, de munitions et de moyens financiers du terrorisme international, ainsi que la circulation des personnes liées au terrorisme, à travers les Etats membres du Conseil de l'Europe », ainsi « le caractère mondial de la menace contre le terrorisme rend nécessaires la cohésion et la solidarité absolues au sein de la communauté internationale » (nous soulignons), v. Textes adoptés, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, session ordinaire de 2004 (oct. 2004).

Préambule met en exergue l'exigence en vertu de laquelle « *toutes les mesures prises pour prévenir ou réprimer les infractions terroristes doivent respecter l'Etat de droit et les valeurs démocratiques, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, ainsi que les autres dispositions du droit international, y compris le droit international humanitaire lorsqu'il est applicable* »¹³. Ce texte vient d'être complété par un protocole additionnel consacré au phénomène des combattants terroristes étrangers¹⁴. Enfin, il convient de souligner avec intérêt que la jurisprudence de la Cour européenne marque parfaitement la difficulté inhérente à la lutte contre le terrorisme et la conciliation subséquente entre la sécurité et les droits et libertés¹⁵.

5. L'Union européenne s'est dotée, de longue date déjà, de normes lui permettant de s'inscrire, aux côtés des Etats membres, dans une lutte contre le terrorisme¹⁶. Au fil de ces instruments juridiques, c'est une facette de l'Union moins connue qui se dévoile, union d'Etats allant au-delà de l'expression commune de la tristesse et construisant un espace juridique commun au profit d'une lutte contre un phénomène qu'elle a le mérite d'avoir défini, au contraire d'autres institutions et en particulier l'Organisation des Nations Unies. La lutte contre le terrorisme reste pour l'Union européenne une contribution complémentaire et supplétive à celle des Etats, mais elle demeure commune et donne certainement un sens à la solidarité telle qu'évoquée par les Traités.

6. La lutte contre le terrorisme, qui s'est progressivement affirmée, au fil du droit dérivé mais aussi au cœur même du droit primaire, et dont se sont saisies les institutions pour

¹³ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, 16 mai 2005, Varsovie, STCE n° 196, ratifiée à ce jour par 31 Etats : v. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=196&CM=1&DF=&CL=FRE> « *Rappelant que les actes de terrorisme, par leur nature ou leur contexte, visent à intimider gravement une population, ou à contraindre indûment un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou à gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale* », le texte a pour objectif « *d'améliorer les efforts des Parties dans la prévention du terrorisme et de ses effets négatifs sur la pleine jouissance des droits de l'homme et notamment du droit à la vie, à la fois par des mesures à prendre au niveau national et dans le cadre de la coopération internationale, en tenant compte des traités ou des accords bilatéraux et multilatéraux existants, applicables entre les Parties* ».

¹⁴ Protocole additionnel, adopté par Comité des Ministres lors de sa 125^e session le 19 mai 2015.

¹⁵ L'objet n'étant pas ici de développer ces éléments, nous nous permettons de renvoyer sur ces points essentiels aux contributions nombreuses des auteurs et en premier lieu aux éléments mis en ligne par la Cour elle-même pour en avoir un regard concis et précis.

¹⁶ Notions que le vocabulaire employé pour l'Union est bien celui de la *lutte* et non celui de la *guerre* contre le terrorisme, terminologie plus volontiers utilisée par les Etats ; certains Etats en particulier.

œuvrer à des stratégies sans cesse révisées et augmentées, a longtemps été une finalité que l'Union cherchait à atteindre, et ce en construisant prudemment et régulièrement un cadre juridique fait de normes autant que de *soft law*, ensemble hétérogène mais établi de concert (I). Les outils de la lutte se sont ensuite affirmés, ayant pour objet exclusif la lutte contre le terrorisme ou y contribuant au fil de leurs missions (II). Il semble aujourd'hui, au terme de cette déjà longue évolution, que l'approfondissement de la lutte contre le terrorisme se fasse sur un prisme sensiblement différent et plus large, à travers une liaison sans cesse plus forte entre la sécurité intérieure et extérieure de l'Union (III).

I. La construction patiente et diffuse d'un arsenal juridique de lutte contre le terrorisme

7. La lutte contre le terrorisme au niveau européen doit d'abord être évoquée sous les traits du « Groupe TREVI » (Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale) créé sous l'impulsion du Conseil européen de Rome de décembre 1975, il se réunit dès juin 1976 avec pour principal objectif l'échange d'informations sur la menace terroriste et la nécessité de définir des stratégies entre Etats membres¹⁷. Ces réunions périodiques des ministres de l'Intérieur et/ou de la Justice ont eu des compétences étendues à l'immigration illégale ou à la lutte contre la criminalité organisée, et constituent les premiers pas de la coopération policière et la pierre fondatrice de la politique « Justice et Affaires Intérieures ». Commence ainsi à voir le jour la volonté d'un espace judiciaire européen. Les étapes successives sont connues. La structure en piliers issue du Traité de Maastricht, signé le 7 février 1992, consacre « la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », la « coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme »¹⁸ est alors inscrite dans le droit primaire au titre des « questions d'intérêt commun ». Puis, le Traité d'Amsterdam, invoquant l'objectif de l'Union « *d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice* » invoque que cet objectif « *est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre,*

¹⁷ Conseil de l'Union européenne, Communication « Vivre dans un espace de liberté, sécurité et justice », 2005, v. <http://www.consilium.europa.eu/fr/workarea/downloadasset.aspx?id=1057>

¹⁸ Art. K1, 9° du Traité sur l'Union européenne, 1992, inclus dans le Titre VI « Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ».

et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme »¹⁹, les moyens évoqués sont alors, en premier lieu, une coopération plus étroite entre les forces de police, entre les autorités judiciaires et le rapprochement des règles de droit pénal des Etats membres²⁰.

8. La lutte contre le terrorisme pour l'Union européenne, après ces premiers pas fondateurs, se présente principalement sous les traits d'un corpus composé d'un ensemble assez hétérogène mêlant des actes juridiques autant que de la *soft law*, cadre diffus et complémentaire à la lutte opérée par les Etats Membres marqué notamment par l'incitation ferme faite à ces derniers de ratifier un ensemble de textes considérés comme pertinents et nécessaires. L'« arsenal juridique » de lutte contre le terrorisme s'est, dans un premier temps, surtout appuyé sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice, pensé et construit par les programmes de Tampere (1999-2004), La Haye (2004-2009) puis Stockholm (2010-2014). Si l'antériorité par rapport à septembre 2001 doit être soulignée, l'année 2001 reste une date charnière permettant de signaler une césure dans la progression des mesures de lutte contre le terrorisme, la progression s'étant accélérée après le 11 septembre 2001.

9. Avant 2001, peuvent être répertoriés des documents dits de « première génération », permettant de souligner une « *interaction entre actes juridiques, documents politiques et documents internes* »²¹. Ainsi, les « lignes directrices pour une approche commune en vue d'éliminer le terrorisme international » ont été établies dès 1986 puis régulièrement révisées et constituent un « *outil de dialogue politique qui définit l'attitude générale de l'Union face au terrorisme et explicite sa stratégie pour lutter contre le terrorisme au niveau international* »²². Parmi cette première génération de textes, Mme Auvret-Finck cite les instruments adoptés dans le cadre du troisième pilier, dont la décision du Conseil du 3 décembre 1998 chargeant Europol de traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités terroristes portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes, ainsi qu'aux biens, l'action commune du

¹⁹ Titre VI, art. K 1 tel que modifié par le Traité d'Amsterdam, 1997.

²⁰ V. not. Daniel Flore, « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, p. 123 ; Emmanuelle Gindre, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, LGDJ, Fondation Varenne, 2009, 524 p.

²¹ Josiane Auvret-Finck, « Le cadre juridique de référence de la lutte contre le terrorisme », in J. Auvret-Finck (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme, Etat des lieux et perspectives*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 21.

²² J. Auvret-Finck, art. préc., p. 21.

Conseil du 15 octobre 1996 portant sur la création et la tenue d'un répertoire de compétences, des connaissances et des expertises spécialisées en matière de lutte antiterroriste entre les Etats membres de l'Union, ou encore la recommandation du 9 décembre 1999 sur la coopération en matière de lutte contre le financement du terrorisme²³.

10. Signalons que quelques jours avant les attentats du 11 septembre, la lutte contre le terrorisme était au cœur des discussions au sein des institutions. En effet, le 5 septembre 2001, le Parlement avait adopté une recommandation dans laquelle il demandait l'adoption d'une « décision-cadre aux fins de rapprochement des dispositions législatives instaurant des règles minimales, au niveau européen, relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans le domaine du terrorisme ». Etait mise en avant la difficulté d'une définition universelle du terrorisme : « *il n'est guère possible de parvenir à une définition qui soit à la fois objective, précise et universellement acceptable* »²⁴. Les attentats sur le sol américain ont précipité le calendrier, conduisant à l'adoption d'un ensemble de mesures. Ainsi, à une première génération de textes, Mme Auvret-Finck voit succéder une deuxième génération, constituée par les textes adoptés dans l'après-11 septembre²⁵ : « *cet arsenal juridique va s'enrichir d'actes contraignants, dont certains présentent une dimension trans-piliers. Cette production normative est elle-même encouragée par des documents politiques qui s'inscrivent dans une vision volontariste et programmatique où transparaît l'exigence de cohérence* »²⁶. C'est alors surtout après le 11 septembre que se multiplient les outils de lutte contre le terrorisme.

²³ V. respectivement JOCE C26 du 30 janv. 1999, p. 22 ; JOCE L 273 du 25 oct. 1996, p. 1 ; JOCE C 373 du 23 déc. 1999, p. 1 ; cités par J. Auvret-Finck, art. préc., p. 21.

²⁴ v. le document A5-0273/2001, Rapport Watson du 12 juil. 2001 : *Rapport sur le rôle de l'Union dans la lutte contre le terrorisme*. Le texte met en avant les différences entre les législations antiterroristes des Etats membres : ne disposaient pas de législation spécifique relative au terrorisme : Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Grèce, Luxembourg, Pays-Bas, Suède ; disposaient d'une législation spécifique : Allemagne, Espagne, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni (p. 15 du rapport) ; v. A. Alcoceba Gallego, M. Quesnel, L. Rodriguez de las Heras Ballell, S. Sava-Albaladéjo, « Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen », in Emmanuelle Saulnier-Cassia, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, spéc. pp. 28 et s.

²⁵ V. *infra*

²⁶ J. Auvret-Finck, *op. cit.*, p. 22.

11. En réaction directe aux attaques, le Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001 indique d'abord que « la lutte contre le terrorisme sera plus que jamais un objectif prioritaire de l'Union européenne », et adopte un plan d'action pour la lutte contre le terrorisme, évoquant cinq points : le renforcement de la coopération policière et judiciaire, le développement des instruments juridiques internationaux, la volonté de mettre fin au financement du terrorisme, de renforcer la sécurité aérienne et enfin de coordonner l'action globale de l'Union européenne²⁷. Trois éléments méritent ensuite d'être considérés comme constituant les outils majeurs et de référence dans la lutte contre le terrorisme pour l'Union européenne. D'une part, les positions communes 2001/930/PESC²⁸ et 2001/931/PESC du 27 décembre 2001 en constituent les premiers éléments essentiels. D'un côté, la position commune 2001/930/PESC s'inscrit dans le prolongement de la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité des Nations Unies²⁹. Le texte reprend ainsi les termes mêmes de la résolution, réceptionnant alors les dispositions contraignantes de la résolution, même si des différences peuvent être signalées, marquant que « *si la mise en œuvre des mesures adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU semble tirer les conséquences du caractère suprême des résolutions adoptées par cet organe, il ne faut pas en déduire que le Conseil de l'Union s'est borné à recopier les résolutions. Ce dernier a, à l'inverse, complété et interprété certaines dispositions de celles-ci d'une manière extensive* »³⁰. Le financement du terrorisme est érigé en crime ; sont énumérées également les conventions et protocoles internationaux auxquels les Etats membres doivent devenir parties. La position commune 2001/931/PESC prend pour sa part un soin important quant à la définition des « personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme » et quant à l'acte de terrorisme, acte intentionnel, qui « *par sa nature ou son contexte, peut gravement nuire à un pays ou à*

²⁷ Conclusions et plan d'action du Conseil européen extraordinaire, 21 sept. 2001, v. ce texte et les éléments évoqués par le rapport français : Alain Barrau, Rapport d'information n° 3332, *sur les mesures prises par l'Union européenne à la suite des attentats terroristes aux Etats-Unis*, Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, Ass. nat., 15 oct. 2001.

²⁸ Positions communes du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme 2001/930/PESC (JOCE L 344 du 28 déc. 2001, p. 90) ; et relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme 2001/931/PESC (JOCE L 344 du 28 déc. 2001, p. 93)

²⁹ Résolution 1373 (28 sept. 2001) : le Conseil de Sécurité « *décide que tous les Etats doivent : prévenir et réprimer le financement du terrorisme ; ériger en infraction la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux (...) de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utiliser pour perpétrer des actes de terrorisme ; geler sans attendre les fonds (...) des personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme* ».

³⁰ Pierre Dumas, « L'hypothèse de la circulation des normes engendrées par la lutte contre le terrorisme dans l' « espace » de l'Union européenne », in Charlotte Girard, *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruylant, « Collection du CREDHO », 2012, p. 111.

une organisation internationale (...) lorsqu'il est commis dans le but de gravement intimider une population, ou contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou gravement déstabiliser les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale ». Là encore, un même constat peut être fait : « *même en ce qui concerne les mesures de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, au stade de l'exécution de ces mesures, l'Union européenne ne se contente pas de prendre en charge la diffusion des valeurs universelles, mais les complète et les adapte au contexte européen* »^{31 32}. Enfin, la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme³³, modifiée en 2008³⁴, prescrivant aux Etats membres de prendre « des mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels » précisément établis. Ainsi appréhendé et précisément circonscrit par des définitions communes entre Etats membres, le terrorisme, et les actes dans lesquels il s'incarne, permet de mesurer au sein de l'Union européenne une forte activité normative, accélérée après les attaques du 11 septembre. L'Union, tout en prenant la suite des résolutions du Conseil de Sécurité, s'en démarque également symboliquement par les définitions posées et imposées aux Etats membres qui, de plus en plus nombreux, se dotent après le 11 septembre de législations spécifiques pour lutter contre le terrorisme.

12. Par la suite, les mesures adoptées par l'Union européenne vont tendre à privilégier la définition d'une stratégie de sécurité. « Une Europe sûre dans un monde meilleur » : la stratégie européenne de sécurité adoptée en 2003, rédigée sous l'autorité du Haut représentant de l'Union pour la politique étrangère et de sécurité commune, Javier Solana, au Conseil européen et adoptée par ce dernier les 12 et 13 décembre, identifie des « défis mondiaux » et « principales menaces » contre la sécurité de l'Union. Si la démarche est ambitieuse, le document reste marqué par des considérations générales et des axes peu approfondis. Les menaces répertoriées sont au nombre de quatre : la prolifération des

³¹ P. Dumas, *op. cit.*, p. 112.

³² Et v. le régime de sanctions, pour la mise en œuvre de la résolution 1267 (1999) du Conseil de Sécurité, v. J. Auvret-Finck, *op. cit.*, pp. 23 et s.

³³ 2002/475/JAI (*JOCE* L. 164 du 22 juin 2002, p. 3) ; v. not. A. Alcoceba Gallego *et alii*, art. préc., quant à la définition de l'infraction terroriste dans les décisions-cadres (p. 33 et s.), quant à la nécessité ou la pertinence d'une définition universelle du terrorisme (p. 37 et s.).

³⁴ Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 nov. 2008 (*JOUE*, L. 330, p. 22).

armes de destruction massive, les conflits régionaux, la déliquescence des Etats, la criminalité organisée. Pour y répondre, le document établit des « objectifs stratégiques » pour l'Union qui demeurent tout aussi vastes : « *faire face aux menaces* », « *construire la sécurité de notre voisinage* » ou encore « *fonder l'ordre international sur un multilatéralisme efficace* ». Le document de 2003 semble alors bien peu précis, notamment à côté des autres instruments dont a commencé à se doter l'Europe. Il sera pourtant la première pierre d'un édifice qui désormais se complète, gagne en précision et donc en crédibilité.

13. Avant l'adoption du Traité de Lisbonne, la lutte contre le terrorisme a avancé de conclusions en déclarations à l'image du Conseil européen des 25 et 26 mars 2004 adoptant la déclaration sur la lutte contre le terrorisme. Marqué d'abord par la solidarité et la sympathie exprimées après les attentats de Madrid, ce texte est plus précis que la stratégie esquissée en 2003, les « objectifs stratégiques de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme » sont révisés et augmentés, ciblant notamment la nécessité de fortifier le consensus international, de réduire l'accès des terroristes aux ressources financières, de développer les moyens d'enquête ou encore d'assurer la sécurité des transports³⁵. Le Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005 a adopté une stratégie visant à lutter contre la radicalisation et le recrutement de terroristes, d'une part, et une stratégie visant à lutter contre le terrorisme, d'autre part. Ce dernier texte est notamment marqué, comme le souligne pertinemment Mme Auvret-Finck par « *le souci de communiquer (...) visible dans la présentation didactique du texte* », stratégie qui par ailleurs doit être considérée comme « *un modèle du genre puisqu'elle a fortement inspiré la stratégie de lutte contre le terrorisme adoptée par les Nations Unies le 8 septembre 2006* »³⁶. La lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne s'organise alors autour de quatre axes : prévention, protection, poursuite et réaction, dans un cadre où la coopération avec les pays tiers et les institutions internationales continue d'être mise en avant. Ces axes font appel à une lutte multidimensionnelle, les aspects liés au recrutement des terroristes, au financement des actions, à la coopération transfrontalière, ou encore des aspects sectoriels de lutte dans le domaine de la sécurité chimique, biologique radiologique et nucléaire, concourent ensemble

³⁵ Texte disponible, not. : www.senat.fr/europe/bruxelles_terrorisme_mars2004.pdf

³⁶ Sur ces questions, nous nous permettons de renvoyer aux points détaillés par J. Auvret-Finck, *op. cit.*, pp. 25-39.

à une politique qui peut en ce sens être qualifiée de « rhizomique »³⁷. Cet « arsenal juridique » a donné lieu à la naissance d'entités contribuant concrètement à la lutte contre le terrorisme, même si cette dernière n'est pas nécessairement leur objet principal.

II. La contribution concrète d'acteurs européens à la lutte contre le terrorisme

14. La lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne s'est continuellement construite avec des outils, sans cesse renforcés, l'incarnant et y concourant directement, sans nécessairement être dédiée à elle-seule. Ainsi, l'espace de liberté, de sécurité et de justice construit progressivement³⁸ permet d'abord une coopération judiciaire en matière pénale. La décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust³⁹ vise à constituer un point de convergence entre les autorités compétentes au sein de l'Union pour les enquêtes et poursuites, touchant au moins deux Etats membres, relatives aux formes graves de criminalité. Peut être soulignée la décision-cadre du 13 juin 2002⁴⁰ relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres⁴¹. Ensuite, la coopération policière permet en particulier de signaler la contribution de l'Office européen de Police (Europol) créée par la décision du Conseil du 6 avril 2009⁴². L'article 88 du Traité évoque d'ailleurs explicitement son rôle puisqu'il assigne à Europol la mission « *d'appuyer et de renforcer l'action des autorités policières et des autres services répressifs des Etats membres ainsi que leur collaboration mutuelle dans la prévention de la criminalité grave affectant deux ou plusieurs Etats membres, du terrorisme et des formes de criminalité qui portent atteinte à un intérêt commun* »⁴³.

³⁷ P. Dumas, *op. cit.*, p. 95.

³⁸ V. art. 67 TFUE, v. not. P. Mbongo (dir.), *Traité de droit de la police et de la sécurité*, LGDJ, 2014, pp. 36 et s. v. part. Eleftheria Neframi, « L'aspect externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : quel respect des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ? », in Catherine Flaesch-Mougin, Lucia Serena Rossi, *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, coll. « Rencontres européennes », 2013, pp. 507-532.

³⁹ Décision 2002/187/JAI du 28 fév. 2002 (*JOCE* L. 63 du 6 mars, p. 1), modifiée par la décision du Conseil 2009/426/JAI du 16 déc. 2008 (*JOUE* L 138 du 4 juin 2009, p. 14)

⁴⁰ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 (*JOCE* L 190 du 18 juil., p. 1).

⁴¹ V. A. Mégie, « Extradier dans l'Union européenne au nom de la lutte contre le terrorisme : l'application du mandat d'arrêt européen », in E. Saulnier-Cassia, préc. pp. 129-143.

⁴² Décision du Conseil 2009/371/JAI du 6 avr. 2009 (*JOUE* L 121 du 15 mai).

⁴³ Art. 88 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

15. Les agences Europol et Eurojust partagent une mission commune de lutte contre le terrorisme, leur montée en puissance ne fait alors pas de doute, mais « *pour autant, ces agences ont atteint un certain seuil au-delà duquel tout renforcement pourrait s'analyser en un dépassement de la coopération, très loin d'être partagé par l'ensemble des Etats membres* », en ce sens, « *tout progrès à l'échelle européenne passe pour l'heure par l'utilisation optimale des instruments existants* » selon M. Blanc qui en déduit, sur ce point, « *que la lutte contre le terrorisme demeurera pour longtemps l'affaire des Etats* »⁴⁴.

16. Enfin, au titre des acteurs de la lutte contre le terrorisme, il convient d'ajouter le poste de « coordinateur de la lutte contre le terrorisme », créé par le Conseil européen des 25 et 26 mars 2004⁴⁵ et visant à « promouvoir une approche globale et coordonnée ». La création d'un tel poste a pu être considérée « *comme un aveu de l'échec d'une coordination efficace des actions préexistantes (...) et le témoin d'une méfiance initiale de l'institutionnalisation d'une fonction venant nécessairement heurter des compétences et des prés carrés existants* »⁴⁶ ; toutefois, il semble avoir le mérite de personnifier cette lutte à mesure que son titulaire exerce une action plus lisible et visible, à défaut d'être encore peu médiatisée⁴⁷.

17. Par ailleurs, notons simplement, sans le développer, l'intérêt de l'espace Schengen et tout particulièrement son système d'information (SIS), outil contribuant également à la lutte contre le terrorisme⁴⁸. Pour « assurer la sécurité des citoyens », et en particulier à la suite d'attaques, ont été réaffirmés l'importance de ces outils. En effet, en février 2015, les chefs d'Etats ou de gouvernement concluaient leur réunion informelle en mettant d'abord en

⁴⁴ Didier Blanc, « Les agences européennes Europol et Eurojust et la lutte contre le terrorisme. Entre coopération et... coopérations », in E. Saulnier-Cassia, préc., pp. 103-125, spéc. p. 125. V. également Marco Borraccetti, « La collaboration entre Europol et Interpol : un parcours vers l'intégration ? », in C. Flaesch-Mougin, L. Serena Rossi, *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, coll. « Rencontres européennes », 2013, pp. 329-348.

⁴⁵ Déclaration sur la lutte contre le terrorisme, préc., pt. n° 14 « création du poste de coordinateur de la lutte contre le terrorisme »).

⁴⁶ V. E. Saulnier-Cassia, « La coordination de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme : une mission pour un coordinateur ? », in E. Saulnier-Cassia, préc., pp. 89-102. Le « *coordinateur a une double mission : celle de l'action et de la prévention, autrement dit, rendre plus efficace la lutte contre le terrorisme à travers les outils disponibles au niveau de l'Union européenne tout en renforçant et encourageant une plus grande prévention des risques* » (p. 92).

⁴⁷ Au néerlandais Gijs de Vries a succédé Gilles de Kerchove depuis 2007 ;

v. <http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/fight-against-terrorism/counter-terrorism-coordinator/>

⁴⁸ V. sur ces points not. Pascal Mbongo, *op. cit.*, p. 59 et s.

avant ces derniers, ils demandaient en particulier que « *le cadre Schengen existant soit pleinement exploité afin de renforcer et de moderniser le contrôle aux frontières extérieures* », ou encore que « *que les services répressifs et les autorités judiciaires intensifient l'échange d'informations et la coopération opérationnelle, notamment par l'intermédiaire d'Europol et d'Eurojust* »⁴⁹.

18. La lutte contre le terrorisme constitue pour l'Union européenne et pour chacun de ses membres un défi auquel elle contribue avec des outils régulièrement aménagés et adaptés depuis les premiers balbutiements jusqu'à la détermination d'un ensemble d'actes et d'agences. Si la lutte contre le terrorisme faisait l'objet de textes spécifiques, et même d'organes dédiés, elle se comprenait jusqu'à présent surtout par la contribution qu'un ensemble varié d'institutions et d'agences. La lutte contre le terrorisme s'inscrivait ainsi comme un objectif à atteindre empruntant différents chemins. Le vocable de sécurité, dans sa dimension intérieure et extérieure, semble désormais prendre plus que jamais une place déterminante, la lutte contre le terrorisme en étant une facette, essentielle au demeurant.

III. L'approfondissement de la lutte contre le terrorisme comme contribution à la sécurité intérieure et extérieure de l'Union

19. « *Fondé sur l'ensemble des politiques et instruments de l'Union européenne, le [programme européen en matière de sécurité] contribuera à un meilleur échange d'informations, à une coopération opérationnelle accrue et à une plus grande confiance mutuelle, et permettra de concilier les dimensions intérieure et extérieure de la sécurité. Si l'Union européenne doit rester vigilante face à d'autres menaces nouvelles (...), les priorités du programme sont le terrorisme, la criminalité organisée et la cybercriminalité* »⁵⁰. L'élaboration du programme européen en matière de sécurité, pour la période 2015-2020 montre ainsi que la lutte contre le terrorisme continue d'être une priorité mais elle s'inscrit plus volontiers dans un cadre plus large, et qui se veut également plus cohérent, celui d'une

⁴⁹ Réunion informelle des chefs d'État ou de gouvernement, Bruxelles, le 12 fév. 2015, préc.

⁵⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Strasbourg, 28 avr. 2015, COM(2015)185.

stratégie de sécurité dans ses dimensions intérieure et extérieure, déjà patiemment construite mais désormais affirmée plus clairement. Cette conciliation n'est en effet pas nouvelle, elle s'inscrivait déjà dans la timide stratégie européenne de sécurité en 2003. Le texte indiquait en effet que « *l'environnement de l'après-guerre froide se caractérise par des frontières de plus en plus ouvertes, où les aspects internes et externes de la sécurité sont indissolublement liés* »⁵¹. Progressivement, toutefois, plusieurs éléments permettent de souligner que la lutte contre le terrorisme gagne désormais un cadre élargi.

20. Avec l'adoption du Traité de Lisbonne, la lutte contre le terrorisme s'affirme dans le cadre d'une politique étrangère appuyée sur des outils nouveaux. Désormais regroupés dans un chapitre intitulé « dispositions spécifiques » du titre V consacré aux « dispositions générales relatives à l'action extérieure de l'Union », la politique de sécurité et de défense commune réalise avec le Traité de Lisbonne une synthèse de dispositions initialement éparpillées dans le traité non ratifié, gage de cohérence et de lisibilité. Une notion de sécurité globale se renforce, en particulier par une double approche de solidarité au sein de l'Union et de défense collective⁵² à l'extérieur, permettant d'atténuer les frontières entre sécurité intérieure et extérieure. Par ailleurs et parallèlement, les missions dites de Petersberg, déjà précisées avec le Traité de Nice, visant les missions humanitaires et d'évacuation, les missions de maintien de la paix et les missions de forces de combat pour la gestion des crises, ont été renforcées en particulier pour s'adapter aux nouvelles menaces. Le Traité en étend notamment le champ d'application en faisant référence à la prévention ces conflits et au renforcement de la sécurité internationale conformément aux principes de la Charte des Nations Unies »⁵³, l'article 43 du Traité invoque alors sans équivoque que « *toutes ces missions peuvent contribuer à la lutte contre le terrorisme, y compris par le soutien apporté à des pays tiers pour combattre le terrorisme sur leur territoire* »⁵⁴. En ce sens, les missions de lutte contre le terrorisme accroissent d'autant le champ d'action en légitimant nécessairement les actions à l'extérieur de l'Union ; les possibilités d'action peuvent d'ailleurs être plus vastes quand il s'agit pour un « groupe d'Etats membres » « *de*

⁵¹ *Une Europe sûre dans un monde meilleure*, Stratégie européenne de sécurité, 2003, préc.

⁵² V. not. Art. 42, al. 7 TUE : « *au cas où un membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres Etats membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, conformément à l'article 51 de la Charte des Nations Unies* ».

⁵³ Art. 42, al. 1, TUE.

⁵⁴ Art. 43, al. 1, TUE.

préservé les valeurs de l'Union et de servir ses intérêts »⁵⁵. Le traité propose alors des fondements solides et des possibilités d'actions plus vastes, il revient aux Etats par la suite d'utiliser ces outils et moyens⁵⁶. Il conviendra simplement de signaler ici que dans le cadre des missions de l'Union européenne en dehors de ces frontières, plusieurs missions, notamment militaires ont été auréolées de succès, mais la majorité d'entre elles demeurent d'ampleur assez restreinte, même si pour beaucoup il s'agit de contribuer, directement ou plus indirectement, à la lutte contre le terrorisme⁵⁷.

21. Tel que présenté, le programme européen en matière de sécurité invoque les menaces diffuses et complexes, les problèmes de sécurité « *ayant pour cause l'instabilité dans le voisinage immédiat de l'Union européenne et l'évolution des formes de radicalisation, de violence et de terrorisme* », ces menaces exigent alors « une réponse efficace et coordonnée au niveau européen », et, même si « *l'Union européenne doit rester vigilante face à d'autres menaces nouvelles qui pourraient aussi exiger une réponse coordonnée de sa part* », « *les priorités du programme sont le terrorisme, la criminalité organisée et la cybercriminalité* »⁵⁸. Sur plusieurs points, l'approche permet de signaler le chemin parcouru. Si le « *respect absolu des droits fondamentaux* » est cité, autant que la nécessité de « *davantage de transparence, de responsabilité et de contrôle démocratique pour susciter la confiance des citoyens* », l'accent est mis sur une « *meilleure utilisation et mise en œuvre des instruments juridiques de l'Union* » et sur l'importance d'« *adopter une approche intersectorielle et interagences plus unifiée* ». Notons qu'au titre du renforcement de l'action est cité le système européen de dossiers passagers, dont la mise en place montre bien les

⁵⁵ Art. 42, al. 5, TUE.

⁵⁶ V. not. Nicolas Clinchamps, Pierre-Yves Monjal (dir.), *L'autonomie stratégique de l'Union européenne, Perspectives, responsabilité, ambitions et limites de la défense européenne*, Larcier, Coll. « Dossiers », 2015, 304 p., spéc. les contributions d'A. Froment, « Le concept de sécurité commune : vers une mise en œuvre effective ? » pp. 45-54.

⁵⁷ Prenons ici seulement pour exemple la mission EUCAP Sahel, v. décision 2014/482/PESC du Conseil (JOUE L 217 du 23 juil. 2014, p. 31) : « *Dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne pour la sécurité et le développement dans la région du Sahel, l'EUCAP Sahel Niger vise à permettre aux autorités nigériennes de définir et de mettre en œuvre leur propre stratégie nationale en matière de sécurité. L'EUCAP Sahel Niger vise également à contribuer à mettre en place une approche intégrée, multidisciplinaire, cohérente, durable et centrée sur les droits de l'homme en matière de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée entre les différents intervenants nigériens dans le domaine de la sécurité* ».

⁵⁸ Communication de la Commission, précitée.

difficultés de s'entendre au sein de cet espace et au-delà des déclarations pourtant très favorables des chefs d'Etat et de gouvernement⁵⁹.

22. La lutte contre le terrorisme, volontiers envahissante au regard des normes et outils juridiques dédiés ou y contribuant est sans cesse considérée au regard des menaces nouvelles et sans cesse augmentée et aménagée pour y faire face. La lutte contre la radicalisation⁶⁰ avait par exemple gagné en importance avec la survenance de différentes attaques et menaces sur le territoire des Etats membres. L'Union européenne, au fil de ses déclarations et stratégies, a construit un « arsenal juridique » qui a gagné en cohérence⁶¹. La sécurité des citoyens de l'Union dans ses dimensions intérieure et extérieure repose, d'abord et toujours, sur la volonté et l'action des Etats ; l'Union européenne, en précisant continuellement le cadre juridique de la lutte contre le terrorisme, leur offre un cadre commun dont ils n'ont certainement pas encore exploité toutes les potentialités.

⁵⁹ V. réunion informelle, Bruxelles, 12 fév. 2015, préc.

⁶⁰ V. not. conclusions du Conseil européen en ce sens, 26 et 27 juin 2014, EUCO 79/14.

⁶¹ V. not. Louis Balmond, « Politique de sécurité et de défense commune et terrorisme », in J. Auvret-Finck (dir.), *op. cit.*, pp. 199-216. « *Si les Européens sont loin d'être unanimes sur tous les sujets qui les préoccupent, le terrorisme semble faire exception. Une assez grande unité règne, se traduisant par une perception commune de la menace et une acceptation d'une définition commune du terrorisme qui est pour l'instant impossible au plan international* », p. 199.

**La lutte contre le terrorisme dans les pays arabes depuis le printemps arabe :
les politiques mises en œuvre en Tunisie et en Égypte.**

Wafa Tamzini

Maître de conférences en droit public, Université Paris 13 - Sorbonne Paris Cité
Membre du CERAP - EA 1612, membre associée du CERSA - UMR 7106

Résumé : Les pays arabes ont connu des révoltes depuis ce que l'on nomme communément « le Printemps arabe » débuté en Tunisie en décembre 2010. La Tunisie et l'Égypte sont les seuls États à avoir adopté une nouvelle Constitution. Ces deux pays ont également en commun de subir, depuis ce « Printemps arabe », de nombreuses et importantes attaques terroristes. Si la lutte contre le terrorisme se traduit en Tunisie comme en Égypte par la mise en œuvre de mesures exceptionnelles déjà existantes -comme l'instauration de l'état d'urgence notamment- il convient de relever que dans le même temps, de nouvelles législations sont adoptées dans le but de renforcer les pouvoirs des gouvernements et d'accroître les moyens de lutte contre le terrorisme, au détriment cependant du respect de certains droits et libertés fondamentaux pourtant constitutionnellement protégés.

« Ce qui distingue l'homme de l'animal c'est la raison qui lui a donné le pouvoir de se détruire entièrement. Mais la raison humaine a conduit également à la vie sociale comme étant universellement nécessaire à la survivance de l'homme »¹.

1. Les pays arabes ont en commun une histoire, une langue et une culture influencées par l'islam. Depuis le soulèvement populaire de décembre 2010 en Tunisie et ce que l'on nomme communément « le printemps arabe », l'ensemble des peuples arabes aspire à davantage de liberté. Bien que partageant un certain nombre de traits communs, il n'en demeure pas moins que chacun de ces États possède sa propre dynamique, son propre rythme d'évolution. C'est la raison pour laquelle les soulèvements populaires qui se sont déroulés dans cette aire géographique n'ont pas tous eu les mêmes conséquences politiques.

2. En Tunisie, la révolution « de jasmin », débutée le 17 décembre 2010 après l'immolation du jeune Mohamed Bouazizi, a abouti au terme d'une transition constitutionnelle à l'adoption le 24 janvier 2014 d'une nouvelle Constitution. En Égypte, la

¹ Ronald Harry Graveson, « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », *Revue internationale de droit comparé*, 1958, p. 502.

chute du régime de M. Moubarak a conduit à l'adoption d'une nouvelle Constitution le 30 mars 2011 qui sera modifiée en décembre 2012 sous le règne de M. Morsi, Président nouvellement élu, puis remplacée les 14 et 15 janvier 2014 par une nouvelle norme fondamentale.

3. Formellement, la Tunisie et l'Égypte sont les seuls pays de ce « printemps arabe » à avoir adopté une nouvelle Constitution. Au Maroc, le pouvoir en place a en effet devancé les aspirations démocratiques des citoyens dans le but d'éviter de vivre un scénario tunisien. Une réforme constitutionnelle a bien eu lieu, même si elle fut critiquée par l'opposition, notamment par le mouvement du 20 février 2011². Sans minimiser les avancées introduites par le pouvoir constituant, celles-ci n'ont pas été couplées de véritables changements structurels notamment dans la protection des droits et libertés. En revanche, concernant l'Algérie, aucune modification constitutionnelle n'a été entreprise, malgré les promesses répétées du chef d'État. Et il en va de même, pour l'heure, en Libye. Si une commission spéciale fut chargée, le 21 avril 2014, d'élaborer une nouvelle Constitution avec pour contrainte temporelle d'achever cette mission dans un délai de 120 jours, les tensions politiques ont eu raison de cet objectif³. En Irak, de même qu'au Yémen, c'est la persistance d'une forte instabilité politique et militaire qui empêche (encore) la mise en œuvre d'une transition constitutionnelle.

4. Concrètement, le seul pays ayant réussi à mettre en place un régime conforme aux vœux émis par les revendications populaires est la Tunisie. En Égypte, malgré l'adoption d'une nouvelle Constitution, le Président élu démocratiquement a été destitué par l'armée et l'État est désormais dirigé par le général Al Sissi, ancien cadre du régime dictatorial déchu. Au Yémen et en Libye, les régimes politiques ont certes été renversés, mais la présence de multiples tribus aux intérêts divergents ont empêché toute transition démocratique et maintenu ces pays dans une situation de dislocation permanente, tant sur le plan socio-économique que sur le plan politique.

² Le mouvement du 20 février désigne le mouvement de protestations qui a eu lieu au Maroc suite aux événements du Printemps arabe le 20 février 2011.

³ La commission devait théoriquement être composée de 60 membres. Or, 13 d'entre eux n'ont pas pu être élus en raison de l'instabilité sécuritaire présente dans leur région électorale.

5. La Tunisie comme l'Égypte ont en commun de subir depuis les événements du Printemps arabe de nombreuses attaques terroristes. Les dernières en date ont visé à déstabiliser les économies touristiques avec, en Tunisie, la survenance des attentats du Bardo⁴ et de Sousse⁵ (38 touristes tués) respectivement en mars et juin 2015 et en Égypte avec l'assassinat du Procureur général Hicham Barakat le 29 juin dernier lors d'un attentat au Caire ou encore l'attaque du 1^{er} juillet ayant conduit à la mort de hauts dignitaires militaires. L'État islamique a revendiqué les attentats commis en Tunisie, tandis qu'en Égypte, en l'absence de revendication officielle, les autorités accusent les Frères musulmans et leur branche palestinienne d'être à l'origine de ces attaques sur le sol national.

6. Force est de constater que la majorité des actes terroristes commis dans le monde ces dernières années sont le fait de groupes djihadistes. Ces derniers se sont radicalisés avec les guerres survenues en Afghanistan de 1979 à 1989, puis en Irak à partir de 2003 et en Libye en 2011. Ainsi que l'explique Gérard Chaliand, « *le rôle de l'Arabie saoudite dans la diffusion d'un islam conservateur et d'une réislamisation militante, inspirée par le wahhabisme, a été déterminant après la 1^{ère} crise pétrolière (1973-1974) et plus particulièrement en réaction, dès 1979, à la montée du chiisme iranien* »⁶ et explique en partie l'existence de ces groupes djihadistes. Ces derniers sont composés de différents mouvements politiques, dont l'État islamique en Irak qui a donné naissance aujourd'hui à l'État islamique d'Irak et du Levant (EIL). C'est en ce sens que Daech⁷ constitue une nouveauté par rapport à ses prédécesseurs, notamment le mouvement Al Qaida : les dirigeants de l'EIL veulent s'établir sur un territoire et non uniquement détruire des institutions étatiques. Un État étant composé d'un territoire, d'un gouvernement et d'une population sur laquelle s'exerce ce pouvoir, l'apparition de Daech se traduit par une volonté de territorialisation inédite jusque-là dans les mouvements terroristes djihadistes. C'est ainsi que dans la conception de l'État islamique d'Irak et du Levant, « *la Syrie est divisée en trois « provinces » et l'Irak en quatre, chacune d'elle administrée par des responsables nommés* »⁸

⁴ Causant la mort de 22 personnes dont 21 touristes en mars 2015.

⁵ Causant la mort de 38 touristes en juin 2015.

⁶ Gérard Chaliand, « Le jihadisme à l'heure de Daech », in *Histoire du terrorisme - de l'Antiquité à Daech*, G. Chaliand et Arnaud Blin dir., Fayard, 2006, p. 646.

⁷ Daech est l'acronyme arabe de l'État islamique d'Irak et du Levant (EIL).

⁸ G. Chaliand, *op. cit.*, p. 653.

et présente sept ministères constituant « *l'armature de l'État en gestation* »⁹ et un législatif comprenant « *une charte de seize articles* »¹⁰.

7. Ce changement de stratégie opéré par Daech explique en grande partie les difficultés rencontrées tant par les puissances occidentales que par les puissances orientales dans leur lutte contre le terrorisme. Incapables de s'accorder sur une définition du terrorisme¹¹, les dirigeants adoptent des législations nationales antiterroristes dans le but de protéger leurs populations. En l'absence de définition unique au plan international¹², le mot « terroriste » est ainsi utilisé pour qualifier des mouvements ou groupements divers et variés. Certains pays allant même jusqu'à qualifier de « terroristes » des opposants politiques, à l'instar de la Russie qui qualifie comme tels les Tchétchènes ou de la Chine qui fait de même avec les Tibétains.

8. Les autorités tunisiennes et égyptiennes sont également concernées par ce problème d'absence de consensus international sur la définition même du mot « terrorisme ». Confrontées depuis le Printemps arabe à des vagues d'attaques meurtrières sur leur sol respectif¹³, les dirigeants de ces deux pays ont fait adopter cet été des législations visant à lutter contre le terrorisme. En Tunisie, le parlement a adopté le 24 juillet 2015 une loi antiterroriste pour renforcer les moyens de lutte contre les mouvements djihadistes. En Égypte, le Président Al-Sissi a ratifié le 16 août 2015 une loi antiterroriste allant dans le même sens. Dans les deux cas, de fortes critiques émanant principalement d'organisations non gouvernementales ont été émises à l'endroit de ces nouvelles normes, leur reprochant

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ En effet, les définitions du mot « terrorisme » diffèrent selon les législations nationales. Certains Etats insistent sur la finalité politique du terrorisme, d'autres sur ses finalités religieuses, d'autres encore sur les moyens utilisés.

¹² La résolution 1373, adoptée par le Conseil de sécurité de l'ONU le 28 septembre 2001, ne définit pas le mot « terrorisme ». Se fondant sur le chapitre VII de la charte constitutive des Nations Unies (Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression) le Conseil de sécurité crée un comité investi de la mission de veiller à la bonne exécution des résolutions précédemment adoptées.

¹³ Depuis mars 2015 et l'attentat du musée du Bardo, l'État tunisien est confronté à une menace djihadiste inédite. Les terroristes s'attaquent désormais aux zones urbaines comme le montre l'attentat de l'hôtel touristique situé près de Sousse et ne se cantonnent plus géographiquement aux zones montagneuses de Chaambi et Semmama. De même, en Égypte, les attentats se sont multipliés depuis le coup d'état militaire opéré par le général Al-Sissi et ceux-ci se produisaient essentiellement dans la région du Sinaï. Jusqu'en juin dernier avec l'attentat survenu au Caire et ayant coûté la vie au Procureur général.

de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux pourtant protégés par les Constitutions respectives de ces deux États.

9. Partant, la lutte contre le terrorisme dans ces pays depuis le Printemps arabe n'échappe pas à la problématique de la difficile conciliation de la liberté et de la sécurité : dans quelle(s) mesure(s) un État peut-il justifier des atteintes aux droits et libertés fondamentaux dans le but de sauvegarder la sécurité et de lutter contre le terrorisme ? Si la lutte contre le terrorisme se traduit en Tunisie comme en Égypte depuis le Printemps arabe par la mise en œuvre de mesures exceptionnelles comme l'instauration de l'état d'urgence notamment, il convient de relever que dans le même temps de nouvelles législations sont adoptées dans le but de renforcer les pouvoirs des gouvernements et d'accroître les moyens de lutte contre le terrorisme, au détriment cependant du respect de certains droits et libertés fondamentaux pourtant constitutionnellement protégés.

I. Les mesures exceptionnelles mises en œuvre pour lutter contre le terrorisme

10. Après le soulèvement populaire de 2010, ayant conduit à la chute du régime de M. Ben Ali en Tunisie puis, comme par un effet de domino, à la chute du régime de M. Moubarak -qui n'était certes plus soutenu par son allié historique américain- de nouveaux dirigeants furent élus démocratiquement au terme d'une transition mouvementée dans les deux pays. De nouvelles Constitutions furent également adoptées et donnèrent lieu à la mise en place de nouvelles institutions. Ces transitions démocratiques -bien qu'en Égypte cette expression mérite d'être sérieusement nuancée depuis le coup d'état de 2013 et la prise de pouvoir par l'Armée comme sous l'ancien régime- se sont accompagnées de multiples incidents dramatiques et de plusieurs attentats. Ces événements ont conduit les autorités à mettre en œuvre très rapidement les mesures exceptionnelles prévues par les dispositions constitutionnelles, suscitant des critiques émises par une partie de la société civile et par des organisations internationales de défense des droits de l'Homme, pour la plupart motivées par l'usage excessif et la durée jugée bien trop longue de ces dispositions censées être utilisées le moins possible au regard des atteintes portées aux libertés et droits fondamentaux.

11. Parmi ces mesures, l'état d'urgence semble être le régime d'exception le plus fréquemment utilisé. L'état d'urgence avait été mis en œuvre une première fois en Tunisie le 14 janvier 2011, jour de la démission du Président Ben Ali et n'avait été levé que trois ans plus tard, le 6 mars 2014. Au lendemain de l'attentat contre la station balnéaire d'El-Kantaoui près de Sousse survenu le 26 juin dernier, le Président de la République a décrété l'état d'urgence le 4 juillet 2015. M. Essebsi a réfléchi durant plus d'une semaine avant de prendre cette décision. En réalité, il n'y était pas initialement favorable et pensait que la proclamation d'une telle situation d'exception renforcerait les potentiels terroristes dans leur stratégie de déstabilisation des institutions de la République tunisienne. Selon lui, la proclamation de l'état d'urgence conforterait les djihadistes dans leurs actions et constituerait une preuve de faiblesse de la part des autorités nationales. Mais face à des menaces croissantes de nouvel attentat, il décide de changer d'avis et de mettre en place ce régime d'exception.

12. Le décret portant instauration de l'état d'urgence en date du 4 juillet 2015 vise les articles 77 et 80 de la Constitution ainsi que le décret n° 78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence. L'article 77 énonce que le Président de la République peut *« prendre les mesures nécessaires aux circonstances exceptionnelles et les rendre publiques conformément à l'article 80 »*. L'article 80 dispose qu'en *« cas de péril imminent menaçant la Nation ou la sécurité ou l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, le Président de la République peut prendre les mesures requises par ces circonstances exceptionnelles après consultation du Chef du Gouvernement, du Président de l'Assemblée des Représentants du Peuple et information du Président de la Cour constitutionnelle »*¹⁴. Ces articles définissent donc les pouvoirs du Président de la République

¹⁴ L'article 80 décrit ensuite la procédure et la durée de l'état d'urgence : *« [le Président de la République] adresse à ce sujet un message au peuple. Ces mesures garantissent, dans les plus brefs délais, un retour à un fonctionnement régulier des pouvoirs publics. L'Assemblée des Représentants du Peuple est considérée, durant cette période, en état de réunion permanente. Dans ce cas, le Président de la République ne peut dissoudre l'Assemblée des Représentants du Peuple et il ne peut être présenté de motion de censure à l'encontre du Gouvernement. Trente jours après l'entrée en vigueur de ces mesures et à tout moment passé ce délai, le Président de l'Assemblée des Représentants du Peuple ou les deux-tiers de ses membres, peuvent saisir la Cour constitutionnelle en vue de vérifier si les circonstances exceptionnelles perdurent. La décision de la Cour est adoptée publiquement dans un délai ne dépassant pas quinze jours. Ces mesures cessent d'avoir effet dès lors que les circonstances qui les ont engendrées prennent fin. Le Président de la République adresse un message au peuple à ce sujet »*.

en cas de situation exceptionnelle comme le terrorisme. A ces dispositions s'ajoute le décret n° 78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence. Rédigé par l'ancien Président Bourguiba, ce décret est toujours en vigueur, malgré le changement de régime opéré depuis la Révolution. Ce sont donc des règles rédigées sous un régime autoritaire qui restent applicables et encadrent l'état d'urgence aujourd'hui en vigueur dans la jeune démocratie tunisienne. Onze articles composent ce régime juridique. Le premier d'entre eux précise que l'état d'urgence peut « être déclaré sur tout ou partie du territoire de la République, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant par leur gravité le caractère de calamité publique ». D'une durée maximale de trente jours (art. 2-D), l'état d'urgence peut être prorogé par décret lequel fixera sa durée définitive (art. 3-D). Ensuite, les dispositions décrivent les pouvoirs accordés aux gouverneurs dans le cadre de ce régime d'exception. Ces derniers peuvent ainsi « interdire la circulation des personnes ou des véhicules, interdire toute grève ou lock-out même décidés avant la déclaration de l'état d'urgence » ou encore de « réglementer les séjours des personnes » (art. 4-D). Le ministre de l'intérieur peut quant à lui « prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée, de toute personne [...] dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics desdites zones » (art. 5-D). Gouverneur et ministre peuvent ensuite « ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature » et interdire « les réunions de nature à provoquer ou entretenir le désordre » (art. 7-D). Enfin, ils peuvent « ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit et prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales » (art. 8-D).

13. Les pouvoirs ainsi conférés aux autorités de police dans le cadre de l'état d'urgence sont importants, conséquents et susceptibles de porter atteintes à l'exercice des libertés individuelles et collectives protégées par la Constitution. Cet éventail de potentielles restrictions et/ou interdictions explique en grande partie les critiques formulées par les organisations non gouvernementales de protection des droits de l'Homme mais également émises par une partie de la société civile à l'encontre de l'usage de cette mesure exceptionnelle. Ces dernières affirment que la mise en œuvre de ce régime d'exception

constitue une menace à l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme l'a d'ailleurs reconnu lui-même le président de la République tunisienne lors de son discours d'allocution à la Nation pour annoncer sa décision de recourir à l'état d'urgence : « *la plupart des grèves sont illégales* » avait-il annoncé. Par conséquent, il convient selon lui d'interdire ces rassemblements et les pouvoirs accordés aux gouverneurs dans le cadre de l'état d'urgence vont permettre au pays de mettre fin à l'ensemble de ces mouvements sociaux dans les secteurs de l'enseignement, de la santé, et des mines, et dans le même temps, d'interdire l'exercice d'une liberté collective protégée par la Constitution : la liberté de rassemblement et de manifestation pacifique (art. 37-C). Depuis le 4 juillet 2015, le gouvernement peut donc interdire les mouvements de grèves, les réunions publiques, ordonner la fermeture des lieux de culte, contrôler la presse, perquisitionner un citoyen à son domicile sans aucune décision judiciaire préalable, etc. Ces pouvoirs ainsi octroyés aux autorités militaires et policières doivent permettre, selon le Président de la République, de lutter efficacement contre le terrorisme.

14. Mais il est à craindre que le renforcement des pouvoirs de la police et de l'armée ne constitue pas une réponse suffisante à la menace terroriste présente sur le sol tunisien. Les autorités suprêmes semblent omettre les raisons initiales de la constitution du terreau extrémiste que constituent la pauvreté de certaines régions défavorisées depuis des décennies, l'inactivité d'une grande partie de la jeunesse même diplômée voire souvent surdiplômée¹⁵, la désorganisation des services de police depuis 2011 et l'absence de réforme efficace du service de renseignement militaire, sans oublier l'absence de coordination régionale et internationale au niveau géopolitique. Le limogeage, en septembre 2015, de 110 agents relevant de différents corps de police en raison de leur appartenance à des organisations terroristes ou à raison de leur sympathie pour de tels mouvements atteste du problème structurel qui caractérise l'appareil sécuritaire de l'État tunisien. L'absence des forces de l'ordre lors du dernier attentat à Sousse révélait déjà de graves dysfonctionnements. Certains d'entre eux étaient alors en centre-ville occupés à faire respecter le jeûne en admonestant des non jeûneurs...

¹⁵ Plus de 30% des jeunes Tunisiens sont sans emploi selon le dernier rapport de la Banque mondiale.

15. La même logique est à l'œuvre en Égypte. L'état d'urgence a été décrété dans la région du Sinaï après un attentat suicide commis contre des forces militaires en octobre 2014 entraînant la mort d'une trentaine de soldats. Ce régime d'exception avait été utilisé par l'ancien Régime de 1981 à 2012. Comme en Tunisie, cette mesure exceptionnelle permet aux autorités militaires et policières égyptiennes d'accroître leurs pouvoirs et, le cas échéant, de leur permettre de restreindre les droits et libertés fondamentaux. Force est de constater que de nombreuses dérives ont lieu et que, sous prétexte de lutter contre le terrorisme, des opposants proches de l'ancien Président islamiste Mohamed Morsi sont enlevés, torturés ou encore condamnés à mort. Les opposants laïcs ou de simples jeunes citoyens actifs sur les réseaux sociaux sont également victimes de ces dérives sécuritaires. Ces mesures ne permettent pas de mettre fin aux actes terroristes qui surviennent dans la région du Sinaï depuis la destitution du président islamiste par l'ex-chef de l'armée et désormais Président de la République égyptienne, le général Abdel Fattah Al-Sissi. L'état d'urgence n'est pas le seul moyen dont dispose le nouveau Président égyptien pour lutter contre les terroristes. Des dispositifs législatifs sont élaborés et ont vocation à renforcer (encore) davantage les pouvoirs exceptionnels des autorités exécutives et judiciaires dans le but de lutter contre cette menace mais dont les conséquences sur l'exercice des droits et libertés fondamentaux des citoyens semblent disproportionnées.

II. Les mesures nouvelles adoptées pour lutter contre le terrorisme

16. C'est au lendemain de l'assassinat du procureur général Hichem Barakat, le 29 juin 2015, que le Président Al-Sissi a promis une législation encore plus dure vis-à-vis des terroristes et de toute personne présumée être en lien avec ceux-ci. La ratification par le chef de l'État en août dernier du projet de loi antiterroriste a suscité de nombreuses interrogations quant à la portée de ces nouvelles mesures sur la liberté de la presse et les pouvoirs accrus de la police et des magistrats. S'agissant de la liberté de la presse, selon l'article 33 de cette loi, un journaliste qui publie un bilan d'une attaque terroriste qui serait différent de celui des communiqués officiels encourt une amende conséquente et susceptible, selon les syndicats de journalistes, de dissuader toute entreprise dont le budget ne permettrait pas de faire face à de telles sanctions pécuniaires de ne plus travailler de

façon indépendante. Concernant les policiers et les militaires, ces derniers ne seront pas poursuivis judiciairement en cas d'usage justifié de la force dans le cadre de leur mission. La loi précise également les sanctions prévues pour poursuivre toute activité terroriste. Ainsi, « créer ou diriger une organisation qualifiée d' « entité terroriste » par les autorités sera passible de la peine de mort ou de la réclusion à perpétuité »¹⁶. Les procureurs enfin se voient attribuer des compétences élargies : ils pourront demander le placement en détention provisoire de tout individu présumé terroriste ou en lien avec une organisation terroriste et exiger la surveillance de suspects sans avoir à obtenir au préalable d'autorisation judiciaire. Toute la difficulté ici rencontrée réside dans la définition du mot « terrorisme ».

17. Dans le texte nouvellement adopté, il est précisé que le terrorisme correspond notamment à toute atteinte violente à l'ordre public, ce qui peut embrasser de très nombreuses hypothèses. Cette définition extensive a permis au Président Al-Sissi de qualifier les Frères musulmans d'organisation terroriste en 2013, cette qualification permettant au général désormais à la tête de l'État de justifier l'arrestation de plusieurs dizaines de milliers de citoyens suspectés de « terrorisme » puisque supposés être des opposants membres ou proches des Frères musulmans, sans évoquer la mort de 1400 opposants politiques et plus récemment le procès retentissant des 529 frères musulmans ou supposés tels et leur condamnation expéditive et collective à la peine capitale. La définition du terrorisme étant inexistante, les dirigeants égyptiens ont toute latitude pour délimiter eux-mêmes et eux-seuls ce qu'il convient d'envisager sous ce vocable et, ce faisant, ce qu'il convient de combattre énergiquement, au mépris si cela s'avère nécessaire des droits et libertés fondamentaux énoncés dans le texte constitutionnel mais également dans les différents textes internationaux dont l'État égyptien est pourtant signataire.

18. Des événements similaires ont décidé le gouvernement tunisien à adopter une législation antiterroriste. La Tunisie représentant le pays qui fournit le plus de volontaires au départ pour le djihad, les autorités avaient décidé, avant les attentats du Bardo et de Sousse de mars et juin 2015, d'adopter de nouvelles mesures pour lutter contre le terrorisme. Cette

¹⁶ www.lemonde.fr/international/article/2015/08/17/liberte-de-la-presse-l-egypte-adopte-une-loi-controversee_4727346_3210.html

nouvelle loi comporte des avancées puisqu'elle crée, notamment, un pôle chargé de la lutte antiterroriste, laissant présager une centralisation des informations et une meilleure circulation de celles-ci entre le renseignement militaire et les services de police jusqu'ici défaillante en Tunisie. Mais ces nouvelles dispositions sont également sujettes à critiques dans la mesure où le nouveau texte prévoit la peine capitale pour un ensemble de crimes, mettant fin au long moratoire que la Tunisie observait depuis 1991. Bien que ce texte ait été soutenu par l'ensemble des partis politiques, la société civile ainsi que les organisations non gouvernementales de défense des droits de l'Homme craignent une dérive policière et des atteintes à l'exercice des droits et libertés fondamentaux. En septembre dernier, des manifestations ont été interdites sur le fondement de cette loi antiterroriste. Mais ces rassemblements avaient pour but de critiquer un projet de loi en discussion au parlement et portant réconciliation économique. Ce projet prévoit notamment d'accorder l'immunité aux fonctionnaires et aux hommes d'affaires accusés de faits de corruption commis sous l'ancien régime si ceux-ci restituent les biens et actifs ainsi dérobés.

19. En Tunisie comme en Égypte, les lois antiterroristes assument une double fonction : la première consiste à faciliter l'activité des autorités exécutives et judiciaires par la création de nouvelles incriminations, tout en renforçant leurs pouvoirs respectifs avec par exemple la possibilité pour les policiers tunisiens de détenir durant quinze jours un individu en détention, sans que ce dernier n'ait la possibilité d'être visité par un avocat ou un de ses proches ou encore l'immunité juridictionnelle dont bénéficient les policiers égyptiens en cas de poursuite judiciaire pour des faits commis à l'occasion de l'usage « nécessaire et proportionné » de la force dans leur action. La seconde fonction moins avouable consiste à lutter contre la dissidence politique, que ce soit en Tunisie pour réprimer les mouvements sociaux, les grèves, les manifestations contre le projet de loi de réconciliation économique ou en Égypte où des opposants sont enlevés, emprisonnés, torturés. Ces mesures, sous couvert de lutter contre le terrorisme, semblent davantage participer de la restriction des libertés individuelles et collectives que d'une prévention efficace du terrorisme. Les récentes déclarations du ministre de l'Intérieur tunisien témoignent de cet état d'esprit : selon lui, « *toute manifestation pacifique serait contraire à l'état d'urgence* ». Il invite ainsi les partis politiques à reporter *sine die* les rassemblements pacifiques envisagés, en raison de menaces imminentes et pour ne pas disperser les forces de l'ordre qui doivent, selon lui, être toutes

mobilisées dans la lutte antiterroriste et la préservation de l'ordre public. Si la réponse sécuritaire peut rassurer les populations et participer de la lutte contre le terrorisme, il n'en demeure pas moins qu'elle demeure insuffisante si elle ne s'accompagne pas de mesures visant à réduire les inégalités sociales criantes dans ces pays et à l'origine des soulèvements populaires du Printemps arabe, ainsi que d'une prise en considération des attentes populaires en matière d'emploi, de meilleure répartition des ressources, de lutte contre la corruption.

20. Les mesures adoptées dans ces pays constituent des réponses nécessaires dans la lutte antiterroriste, tant pour renforcer l'appareil sécuritaire que pour rassurer les populations, mais elles demeurent insuffisantes car elles ne comportent pas de volet social, économique et encore moins culturel. Une véritable politique de développement durable fait défaut, en Tunisie comme en Égypte. Dans les discours des Présidents tunisien et égyptien, aucune parole ne s'adresse à la jeunesse de ces pays ni aux territoires oubliés depuis trop longtemps par les politiques publiques. Les révolutions ont été pourtant l'œuvre en grande majorité de jeunes citoyens, avides de liberté, de justice et de dignité. De plus, si les autorités dirigeantes persistent à ne pas trouver le juste équilibre entre d'une part le devoir de se prémunir contre la menace terroriste et, d'autre part, celui de respecter les droits et libertés fondamentaux, y compris ceux des présumés terroristes, il est à craindre que les restrictions ainsi constatées puissent participer d'un renforcement du nombre de citoyens potentiellement tentés par l'action extrême et le départ pour le djihad.

La lutte contre le terrorisme devant la justice constitutionnelle

Sonia BEN YOUNES

Doctorante en droit public à l'Institut Louis Favoreu, Aix-Marseille Université
ATER à l'Université Lyon II

Résumé : *La lutte contre le terrorisme constitue un enjeu majeur pour le Juge constitutionnel contraint d'adapter l'intensité de son contrôle aux spécificités du fait terroriste. Au regard du danger représenté par le terrorisme, le législateur s'est montré de plus en plus ferme dans les dispositifs législatifs adoptés depuis 1986 et parallèlement, plus attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Dans ce contexte, la problématique classique de la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et la protection des libertés fondamentales a caractérisé le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel.*

L'étude du terrorisme devant la justice constitutionnelle met alors en évidence un ajustement par le Juge constitutionnel de son contrôle à la particularité de l'objet même de la législation, celle de la lutte contre le terrorisme. C'est le fait terroriste qui va peser sur l'intensité du contrôle exercé par le Juge constitutionnel et le faire évoluer vers un contrôle plus extensible. Par son contrôle de proportionnalité des dispositifs antiterroristes, le Juge constitutionnel fixe au législateur les limites ultimes qu'il ne peut franchir pour se conformer au cadre constitutionnel. Il combine alors les nécessités de l'ordre public avec la protection des droits et libertés qu'une démocratie doit concilier.

Au final, face à des politiques sécuritaires qui se renforcent, la justice constitutionnelle sans être un frein, constitue le rempart fondamental contre le risque d'arbitraire que la loi antiterroriste renferme et veille à un encadrement de la législation antiterrorisme dans les frontières d'un Etat de droit.

1. Si la sécurité tend à être un droit fondamental¹, sa mise en œuvre moderne se décline dans un Etat de droit avec les exigences de protection des droits et des libertés constitutionnellement garantis. « *Bien politique le plus fondamental* »², la sécurité relève de l'essence même de l'Etat, qui permet d'assurer l'exercice effectif des libertés.

2. Suite aux attaques terroristes en France les 7, 8 et 9 janvier 2015, l'intervention du Premier Ministre français devant l'Assemblée nationale nous éclaire sur le contexte actuel

¹ L'art. 1^{er} de la loi du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne précise que « *la sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités. A ce titre, elle est un devoir pour l'Etat qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics* », cité par Thierry. S. Renoux, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 14.

² Antoine Garapon, « Les dispositifs anti-terroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, août-sept. 2006, p. 125.

en matière de lutte contre le terrorisme : « *Oui la France est en guerre contre le terrorisme* », « *Avec détermination, avec sang-froid, la République va apporter la plus forte réponse au terrorisme, la fermeté implacable dans le respect de ce que nous sommes, un Etat de droit* »³. La réponse politique du Gouvernement français réside dans le choix de la fermeté juridique sans céder à la tentation « *de restreindre la démocratie au motif de la défendre* »⁴.

3. Depuis quelques décennies, la prolifération des actes terroristes entraîne une multiplication des législations qui visent tant à les prévenir qu'à les punir. Le développement des politiques sécuritaires suscitent néanmoins de nombreuses interrogations au sein de notre système juridique. La législation de lutte contre le terrorisme confronte le Conseil constitutionnel à de nouveaux défis relatifs à son rôle et aux limites de sa mission.

4. Gardien des libertés, le Conseil constitutionnel a dû adapter au fil de ses décisions, les modalités et l'intensité de son contrôle aux nouvelles formes de criminalité qui induisent de nouvelles législations pénales dont le contenu présente un danger potentiel pour les droits fondamentaux. Par définition, le terrorisme affecte le cœur même de la nation et de l'Etat, par l'ampleur du phénomène, son imprévisibilité et souvent la violence insupportable qu'il suppose. Le terrorisme peut être alors défini comme « *un système offensif employé par un individu ou un groupe plus ou moins étendu, pour imposer sa volonté à tout à un peuple voire à une civilisation entière et exercer sur l'histoire une pesée* »⁵. Cette atteinte aux intérêts de l'Etat justifie alors un aménagement juridique en matière de garantie constitutionnelle des droits et libertés soumis au contrôle du Juge constitutionnel.

5. La lutte contre le terrorisme soulève de nombreuses questions qui s'inscrivent dans la problématique plus générale de la conciliation dans un Etat de droit ; de l'ordre et de la liberté. Le rapport sécurité-liberté sur lequel reposent les fondements de la société renvoie à « *l'éternelle question de la balance entre liberté et sécurité* »⁶. La législation antiterroriste

³ Manuel Valls, intervention, Ass. nat., 13 janv. 2015, www.gouvernement.fr/partage/3118-seance-speciale-d-hommage-aux-victimes-des-attentats-allocation-de-manuel-valls-premier-ministre.

⁴ Henri Oberdorff, « Peut-on restreindre la démocratie au motif de la défendre ? », in *La nécessité en droit international*, SFDI, Pédone, 2007, p.255.

⁵ Jean Servier, *Le terrorisme*, Que sais-je ?, 4^e éd., PUF, 1992.

⁶ Carolina Cerda-Guzman, « La Constitution, arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *RFDC*, 2008. pp. 41-63.

pose intrinsèquement plusieurs interrogations : comment lutter efficacement contre le terrorisme sans porter atteinte de façon excessive à la protection des droits et libertés, socle de notre Etat de droit ? Dans la recherche de cet équilibre, comment le Conseil constitutionnel doit-il se positionner et adapter son contrôle à l'objet de la législation spécifique soumise à son examen ?

6. Face à un législateur de plus en plus sécuritaire et intrusif, la justice constitutionnelle s'assure du respect des limites de l'Etat de droit. Cette mission essentielle assignée au Conseil constitutionnel présente un intérêt capital devant les réponses normatives qui peuvent être trop restrictives des libertés. C'est cet équilibre difficile à trouver dans un contexte international propice à la multiplication des actes « terroristes », qui est demandé au Juge constitutionnel à l'occasion de son contrôle de la législation antiterroriste. Les législations nationales se succèdent pour tenter de formuler des réponses juridiques (et politiques) à ce phénomène qui dépasse largement les frontières nationales.

7. Pour autant, la saisine du Conseil constitutionnel étant facultative pour les lois ordinaires, le contrôle n'a pas été systématique en matière de lois antiterroristes. Ainsi, certaines lois ont échappé au contrôle de constitutionnalité, c'est le cas des lois du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ou du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions de lutte contre le terrorisme⁷. Cette absence de saisine peut nous sembler surprenante tant le domaine de la lutte contre le terrorisme constitue un terrain propice aux restrictions des droits et libertés. Une saisine automatique du Conseil constitutionnel aurait été bien utile. A ce titre, « *s'il est bien un régime juridique dont les principes et les règles doivent avant tout être fixés par le droit constitutionnel* »⁸, avec une intervention qui devrait être incontournable de la justice constitutionnelle, « *c'est bien celui de la lutte contre le terrorisme* »⁹, voici une évidence que semble renier le droit constitutionnel français. Toutefois, ce constat doit être relativisé puisque la majorité des législations antiterroristes

⁷ Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne (JO du 16, p. 18215) ; loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (JO du 14, p. 19162). Sur l'absence de saisine du Conseil, v. « Le terrorisme, sésame des lois d'exception », in Bertrand Pauvert, « L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme », *RISÉO*, 2015-2, spéc. n° 13 à 16.

⁸ Th. S. Renoux, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », Table ronde, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XVIII-2002, pp.195-244.

⁹ *Ibid.*

sont confrontées aux textes constitutionnels à travers le contrôle exercé par le Conseil suite à la saisine par l'opposition parlementaire et par les nouvelles potentialités de la question prioritaire de constitutionnalité en vigueur depuis 2010.

8. Dans la lutte contre le phénomène terroriste, de nature protéiforme, les gouvernants cherchent difficilement des solutions, l'ennemi étant par définition invisible et non déterminé ce qui rend la notion de terrorisme délicate à appréhender juridiquement et à réprimer. Le terrorisme peut se matérialiser sous des formes variées, son caractère polymorphe est certainement à l'origine de l'absence unitaire de définition du terrorisme¹⁰.

9. Au niveau européen, cette problématique trouve également un écho tout aussi important. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) s'est aussi heurtée au problème des dispositifs sécuritaires étatiques de lutte contre la menace terroriste¹¹. Selon l'approche conventionnelle, la protection des droits de l'homme doit être garantie malgré les aspirations sécuritaires qui visent à étendre de plus en plus les restrictions aux libertés. A ce titre, « *la question de la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme fait émerger la figure du juge, auquel incombe notamment la mission de brider l'action arbitraire de l'exécutif et les excès d'un législateur "terrorisé"* »¹². Voilà qui caractérise la problématique à laquelle est confrontée la justice constitutionnelle de la plupart des Etats démocratiques occidentaux, la balance liberté/sécurité. La réponse de la Cour de Strasbourg met en exergue « *l'affirmation des principes conventionnels et la primauté de la sauvegarde des valeurs inhérentes aux droits de l'homme et à la société démocratique* »¹³.

¹⁰ Th. S. Renoux, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°14.

¹¹ La première décision de la Cour EDH en matière de mesures antiterroristes concerne l'affaire *Lawless c. Irlande* du 14 novembre 1960. Par ailleurs, entre l'obligation positive de protection, fondement de l'obligation de lutter contre le terrorisme et l'obligation de respecter les droits et libertés, la CEDH privilégie la dernière obligation en raison de la nature de celle-ci dans le cadre de la Convention, v. Cour EDH, 28 oct., 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94.

¹² Athanasia Petropoulo, *Liberté et sécurité : les mesures antiterroristes et la Cour EDH*, Pedone, 2014.

¹³ *Ibid.*

10. Du côté de l'Union européenne¹⁴, la décision-cadre du 13 juin 2002 est l'instrument juridique majeur en matière de lutte contre le terrorisme¹⁵. Cette décision rappelle d'une part l'attachement de l'Union européenne au principe de la démocratie et au principe de l'Etat de droit, principes communs aux Etats membres. Elle énonce d'autre part que le terrorisme constitue « *l'une des plus sérieuses violations de ces principes et le condamne comme une menace pour la démocratie, le libre exercice des droits de l'homme et le développement économique et social* »¹⁶. De surcroît, cette décision-cadre définit l'acte terroriste dans le but d'harmoniser les différentes législations qui incriminent le terrorisme au sein des Etats membres. La décision-cadre établit neuf types d'actes intentionnels¹⁷ « *tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national* », qui deviennent terroristes dès lors que l'auteur les commet en poursuivant un des trois objectifs alternatifs spécifiques au terrorisme. Constituent des infractions terroristes les actes qui « *par leur nature ou leur contexte peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de : gravement intimider une population ou contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale* ». Cette définition a le mérite d'exister sur le plan européen en mettant l'accent sur le mobile de l'auteur ainsi que la finalité de son acte et peut constituer une référence pour les Etats encore silencieux face au phénomène

¹⁴ Sur ce point, v. « L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme », Jean-Christophe Martin, *RDP*, 2015, pp. 339-346.

¹⁵ Voir l'exposé des motifs de la décision-cadre du 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 adoptée dans le cadre du 3^{ème} pilier de l'Union européenne, JOCE, L 164, 22 juin 2002, p. 3. Par ailleurs, cette décision fut modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008, elle étend le champ des incriminations en modifiant les articles 3 (infractions liées aux activités terroristes) et 4 (complicité, incitation et tentative).

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Les actes susceptibles de constituer le support du terrorisme sont les atteintes à la vie pouvant entraîner la mort (a) ; Les atteintes graves à l'intégrité physique (b) ; l'enlèvement ou la prise d'otage (c) ; la destruction massive d'installation gouvernementale ou publique, d'un système de transport ou une infrastructure, un lieu public ou une propriété privée mettant en danger des vies humaines ou produisant des pertes économiques considérables (d) ; la capture d'aéronefs, navires et autres moyens de transport collectifs de personnes et de marchandises (e) ; la fabrication, possession, acquisition, transport, fournitures ou utilisation d'armes à feu, explosifs, armes nucléaires, biologiques et chimiques (pour les deux dernières est réprimée la recherche et le développement) (f) ; la mise en danger de la vie humaine par la libération de substances dangereuses ou la provocation d'incendies, inondations, explosions (g) ; la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale (h) ainsi que la menace de réaliser ces actes. V. Karine Roudier, « Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme », communication au VI^e Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 2005, www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/ROUDIER.pdf.

terroriste. L'Union européenne s'est concentrée sur la politique antiterrorisme sans sacrifier tant bien que mal les droits et libertés fondamentaux et « *n'a cessé de promouvoir auprès des Etats membres le respect des principes essentiels d'un Etat de droit* »¹⁸.

11. De façon incontestable, les mesures législatives qui renforcent la sécurité emportent des répercussions concrètes sur la liberté des citoyens notamment dans le cadre de leur vie quotidienne (surveillance vidéo, fouilles des véhicules, atteintes multiples à la vie privée...). L'illustration récente de la loi sur le renseignement¹⁹, adoptée après les attentats en France de janvier 2015 en est symptomatique. Cette loi a été vivement critiquée, notamment dans les médias²⁰, comme liberticide, ce qui a suscité de nombreuses questions notamment sur les restrictions en matière de droits et libertés (respect de la vie privée, inviolabilité du domicile, secret des correspondances, etc.). La sécurité de tous serait-elle assurée au prix de nos libertés ? S'agissant de cette loi sur le renseignement, la saisine du Conseil a été réalisée par le chef de l'Etat²¹ afin de vérifier sa conformité à la Constitution. La décision du Juge constitutionnel nous apportera alors une réponse.

12. L'actualité internationale et nationale nous rappelle l'existence réelle de la menace terroriste et par conséquent de la nécessité d'une lutte efficace pour assurer la sécurité de tous. Les attentats en janvier 2015 en France comme en juin 2015 sur les plages de Sousse en Tunisie illustrent davantage la globalisation et la permanence du danger des attaques terroristes. C'est dans ce contexte de danger potentiel que le Conseil constitutionnel a positionné son contrôle. La question de l'équilibre entre la lutte contre le terrorisme et le respect nécessaire des droits et libertés demeure-t-elle posée avec une particulière acuité devant la justice constitutionnelle.

¹⁸ *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union Européenne*, Nicolas Catelan, Sylvie Cinamonti & Jean-Baptiste Perrier dir., PU Aix-Marseille, 2014.

¹⁹ Projet de loi relatif au renseignement adopté le 24 juin 2015, en attente de la décision du Conseil constitutionnel, Pour plus d'information, voir le dossier législatif sur le site officiel de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/renseignement.asp>.

²⁰ A titre d'exemple ; « Tous suspects, surveillance, face à la menace terroriste, les Etats se transforment en Big Brother », *Le Courrier international*, 18 juin 2015, n° 1285 ; « La loi sur le renseignement aura un impact irréversible sur le lien social », *Le Monde*, 19 juil. 2015.

²¹ Saisine du Conseil constitutionnel, le 25 juin 2015 par le président de la République, saisine également par le président du Sénat et par au moins 60 députés, aff. n° 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*.

13. A travers sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a recherché par l'exercice de son contrôle à appréhender juridiquement la notion de terrorisme et à l'insérer dans un cadre juridique conforme aux textes constitutionnels (I). Cette insertion s'est heurtée alors aux limites inhérentes à la nature du contrôle de constitutionnalité exercé par le Juge constitutionnel contraint de moduler son contrôle en raison de la spécificité du phénomène terroriste (II).

I. L'appréhension juridique de la notion de terrorisme par le Conseil constitutionnel

14. Face au développement des dispositifs législatifs de lutte antiterroriste, le Conseil constitutionnel a adapté son contrôle aux nouveaux instruments juridiques de lutte contre la criminalité terroriste pour garantir à la fois l'efficacité de cette lutte et la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement reconnus (B), mais avant cela, il importe de mettre en exergue la définition de l'acte de terrorisme au sein de la jurisprudence constitutionnelle afin de mieux cerner les contours de cette notion (A).

A) La qualification d'acte de terrorisme dans la jurisprudence constitutionnelle

15. Dès 1986, avec la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat du 9 septembre, le Conseil constitutionnel fut confronté pour la première fois à une législation antiterroriste. Dans sa décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, il a examiné la qualification pénale d'actes de terrorisme. De façon générale, le dispositif juridique mis en place est validé comme conforme à la Constitution et aux principes qu'elle garantit.

16. En vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. C'est au regard notamment de ce principe constitutionnel que le Conseil va procéder au contrôle de la législation de lutte contre le terrorisme soumise à son examen²².

²² A cet égard, le Conseil rappelle de façon constante dans son considérant classique qu'« *il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de*

17. A l'origine, le législateur français avait choisi de ne pas adopter de législations d'exception en matière de terrorisme mais de procéder de façon ciblée et ponctuelle à des modifications de certains dispositifs en matière pénale « *en dotant la puissance publique de pouvoirs dérogatoires du droit commun* ». Ainsi, « *le législateur français n'a pas voulu créer une nouvelle infraction. Les actes auxquels se livrent les terroristes font l'objet d'incriminations figurant dans le code pénal ou dans les lois spéciales existantes. Et ériger l'activité terroriste en infraction spécifique aurait risqué de lui conférer un caractère politique que les Etats démocratiques entendent lui denier* »²³. Ce choix impliquait un rôle du juge cardinal au sein de la lutte contre le terrorisme dans le respect des principes essentiels du droit et de la procédure pénale. En l'absence de législation d'exception, il était logique de n'avoir point de justice constitutionnelle d'exception.

18. Dans l'optique d'écartier tout risque de confusion entre l'acte terroriste et les infractions de nature politique, la loi n'a pas opté en 1986 pour une incrimination spécifique de l'activité terroriste. Le législateur a alors institué dans le code de procédure pénale et le code de droit pénal des règles particulières applicables aux activités terroristes au niveau de leur poursuite, instruction et jugement. Mais surtout ces règles fixaient dans quelle mesure les procédures particulières s'appliquaient aux infractions de droit commun. C'est par l'adoption d'une voie intermédiaire que l'acte terroriste est alors défini puisqu'il se trouve à mi-chemin entre le crime et le délit incriminé en droit pénal.

19. C'est au sein de la législation pénale que les moyens de prévention et de répression contre les actes terroristes sont institués. Il s'agit du Chapitre premier « Des actes de terrorisme » du Titre II intitulé « Du terrorisme » comprenant les actes de terrorisme prévus aux articles 421-1 à 421- 6 du code pénal (c. pén.). Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur

prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurés au justiciable des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense », CC, décision n° 86-213 DC, § 12.

²³ François Loloum et Patrick Nguyen Huu, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », *RSC*, 1987, p. 565.

notamment les infractions d'atteintes volontaire à la vie, à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration, le détournement d'aéronef, le vol, l'extorsion, les destructions, dégradations... Aussi, l'article 421-2 c. pén. prévoit-il un terrorisme particulier qualifié de « terrorisme écologique » qui consiste notamment à introduire une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou du milieu naturel. Il convient également d'ajouter les dernières innovations législatives introduites en cette matière puisque le domaine d'application de l'article 421-1 c. pén. a été élargi en vertu de la loi du 13 novembre 2014 en y insérant notamment les infractions en matière de produits explosifs²⁴.

20. Après lecture de ces articles, le terrorisme apparaît comme la réalisation d'infraction de droit commun auquel il est rajouté un but précis poursuivi par l'auteur de l'infraction, celui de « *troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». Cette finalité de l'acte terroriste doit être distinguée de l'élément intentionnel propre à chaque infraction²⁵.

21. La définition d'acte de terrorisme par la loi du 9 septembre 1986 est subordonnée à une condition particulière, celle de l'existence d'une « organisation ».; en effet les infractions doivent être « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective* ». Les travaux parlementaires sont clairs à ce sujet, puisqu'il en ressort l'exclusion de toute idée d'improvisation. La notion d'entreprise suppose « *des préparatifs et un minimum d'organisation, une certaine préméditation, une organisation où le hasard est exclu* »²⁶. En effet, l'entreprise se caractérise par « *son caractère pensé, prémédité et*

²⁴ Ces infractions sont prévues et réprimées par les articles 322-6-1 et 322-11-1 du c. pén.

²⁵ En effet, la finalité de l'acte terroriste est à distinguer de l'élément intentionnel de l'infraction introduit dans le code pénal en 1996 par la loi du 22 juil. 1996 qui prévoit désormais en vertu de l'art. 121-3 c. pén. « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». D'autre part, il faut souligner que la loi introduisant le « nouveau » code pénal n'a pas subi le contrôle du Conseil constitutionnel qui n'a donc pu se prononcer sur l'extension de la liste des infractions susceptibles d'être qualifiées d'acte terroriste.

²⁶ Voir les déclarations du Garde des sceaux, Albin Chalandon à l'Assemblée nationale et au Sénat, JO, Débats, 8 août 1986, pp. 4125 et 3795 et la circulaire du Garde des sceaux des 10 oct. 1986 et 27 mars 1987, cité par Th. S. Renoux.

organisé »²⁷. Par ailleurs, le législateur de 2014 a aussi créé une nouvelle infraction, celle de préparation individuelle de certains actes de terrorisme²⁸.

22. Cette notion « d'entreprise terroriste » a été déclarée conforme à la Constitution par le Juge constitutionnel dans sa décision n° 86-213 DC en dépit du moyen soulevé par les requérants relatif à l'inconstitutionnalité de « *l'élément purement subjectif que constitue le but poursuivi* » qui serait contraire au principe de légalité des délits et des peines posé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)²⁹. Cette définition de l'acte terroriste respecte les conditions de clarté et de précision exigées de la loi pénale en dépit des doutes soulevés par les sénateurs. D'ores et déjà, le Conseil constitutionnel semble faire preuve d'une certaine souplesse dans l'appréciation de la définition de l'acte terroriste apportée par le législateur de 1986 au regard des principes applicables en matière pénale (légalité, nécessité, interprétation stricte).

23. A partir des différents éléments contenus aux articles 421-1 et suiv. du c. pén., la qualification pénale d'acte de terroriste suppose donc l'existence d'un lien nécessaire entre l'acte commis et une entreprise plus large à visée terroriste combinée à une finalité spécifique celle de troubler gravement l'ordre public par *l'intimidation* ou *la terreur*. La finalité spécifique de l'acte terroriste peut être déterminée lorsque la volonté de l'auteur de l'acte dépasse le résultat immédiat de l'infraction, autrement dit « les victimes directes », mais vise la société, la collectivité et l'Etat en général, en créant un climat de « terreur ». Toutefois, l'extension considérable des actes qui peuvent revêtir la qualification d'acte terroriste soulève des interrogations et surtout des inquiétudes compte tenu des conséquences pour les droits des auteurs présumés d'actes terroristes. Ce sont des inquiétudes que le droit constitutionnel jurisprudentiel semble avoir laissées en suspens. Désormais, un « simple » vol peut être qualifié d'acte terroriste avec le régime dérogatoire

²⁷ Circ. du 5 déc. 2014 de présentation de la loi n° 2014-1353 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme/ Renforcement de la lutte antiterroriste, BOMJ, n° 2014-12, 31 déc. 2014.

²⁸ L'art. 6 de la loi du 13 nov. 2014 a inséré un nouvel art. 421-2-6 c. pén. permettant à côté de l'association de malfaiteurs en cas de pluralité de mis en cause, d'incriminer la préparation individuelle de certains actes de terrorisme.

²⁹ Dans son § 5, le Conseil juge à cet égard que « *la première condition fixée par la loi* » contestée « *qui renvoie à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le code pénal ou par des lois spéciales en termes suffisamment clairs et précis satisfait aux exigences du principe de la légalité des délits et des peines ; que, de même, la seconde condition est énoncée en des termes d'une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas méconnaissance de ce principe* », Rec. p. 122, RDP, 1989, p. 399, commentaire Louis Favreau.

qu'il implique notamment au niveau de la procédure et du jugement, dès lors qu'il est « en relation avec une entreprise terroriste ». Cela peut sembler excessif étant donné par exemple qu'une garde à vue peut durer jusqu'à 144 heures en matière d'acte de terrorisme³⁰.

24. La délimitation des contours de la notion de terrorisme s'avère délicate à effectuer en l'absence de définition objective du législateur, absence non comblée par les textes constitutionnels. Le Conseil a du faire preuve d'une vigilance accrue autour de l'ambiguïté juridique de la notion de terrorisme. Cette ambiguïté juridique de la notion d'acte de terrorisme attachée à la nature même du phénomène terroriste devait s'articuler avec les exigences constitutionnelles notamment le principe de légalité, le principe de clarté et le principe de précision de la loi. La justice constitutionnelle arrive alors au secours des citoyens et de leurs libertés « *en traçant un cadre à l'intervention de la loi* » pour éviter la perversion du système qui consisterait à répondre par la violence légale à la violence terroriste³¹. D'où un cadre législatif de lutte contre le terrorisme fixé dans les limites constitutionnelles garanties par le Conseil.

25. Ainsi, comme l'a fort bien souligné le professeur Renoux, « *le phénomène terroriste se prête difficilement, à l'analyse juridique* »³². Ce flou qui peut exister autour de la qualification d'acte de terrorisme doit s'accorder avec les différents principes dont le Juge constitutionnel veille scrupuleusement au respect. Il est question du principe constitutionnel de la légalité des peines et des délits prévu à l'article 8 de la DDHC. En effet, ce principe phare en matière pénale impose au législateur d'édicter des peines strictement nécessaires, plus encore la loi qui établit les infractions doit être précise et claire. A ce titre, le législateur a l'obligation de définir les infractions en des termes suffisamment clairs et précis pour éviter tout risque d'arbitraire. D'ailleurs, il n'est pas sans rappeler que le Conseil a érigé en objectif à valeur constitutionnelle « *l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi* »³³ toujours dans

³⁰ La loi du 23 janvier 2006 validée par le Conseil constitutionnel (décision n° 2005-532 DC, 19 janv. 2006) a permis de porter la durée totale de la garde à vue à 144 heures soit six jours qui équivaut à 48 heures de plus que le maximum prévu pour les infractions les plus graves.

³¹ Th. S. Renoux, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RFDC, 1996, pp. 806-822.

³² Th. S. Renoux, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°14.

³³ Le Conseil constitutionnel fonde cet objectif sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC, dont le but est de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire*,

le but d'exclure toute forme d'arbitraire. De façon analogue, il a dégagé le principe de « clarté de la loi » qu'il fait découler de l'article 34 de la Constitution mais qu'il distingue de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi³⁴.

26. C'est dans cette perspective que le Juge constitutionnel a censuré les dispositions de la loi du 23 juillet 1996³⁵ renforçant la répression du terrorisme qui instaurent parmi les infractions pouvant être retenues comme acte de terrorisme : le délit d'aide à l'entrée ou au séjour irrégulier des étrangers.

27. Cette loi de 1996 modifiait l'article 421-1 c. pén. en ajoutant à la liste des infractions susceptibles d'être qualifiées d'actes de terrorisme : « *l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger* » définie à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. A l'occasion de son contrôle, le Conseil a vérifié si cette disposition était conforme au principe de nécessité des peines posé à l'article 8 de la DDHC. Il s'est attaché aux conséquences d'une qualification d'acte de terrorisme précisément quant à l'aggravation des peines et des règles procédurales dérogatoires au droit commun. De cette analyse, il en déduit que le législateur a entaché son appréciation d'une disproportion manifeste et censure ainsi la disposition³⁶. Il considère que cette infraction ne représente pas un acte matériel directement attentatoire à la sécurité des biens et ou des personnes mais il s'agit d' « *un simple comportement d'aide directe ou indirecte* ». Il ajoute alors que ce comportement n'est pas en relation directe avec la commission d'acte terroriste. Si la matérialité des faits était avérée, elle relèverait alors du champ de la répression de la complicité. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi est déclaré non conforme à la Constitution. Par son appréciation des mesures en cause, le Conseil est venu fixer une limite au législateur quant à la qualification d'acte de terrorisme et rappelle que cette notion n'est pas extensible à volonté.

sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi », CC, décision n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005, § 14.

³⁴ CC, décision n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, § 9 ; CC, décision n° 2001-451 DC, 27 nov. 2001, § 13 ; CC, décision n° 98-401 DC, 10 juin 1998, § 10.

³⁵ Loi n° 96-647 du 23 juil. 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire (JO du 23, p. 11104).

³⁶ CC, décision n° 96-377 DC, 16 juil. 1996.

28. Dans l'adoption de la loi antiterroriste, le législateur est amené à trouver un équilibre entre les droits et libertés constitutionnellement garantis et la lutte nécessaire contre le terrorisme afin d'assurer la sauvegarde de l'ordre public. La sécurité publique comme la recherche des auteurs d'infractions étant érigées en « objectif à valeur constitutionnelle ». C'est sur cet équilibre réalisé par le législateur contenu dans les instruments juridiques de lutte antiterroriste que le Conseil va notamment effectuer son contrôle et qui mérite à présent qu'on s'y attarde.

B) Les moyens juridiques de lutte contre le terrorisme sous le contrôle du Juge constitutionnel

29. La mission essentielle assignée à la justice constitutionnelle est celle de s'assurer que les dispositifs législatifs soient maintenus dans le cadre de l'Etat de droit et du respect des textes constitutionnels. C'est à travers cette mission que l'on doit envisager le contrôle des différentes lois adoptées depuis 1986 dans le cadre de la lutte antiterroriste. Le point crucial au cœur du contrôle des dispositifs antiterroristes consiste à déterminer si les actes de terrorisme de par leur nature justifient des dérogations législatives dans leur traitement au niveau de la prévention et/ou de la répression ainsi que dans les règles de procédures applicables. Jusqu'à quel degré l'efficacité des mesures de lutte contre le terrorisme permet-elle des dérogations aux droits et libertés que la Constitution garantit ? Le point d'équilibre sera alors perceptible à la lecture de la jurisprudence constitutionnelle.

30. Dans cette perspective, le Conseil vérifie que les dispositions de la loi ne portent pas une « *atteinte excessive et injustifiée* » aux libertés individuelles et que la conciliation entre les libertés individuelles et la protection de l'ordre public ne soit pas « *manifestement déséquilibrée* »³⁷. Mais cette exigence de conciliation laisse place à une marge d'appréciation qui peut dans certains cas paraître casuistique. En effet, le Conseil lors de chaque contrôle doit déterminer en quoi la disposition est manifestement excessive, disproportionnée ou inadaptée ? Ces dernières décennies, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, une tendance se dégage : il ne sanctionne le législateur que « *pour des restrictions*

³⁷ CC, décision n° 2005-532 DC, 9 janv. 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.

manifestement excessives ou disproportionnées »³⁸. Par conséquent, ce contrôle de proportionnalité aboutit d'une façon générale à une déclaration de conformité à la Constitution des dispositions législatives examinées avec dans certaines décisions des réserves d'interprétation³⁹.

31. En 1986, à l'occasion de la première saisine relative à une loi de lutte contre le terrorisme, le Conseil a déterminé sa ligne jurisprudentielle en matière de terrorisme. Mais dès la décision Sécurité-Liberté de 1981⁴⁰, le Conseil constitutionnel avait entamé la construction de son édifice jurisprudentiel de contrôle des dispositifs sécuritaires au regard des droits et libertés fondamentaux. Le Conseil va constamment vérifier, à travers son contrôle des nouveaux instruments juridiques de lutte contre le terrorisme, le respect par le législateur du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines prévu à l'article 8 de la DDHC. Sous cet angle-là, le Conseil exige conformément à ce principe que les infractions soient strictement définies en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.

32. Dans sa décision 86-213 DC, le Conseil a validé globalement le choix du législateur instituant des règles spécifiques en matière de prévention, de répression et de jugement du terrorisme. En effet, le Conseil constitutionnel confirme les mesures législatives antiterroristes malgré certaines censures ou réserves assez isolées. Le Juge constitutionnel n'a donc pas constitué un frein à la lutte contre le terrorisme lancée par les gouvernants, mais a veillé, en tant que garant de la protection des droits fondamentaux, à maintenir cette lutte dans les limites de l'Etat de droit et surtout à contenir les restrictions aux libertés à ce qui est strictement nécessaire.

33. Compte tenu de la gravité des actes incriminés, un particularisme procédural est de rigueur au sein du code de procédure pénale (cpp) pour la poursuite, l'instruction et le jugement des actes de terrorisme. En application de ces règles, les crimes relevant du

³⁸ CC, décision n° 96-377 DC, 16 juil. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique...*

³⁹ En ce sens, v. Véronique Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus politicum*, 2012, n° 7, pp. 1-22.

⁴⁰ CC, décision n° 80-127 DC, 20 janv. 1981, *Sécurité et liberté*.

terrorisme sont jugés par une Cour d'assises composée exclusivement de magistrats professionnels (un président et six assesseurs) par dérogation au droit commun puisqu'alors aucun citoyen ordinaire ne siège⁴¹. Par conséquent, pour les crimes de nature terroriste, la Cour d'assises siège sans jury populaire et les décisions de condamnation sont adoptées non à la majorité qualifiée mais à la majorité simple. Cette règle pouvait alors apparaître comme contraire à la Constitution en méconnaissant le principe d'égalité devant la justice puisqu'elle instaure une différence de traitement entre les justiciables selon le motif de leur poursuite. Point d'inconstitutionnalité ! Le Conseil a entériné cette règle et jugé qu'il était possible de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales notamment en matière de respect des droits de la défense. De plus, le Juge constitutionnel a estimé que l'instauration d'une Cour d'assises spéciale sans jury populaire présentait un intérêt pour le fonctionnement paisible de la justice, en évitant les « pressions » ou « menaces » possibles qui pourraient alors affecter la sérénité de la juridiction de jugement⁴². Il rappelle qu'au vu de sa composition, la Cour d'assises présentait les garanties d'indépendance et d'impartialité.

34. Par ailleurs, ce dispositif particulier applicable aux majeurs a été étendu aux mineurs âgés entre 16 et 18 ans par la loi du 23 janvier 2006⁴³ que le Conseil a également déclaré conforme à la Constitution⁴⁴. S'agissant de cette mesure, aucun grief n'a été soulevé et le Conseil n'a pas estimé nécessaire de censurer d'office cette mesure⁴⁵. Il semble clairement que le Conseil s'attache aux garanties minimales des droits fondamentaux lorsqu'il contrôle les dispositifs particuliers applicables aux actes de nature terroriste sans plus d'exigence au niveau de leur protection.

⁴¹ Art. 706-16 à 706-25-1 Cpp.

⁴² CC, décision n° 86-213 DC préc., § 3.

⁴³ Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

⁴⁴ CC, décision n° 2005-532 DC, 9 janv. 2006, préc.

⁴⁵ Pour les mineurs, une condition est requise dans la composition des magistrats professionnels, deux juges pour enfants doivent obligatoirement y figurer. Avec cette condition, la spécificité de la justice des mineurs qui constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République est alors respectée.

35. Comme il a été vu précédemment à propos de la qualification d’acte de terrorisme, le Juge constitutionnel a censuré les dispositions de la loi du 23 juillet 1996⁴⁶ renforçant la répression du terrorisme qui instaurent parmi les infractions pouvant être retenues comme acte de terrorisme ; le délit d’aide à l’entrée ou au séjour irrégulier des étrangers. Le Conseil a considéré que le législateur avait « *entaché son appréciation d’une disproportion manifeste* »⁴⁷ et a refusé toute extension d’une infraction de droit commun en acte de terrorisme qui revenait à une sorte de « *terrorisme par assimilation* »⁴⁸. Pour cette disposition, le Conseil a préféré la prudence pour sanctionner cette disposition et une interprétation stricte de l’acte terroriste.

36. Bien que l’objectif d’éradiquer le terrorisme soit noble et nécessaire, il n’est pas possible de valider toutes dispositions qui seraient excessivement attentatoires au principe de légalité des peines et des délits ou d’étendre de façon trop importante la notion d’acte terroriste. Le Conseil est garant de la constitutionnalité des mesures adoptées par le législateur au moyen de son contrôle de proportionnalité qui lui accorde une certaine marge d’appréciation. Dans le cadre de ce contrôle, le Conseil nous rappelle que des considérations d’intérêt général peuvent atténuer la portée de certaines exigences constitutionnelles. Il ajoute, précisions majeures que ces restrictions ou atténuations peuvent être apportées même s’il s’agit de droits fondamentaux. En ce sens, la préservation de l’ordre public dans un cadre bien délimité apparaît comme un « aménagement » légitime à certaines exigences constitutionnelles. Dans sa décision du 20 janvier 1981⁴⁹, le Conseil considère l’ordre public comme un objectif à valeur constitutionnelle. Sous cet angle-là, « *la prévention des atteintes à l’ordre public est nécessaire à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* ». La préservation de l’ordre public⁵⁰ est une condition permettant la garantie et l’exercice effectif des libertés de chaque citoyen. A l’occasion de la décision du 19 janvier 2006, le Conseil mentionne encore une fois la conciliation que doit opérer le législateur entre la prévention des atteintes à l’ordre public, la recherche des auteurs d’infractions, nécessaires à la

⁴⁶ Loi n° 96-647 du 23 juil. 1996 préc.

⁴⁷ CC, décision n° 96-377 DC, préc.

⁴⁸ Th. S. Renoux, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1996, pp. 806-822.

⁴⁹ CC, décision n° 80-127 DC, préc.

⁵⁰ La notion d’ordre public fait référence en droit administratif général au « *bon ordre, sécurité, salubrité et tranquillité publique* ».

sauvegarde de droits et de principe à valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties⁵¹.

37. D'une part, parmi les atteintes à l'ordre public, il peut s'agir des atteintes à la sécurité des personnes ou des biens. D'autre part, les libertés constitutionnelles englobent les libertés individuelles avec la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée. Toutes ces libertés fondamentales peuvent se retrouver restreintes au nom de la lutte contre le terrorisme dans le but de préserver l'ordre public.

38. Les différents dispositifs législatifs adoptés au fil des années réalisent une conciliation pas toujours aisée entre ces différentes exigences constitutionnelles parfois difficilement conciliables. Le Conseil constitutionnel veille alors à cet équilibre afin d'insérer et de maintenir effectivement l'arsenal juridique antiterroriste dans le cadre de l'Etat de droit et de la Démocratie.

39. Toutefois, ce contrôle ne doit pas interférer dans les pouvoirs du Parlement seul habilité à juger de l'opportunité de mesure législative en matière de lutte antiterroriste. Le Conseil n'a évidemment pas de pouvoir d'appréciation sur le choix opéré par le Parlement qui relève alors plus du choix politique que juridique. Le Conseil est amené à le confirmer, il ne constitue pas une « troisième chambre », illustrant les limites inhérentes à la nature du contrôle de constitutionnalité mais qui se voit moduler par la particularité du fait terroriste.

II. La modulation du contrôle de constitutionnalité par la lutte contre le terrorisme

40. La justice constitutionnelle s'inscrit dans un système juridique plus général où la loi demeure l'expression de la volonté générale. En matière de lutte contre la menace terroriste, le Parlement demeure l'organe légitime quant aux choix de politiques pénales à prendre. Ce pouvoir légitime découle du fonctionnement démocratique des institutions. Dès lors, ce pouvoir du Parlement relatif à l'appréciation de l'opportunité des mesures juridiques

⁵¹ CC, décision n° 2005-532 DC, préc.

pour garantir la sécurité contre le terrorisme constitue une limite au contrôle de constitutionnalité et qui en conditionne l'intensité (A). Pour autant, la justice constitutionnelle a réussi malgré les limites assignées par la Constitution et l'absence de prise en compte par le droit constitutionnel du terrorisme à développer par ses décisions les contours que le législateur ne peut franchir même dans l'hypothèse de la lutte contre le terrorisme par un équilibre effectif mais qui demeure fragile (B).

A) L'intensité du contrôle adaptée au but poursuivi par le législateur antiterroriste

41. Tout d'abord, la limite première attachée au contrôle de constitutionnalité de la loi ordinaire instituée à l'article 61 de la Constitution réside logiquement dans son caractère facultatif. L'absence de saisine par les autorités limitativement énumérées par la Constitution empêche tout contrôle, *a priori* du moins. Le Conseil constitutionnel n'est pas habilité à se saisir d'office. Par conséquent, une loi votée n'est pas systématiquement soumise avant sa promulgation au contrôle de constitutionnalité nonobstant l'importance de la législation en cause comme c'est le cas de la législation antiterroriste au regard des droits et libertés fondamentaux. Le Juge constitutionnel ne peut exercer son contrôle au-delà des compétences attribuées par la Constitution. Cette limite doit cependant être relativisée puisque la majorité des lois relatives au terrorisme sont soumises au Conseil constitutionnel notamment par l'intermédiaire de l'opposition parlementaire.

42. Suite aux attentats du 11 septembre 2001, en raison d'un large consensus politique, la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel. Devant la violence et l'émotion suscitée par les attentats terroristes, une certaine cohésion nationale s'est instaurée dans laquelle les clivages politiques se sont estompés, d'où l'absence de saisine du Conseil. Il en est de même pour la loi du 13 novembre 2014. Il est parfois regrettable que cette saisine ne soit pas automatique, puisque les décisions du Conseil apportent un éclairage important au législateur dans l'adoption de la loi conformément aux principes constitutionnels et à leur interprétation.

43. Au niveau des modalités du contrôle exercé par le Conseil de la législation antiterroriste, de façon classique, le principe du pouvoir général d'appréciation et de

décision du Parlement revient fréquemment pour justifier les limites du contrôle de constitutionnalité⁵². Le Juge constitutionnel n'est en effet, pas habilité à juger de l'opportunité des choix politiques notamment des politiques pénales qui relèvent du Parlement seul organe habilité par la Constitution à le faire. Le choix des dispositifs de lutte antiterroriste relève du pouvoir discrétionnaire du législateur et dans le domaine particulier du terrorisme, le contrôle du Conseil a alors tendance à se restreindre en fonction de l'objectif poursuivi par la loi.

44. L'intensité de la menace terroriste et la dangerosité du phénomène que combat la législation influent nécessairement le contrôle du Juge constitutionnel. La spécificité de la lutte contre le fait terroriste est un paramètre substantiel qui conditionne significativement le contrôle de constitutionnalité. Le Conseil se trouve d'une certaine manière lié, voire « enfermé » par les exigences de cette lutte, véritable impératif national. Ce contexte contraint le Juge constitutionnel à adapter les modalités de son contrôle en y intégrant une certaine dose d'« élasticité » afin de circonscrire les législations dans des limites plus étendues du cadre constitutionnel. A ce titre, le contrôle effectué à l'occasion des différentes décisions relatives au terrorisme par le Conseil a pu être qualifié d'« évusif »⁵³ voire plus permissif. La dangerosité du phénomène terroriste impacte l'intensité du contrôle qui semble plus tolérant à l'égard des restrictions apportées aux libertés, la loi étant la seule réponse possible dans un Etat de droit.

45. Dans le cadre de son contrôle de proportionnalité, le Conseil va s'attacher à vérifier que la nouvelle disposition ne porte ni une atteinte excessive ni une atteinte injustifiée à une liberté constitutionnellement protégée. De même, le Conseil va s'assurer que la conciliation réalisée par le législateur entre la sauvegarde de l'ordre public et la protection des droits n'est pas « manifestement déséquilibrée ». Cette technique opérée par le Juge constitutionnel implique un réajustement du contrôle qu'il exerce, qui peut être interprété comme un contrôle moins « rigoureux » et donc plus sévère à l'égard des droits fondamentaux en raison de l'objet poursuivi par le législateur antiterroriste.

⁵² Pour un exemple, v. CC, décision n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, *IVG I*.

⁵³ K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2011.

46. Aussi, le caractère assez hétérogène des actes terroristes a-t-il induit une certaine adaptation du Conseil précisément dans les modalités de son contrôle. Les lois qui règlementent un nouveau genre de criminalité ne relèvent ni de la législation pénale ordinaire ni d'un régime entièrement spécifique dérogatoire de droit commun. Le contentieux constitutionnel relatif à la législation de lutte contre le terrorisme laisse entrevoir un contrôle assez « malléable » du Conseil qui va même jusqu'à « développer une jurisprudence élastique »⁵⁴ afin de concilier dans un juste équilibre les dispositions législatives antiterroristes et les garanties d'un Etat de droit.

47. C'est la spécificité de l'objet de la loi qui module l'intensité du contrôle effectué par le Juge constitutionnel. Ayant une dimension politique certaine, la lutte contre le terrorisme s'impose devant la justice constitutionnelle. Le Conseil peine à maintenir à travers son contrôle cette législation dans le strict respect des frontières de l'Etat de droit qui semblent s'étendre sans pouvoir néanmoins l'être de manière absolue. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'est efforcé d'ajuster son contrôle au fil des décisions pour intégrer le plus efficacement possible la particularité de la législation antiterroriste. Le juste équilibre n'étant pas aisé à trouver entre l'impératif de lutte contre la menace terroriste mettant alors en péril toutes les autres libertés et la préservation des droits et libertés constitutionnellement garantis. La protection des droits et libertés constitue le principe même d'un Etat de droit d'où l'équilibre à la fois difficile et nécessaire soumis au contrôle du Conseil.

48. A la lecture des différentes décisions en matière de lutte antiterroriste, le bilan du contrôle peut sembler, à certains égards, « décevant »⁵⁵, notamment pour la loi fondatrice du 9 septembre 1986 ou celle dite « Perben II » du 2 mars 2004 à l'occasion de laquelle le Juge constitutionnel affirme la constitutionnalité globale des dispositions, davantage qu'il ne démontre leur compatibilité à la Constitution. D'une certaine mesure, le contrôle effectué par le Conseil se restreint par la nature des infractions en cause.

⁵⁴ K. Roudier, « Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, pp. 147-154.

⁵⁵ C. Cerda-Guzman, « La Constitution, arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *RFDC*, 2008. pp. 41-63.

B) La justice constitutionnelle à l'épreuve de la lutte antiterroriste, la recherche d'un équilibre fragile

49. La lutte contre le terrorisme présente un danger pour la protection des droits fondamentaux en raison des mesures d'exceptions exigées par la nature même du phénomène terroriste. Plus encore, le terrorisme est un danger pour la démocratie par les effets qu'ils engendrent, les symboles qu'il atteint et la violence qu'il impose. Pour autant, le Conseil doit veiller par son contrôle à préserver les garanties d'un Etat de droit et d'une démocratie qui justifient d'ailleurs l'existence même de ce contrôle. C'est une délicate mission assignée à la justice constitutionnelle que le Conseil exerce efficacement malgré les intérêts parfois divergents.

50. Dans le cadre de la saisine du Conseil en 1996 pour la loi visant à renforcer la répression du terrorisme, certaines dispositions de procédure pénale soulevaient à juste titre des interrogations⁵⁶. C'est le cas de la disposition qui instituait la possibilité de procéder sous certaines conditions à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies nocturnes en matière de terrorisme. La question de la constitutionnalité d'une telle mesure demandée par un policier ou par un magistrat pour des infractions relevant de la définition des actes de terrorisme, était alors posée au Conseil pour la première fois.

51. Dans sa décision n° 96-377 DC, le Conseil a d'abord énoncé le principe de conciliation que doit assurer le législateur entre la recherche des auteurs d'infractions, objectif à valeur constitutionnelle et les libertés publiques constitutionnellement garanties. Il a alors distingué entre les deux types d'enquêtes ; de flagrante et préliminaire puis retenu que les perquisitions de nuit ne pouvaient intervenir que pour les enquêtes en *flagrante*. De même, il a écarté la possibilité de ces perquisitions au cours d'une instruction préparatoire au motif que l'autorité déjà investie de la charge de l'instruction se verrait ou outre « *attribuer les pouvoirs d'autoriser, de diriger et de contrôler* » les opérations de perquisition. Un enseignement intéressant apporté par le Conseil réside dans sa non-reconnaissance de l'inviolabilité du domicile comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, contrairement à ce que soutenaient les requérants. De plus, le Conseil a

⁵⁶ Il s'agit de l'article 10 de la loi, qui complète l'article 706-24 Cpp.

considéré qu'en l'absence d'autres garanties, comme la limitation dans le temps, qu'il y avait un risque « *d'atteintes excessives à la liberté individuelle* » principalement au principe d'inviolabilité du domicile. Aussi, les perquisitions de nuit ne peuvent être réalisées que si elles ne peuvent intervenir « *dans les circonstances de temps de l'article 59 du Cpp, c'est-à-dire entre 6 heures et 21 heures et une fois l'autorisation accordée, les perquisitions, visites et saisies doivent être opérées sans délai* ». Les mesures telles que les perquisitions ou saisies de nuit, par l'intensité de l'atteinte à la liberté individuelle constitutionnellement protégée notamment à l'article 66 impliquent un contrôle rigoureux du Conseil constitutionnel.

52. Le Conseil reste vigilant en matière de protection des libertés individuelles, cette vigilance est alors accrue en matière de terrorisme où le respect des libertés peut rapidement être méconnu en fonction de l'objectif poursuivi par la loi. De la vigilance du Juge constitutionnel et de l'intensité du contrôle en dépend le « sort » des libertés⁵⁷.

53. Les nécessités de la lutte contre le terrorisme imposent des aménagements en matière pénale principalement au niveau de la procédure pénale. En ce sens, le Conseil s'est prononcé sur la constitutionnalité de certaines mesures comme pour les « fouilles de véhicules » qu'il a validées à l'occasion de l'examen de la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003⁵⁸. Cette loi de 2003 entérine les dispositions de l'article 78-2-2 du Cpp, permettant plus largement les visites de véhicules instaurées par la loi pour la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001⁵⁹. Cette loi a banalisé certains moyens de la procédure pénale en cas de terrorisme. Ainsi, les « contrôles », les « vérifications » et les « relevés d'identité » sont désormais licites sur toute personne « *à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction* »⁶⁰. Les contrôles d'identité effectués en vue de la recherche et la poursuite d'actes de terrorisme dans les conditions de l'article 78-2-2 du Cpp peuvent également être assortis de fouilles.

⁵⁷ V. Patrick Wachsmann, « Chronique de jurisprudence - Décision du Conseil constitutionnel n° 85-187 DC du 25 janv. 1985 (loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie) », *AJDA*, 1985, p. 364.

⁵⁸ CC, décision n° 2003-467, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Rec. n° 211 ; v. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15.

⁵⁹ Laquelle n'avait pas été déférée au contrôle du Conseil.

⁶⁰ CC, décision n° 2003-467, 13 mars 2003, § 13, 52 et 55.

54. Par ailleurs, les nouveaux articles 11 à 13 de cette loi instituait de nouvelles modalités de visite des véhicules par les officiers de police judiciaire et les agents placés sous leur contrôle. Les auteurs de la saisine reprochaient à ces dispositions de porter au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile, à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle des atteintes excessives. En effet, les articles critiqués faisaient une place insuffisante au juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, dans le déroulement de la procédure. En outre, ces articles critiqués auraient été entachés d'une incompétence négative en raison de l'imprécision de leurs termes. En l'occurrence, il s'agissait de l'imprécision des termes « *lieux accessibles au public* » et « *véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence* ». Mais le Juge constitutionnel a passé outre ces moyens et dans la continuité de sa jurisprudence, a confirmé les dispositions contestées. Sans surprise, le Conseil précise dans son considérant : « *qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire* »⁶¹. Il ajoute que les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public. Compte tenu des différents paramètres de son contrôle, le Conseil en déduit que les termes de l'article sont « *assez clairs et précis pour répondre aux exigences de l'article 34 de la Constitution* »⁶².

55. Les mesures qui comprennent des atteintes considérables aux libertés individuelles sont subordonnées au contrôle du juge du siège ce qui garantit le caractère licite de la procédure. S'il est bien une mesure phare qui porte atteinte à la liberté individuelle et qui attire toute l'attention et la vigilance du Conseil et du juge, c'est bien celle de la garde à vue. Le régime de la garde à vue est adapté à la nature des infractions en matière de terrorisme et prévoit donc des règles spécifiques soumises à l'examen du Juge constitutionnel.

⁶¹ *Ibid.*, §. 8.

⁶² *Ibid.*

56. Le Conseil avait admis une première prolongation possible de la garde à vue dans sa décision fondatrice de 1986⁶³. Puis, en 2004, lors du contrôle de la loi « Perben II », du 9 mars 2004⁶⁴, la garde à vue pouvait désormais se prolonger au-delà de la durée maximale, d'une nouvelle période de 48 heures. Ayant pris en compte les demandes formulées par les juges d'instructions spécialisés dans la lutte contre le terrorisme, les parlementaires ont allongé encore la durée de cette mesure. Ainsi, la loi du 23 janvier 2006 permet une durée maximum de 144 heures de la garde à vue soit six jours. Cette durée totale maximum qui peut paraître très excessive correspond à 48 heures de plus que pour le maximum prévu pour les infractions les plus graves. Malgré l'absence de saisine sur cette modification du régime de la garde à vue, le Conseil s'en est saisi d'office compte tenu de la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle en cause.

57. Pour valider ces dispositions, le Conseil a contrôlé les nouvelles mesures de prolongation de la durée de la garde à vue au regard des exigences constitutionnelles relatives à la nécessaire intervention de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution et au regard de la nécessité de la mesure et sa proportionnalité. Sous ce prisme, le Conseil a considéré que les garanties existantes pour les quatre premiers jours de la garde à vue étaient maintenues pour la nouvelle prolongation possible. De plus, il a assorti cette prolongation possible à une situation strictement limitée à « *titre exceptionnel* » et dans deux seuls cas clairement définis : « *s'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger* », ou si « *les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement* ». En dernier lieu, le Conseil conditionne la validité de ces prolongations exceptionnelles à une décision motivée du juge des libertés et de la détention, juge distinct du juge d'instruction chargé de la conduite de l'information.

58. Néanmoins, les requérants avaient soulevé l'atteinte disproportionnée de cette prolongation à la liberté individuelle. S'il est vrai que l'atteinte à la liberté individuelle se

⁶³ CC, décision n° 86-213 DC, 3 sept. 1986, § 15 à 17.

⁶⁴ CC, décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* (JO du 10, p. 4567).

pose nettement dans une telle hypothèse de garde à vue à 144 heures, le Conseil a opté pour le maintien de ce dispositif considérant l'encadrement législatif suffisant. L'équilibre semble là poussé à son extrême limite. A juste titre, l'ancien président du Conseil constitutionnel au sujet de cette nouvelle prolongation possible de la garde à vue a estimé que « *l'on s'approchait désormais des limites ultimes* », de ce qui ne pourrait plus être « *constitutionnellement admis* »⁶⁵.

59. Dans la même optique, la justice constitutionnelle s'est prononcée sur la question de l'intervention de l'avocat lors de la garde à vue. Le droit de s'entretenir avec un avocat constitue logiquement un droit de la défense fondamental au cours d'une procédure pénale. Toutefois, les modalités d'exercice de ce droit peuvent être modulées selon la nature de l'infraction en cause. C'est le cas en matière de terrorisme. Pour les actes de terrorisme comme en matière de trafic de stupéfiants, le premier contact avec l'avocat ne peut intervenir qu'à la soixante douzième heure (donc au bout de trois jours)⁶⁶ contrairement au délai de quarante-huit heures pour les autres infractions de criminalité organisée. Conformément à sa jurisprudence en la matière, le Conseil a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution⁶⁷. Cette validation est à nuancer puisqu'il a émis une réserve d'interprétation par l'exigence d'un contrôle effectif de l'action policière par l'autorité judiciaire. Il oriente ainsi le sens à donner aux dispositions législatives afin de garantir les droits effectifs des citoyens en l'occurrence l'exercice du droit de la défense.

60. Enfin, le Conseil s'est confronté à la question de la constitutionnalité des moyens modernes de lutte contre le terrorisme avec le développement de la vidéosurveillance ou l'accès à de nombreux fichiers⁶⁸. L'ensemble de ces nouveaux moyens soulève principalement la question de leur conformité avec le respect de la vie privée. La procédure spécifique de communication de certaines données que détiennent notamment les hébergeurs de sites internet et fournisseur d'accès a été « recadrée » par le Conseil qui

⁶⁵ Pierre Mazeaud, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », conférence donnée lors d'une visite à la Cour suprême du Canada (24-26 avr. 2006) ; www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20060426.pdf.

⁶⁶ Art. 706-88 Cpp.

⁶⁷ CC, décision n° 93-334 DC, 20 janv. 1994, § 16 à 19 ; CC, décision n° 2004-492, 2 mars 2004, § 28 à 34.

⁶⁸ Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (JO du 24, p. 1129).

censure l'objectif répressif assigné au dispositif qui ne pouvait avoir qu'une finalité préventive (mesure de police administrative)⁶⁹. Hormis ce point-là, le Conseil, ayant relevé l'existence d'un contrôle étroit de la procédure par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, a déclaré conforme à la Constitution l'ensemble des dispositions. Les garanties permettaient ainsi d'assurer la conciliation entre d'une part le respect de la vie privée des personnes et la liberté d'entreprendre des opérateurs et d'autre part la prévention des actes terroristes.

61. Outre le volet pénal, l'article 12 de la loi de 1996 qui complète l'article 25 du code civil a introduit une mesure de sanction complémentaire en cas de condamnation pour crime ou délit constituant un acte terroriste. Cette sanction consiste en la déchéance de la nationalité française. Sans surprise, le Conseil a déclaré cette mesure conforme à la Constitution, « au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation » et « *au regard de l'objectif recherché par le législateur, soit le renforcement de la lutte contre le terrorisme, la déchéance critiquée par les requérants avait pu être prévue sans que la différence de traitement qui en résulte ne soit contraire au principe d'égalité* »⁷⁰. La déchéance de la nationalité française est toutefois subordonnée à certaines conditions⁷¹.

62. En 2015, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil a confirmé sa jurisprudence issue de la décision n° 96-377 DC en matière de déchéance de la nationalité française en cas d'agissement terroriste⁷². Le Conseil avait déjà jugé que les comportements qui se rattachent au terrorisme peuvent justifier la déchéance de nationalité : « *le législateur a pu, compte tenu de l'objectif, tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité* »⁷³ et que les

⁶⁹ CC, décision n° 2005-532 DC, 19 janv. 2006.

⁷⁰ CC, décision n° 96-377 DC, § 20 à 23.

⁷¹ Art. 25 du code civil.

⁷² CC, décision n° 2014-439 QPC, 23 janv. 2015, *M. Ahmed S.* (Déchéance de la nationalité).

⁷³ CC, décision n° 96-377 DC, 16 juil. 1996, § 23.

comportements qui se rattachent au terrorisme peuvent justifier la déchéance de nationalité. Cette appréciation est réitérée lors de la QPC de 2014 ; le Conseil énonça alors « *qu’eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, les dispositions contestées instituent une sanction ayant le caractère d’une punition qui n’est pas manifestement disproportionnée ; que dès lors, le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l’article 8 de la Déclaration de 1789 doit être écarté* »⁷⁴ et ajoute que « *le principe d’égalité ne s’oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu’il déroge à l’égalité pour des raisons d’intérêt général* »⁷⁵.

63. Sur ce point, le choix adopté par le Conseil peut susciter quelques interrogations relatives aux droits et libertés, particulièrement au principe d’égalité⁷⁶. S’agissant de la différence de traitement entre un terroriste, Français « d’origine » et un terroriste ayant acquis la nationalité française auquel la déchéance de la nationalité pourrait s’appliquer, la question peut être soulevée⁷⁷. Néanmoins, dans son communiqué de presse, le Conseil constitutionnel considère que la différence de traitement instituée dans un but de lutte contre le terrorisme ne viole pas le principe d’égalité⁷⁸. Les Juges de la rue Montpensier ont tranché la question ; le dispositif législatif régissant la déchéance de la nationalité est bien conforme à la Constitution. Le grief de l’atteinte au principe d’égalité est ainsi écarté.

64. La justice constitutionnelle cautionne, par le contrôle ainsi réalisé, les aménagements apportés à l’exercice des droits et libertés, principalement à la liberté individuelle, que la

⁷⁴ CC, n° 2014-439 QPC, préc., § 19.

⁷⁵ *Ibid.*, § 10.

⁷⁶ V. le commentaire de Th. S. Renoux, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1996, p. 821. Dans un autre sens, v. sur cette question, Bertrand Pauvert, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », note sous CC, décision n° 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, *AJDA*, 2015, pp. 1000-1005.

⁷⁷ Dans l’hypothèse d’un Français « d’origine », il s’agit d’un retrait de la nationalité alors que pour un Français ayant acquis la nationalité, une déchéance de la nationalité peut s’appliquer. En effet, il convient de rappeler qu’une procédure peu connue existe à l’encontre d’un Français « d’origine », ayant la nationalité par attribution : le retrait de la nationalité (art. 23-7 et 8 du code civil). Si la sanction est *a priori* plus sévère, elle demeure en revanche exceptionnelle, voire quasi théorique. En effet, il résulterait de cette mesure qu’une personne française « d’origine », en l’absence d’autres nationalités, deviendrait apatride, solution difficilement acceptable au niveau juridique. Cette conséquence pourrait notamment se confronter à plusieurs engagements internationaux de la France (art. 15 de la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948) ce qui nous laisse envisager des obstacles relatifs à sa mise en œuvre. Alors que la déchéance de la nationalité est une sanction appliquée effectivement, en pratique, le retrait de la nationalité apparaît comme une mesure plus hypothétique et soumise à de fortes réserves.

⁷⁸ www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2014-439-qpc/communiquede-presse.143104.html.

sauvegarde de l'ordre public impose dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Malgré l'ampleur et la gravité du phénomène, la Constitution française est restée silencieuse à l'égard du terrorisme contrairement à des pays voisins comme l'Espagne où la lutte contre le terrorisme trouve un fondement constitutionnel⁷⁹. La justice constitutionnelle a comblé ce silence constitutionnel en insérant les différents dispositifs de lutte antiterroriste dans les limites constitutionnelles nonobstant le renforcement fréquent du degré de sévérité de ces dispositifs. Bien qu'un certain assouplissement du contrôle de la législation antiterroriste soit perceptible au sein de la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil n'hésite pas à encadrer le législateur en cas de débordement normatif assurant la protection minimale des droits et libertés.

65. L'adaptation du contrôle de constitutionnalité aux nécessités de lutte contre le terrorisme a mis en évidence une justice constitutionnelle qui intègre le fait terroriste à l'intérieur des frontières d'un Etat de droit. Ce contrôle a également révélé les limites à la fois de la Constitution dans sa prise en compte du fait terroriste et de la mission du Conseil constitutionnel de protection des droits et des libertés. Toutefois, le Conseil constitutionnel a réussi par son orientation, ses réserves d'interprétation et ses censures à maintenir la loi relative au terrorisme dans un cadre juridique respectant le socle minimum de garantie des droits fondamentaux. Ainsi, le rôle de la justice constitutionnelle est-il préservé, malgré la particularité de la lutte antiterroriste. Cette justice constitutionnelle ne se conçoit qu'à travers une réflexion plus large, celle de la place du Conseil constitutionnel par rapport aux choix politiques des gouvernants mais aussi au regard des décisions européennes récentes⁸⁰ qui ont tendance à faire primer l'Etat de droit sur les exigences de la lutte antiterroriste. Le risque est trop grand, celui d'un recul des droits et libertés face à la lutte contre le terrorisme. Ce combat contre le terrorisme saura-t-il protéger la Démocratie et ses valeurs sans y porter atteinte ?⁸¹ La question reste ouverte.

⁷⁹ Le fondement constitutionnel de la lutte contre le terrorisme est inscrit à l'article 55-2 de la Constitution espagnole, v. K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste... préc.*

⁸⁰ CEDH, 2 juin 2015, *Belgique c. M. OUABOUR. A*, req. n° 26417/10.

⁸¹ En ce sens, v. G. Haascher, *Les démocraties survivront-elles au terrorisme ?*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

Le terrorisme au filtre de la jurisprudence administrative

Florence NICOUD

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC - EA 3992

Résumé : Avec les événements survenus en France au tout début de l'année 2015, le débat et les polémiques en tout genre sur les conséquences des actions terroristes touchant notre pays ne cessent de se développer. Aussi, si le juriste ne pouvait rester muet face à l'ampleur prise par le phénomène, une focal sur la manière dont la plus haute juridiction administrative intègre et fait sienne cette notion s'imposait. Touchant directement la sécurité et l'ordre public, il est normal que l'ordre administratif se retrouve compétent, en matière d'action terroriste, et ceci sur deux domaines plus particulièrement : celui de l'indemnisation des victimes et celui de la légalité des mesures administratives prises en vue de prévenir ou de sanctionner l'activité terroriste. Or, les conséquences de l'analyse tendent à démontrer sans beaucoup de surprise que, le contentieux de la légalité a pris le pas ces dernières années sur le contentieux de la responsabilité.

1. Touchée début janvier 2015 par une vague d'attentats sans précédent par leur horreur, le nombre très élevé de victimes ainsi que les symboles directement visés (journalistes, forces de l'ordre, personnes d'origine israélite)¹, la France a toujours entretenu un lien tout particulier avec le terme et l'acte de terrorisme. En effet, c'est « *la Révolution française [qui] invente le terrorisme moderne, d'abord la chose puis le mot* »². Ainsi, le terme terrorisme désigne alors le mode de gouvernement révolutionnaire ayant lieu de septembre 1793 à la chute de Robespierre en juillet 1794. « *Les premiers dans l'histoire à être appelés « terroristes » sont les conventionnels envoyés en mission en province pour assurer la répression du royalisme et du fédéralisme* »³. Par la suite, le mot sera intégré pour la première fois dans le supplément de 1798 au dictionnaire de l'Académie française⁴, permettant ainsi de désigner une nouvelle activité et repris ensuite par les dictionnaires d'autres langues. Ce n'est qu'au XIX^e siècle et en réaction avec le sens premier donné par la

¹ « Ces événements ont pu être qualifiés de 11 septembre français en référence à ceux intervenus aux Etats-Unis en 2001 » in Henri Oberdorff, « La République française face au défi du terrorisme », *RDP*, 2015, p. 357.

² Jean-François Gayraud & David Sénat, *Le terrorisme*, Que sais-je ? n° 1768, PUF, Paris, 2006, p. 9.

³ *Ibid.*

⁴ Les auteurs du *Que sais-je ?* indiquent les mots nouveaux en usage depuis la Révolution : « *terrorisme : système, régime de la terreur* » ; « *terroriste : agent ou partisans du régime de la terreur qui avait lieu par l'abus des mesures révolutionnaires* ».

Révolution française que la signification du mot s'inverse radicalement « *pour désigner désormais une stratégie de contestation violente de l'Etat* »⁵. Ainsi, « *de méthode de conservation et protection de l'Etat, il devient l'outil de sa remise en cause* »⁶.

2. Au-delà de l'évolution sémantique du terme, l'action terroriste depuis le milieu du XX^e siècle et surtout depuis les années 1970 tend à emprunter un nouveau visage et se développer sur de nouveaux théâtres. A ce titre, les attentats du 11 septembre 2001 semblent avoir marqué une étape décisive dans la diversité et l'ampleur des actions terroristes : des kamikazes religieux font exploser des avions sur des sites névralgiques et emblématiques d'un pays, ou diffusent et incitent ouvertement à l'action terroriste, hier au moyen de publications sous des formats classiques, aujourd'hui au moyen d'internet et de l'ensemble des réseaux sociaux⁷. Aussi, mondialisation oblige, le cyber terrorisme, composante de la cyber criminalité est en pleine expansion⁸. Le temps est bien révolu où l'action terroriste consistait à poser des bombes dans des lieux publics ! Elle est aujourd'hui multiforme dans sa capacité de nuisance et d'action, même si de façon générale, elle peut toujours être classée en trois grandes catégories de famille⁹.

3. Face à cette montée en puissance des actions terroristes ces quarante dernières années¹⁰ et à leur mutation, le droit français n'en n'est pas pour autant resté muet. Sans

⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁶ *Ibid.*

⁷ Selon le Professeur Ségur, « *depuis quelques années, la France enregistre une nette progression des signalements de sites internet pour propagande terroriste : 13 en 2011, mais 120 en 2012, puis 360 en 2013* », in « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », *AJDA*, 2015, p. 161.

⁸ Dans cette cyber criminalité, on rencontre notamment selon M. Watin-Augouard, « *les infractions de contenu qui répriment la détention, l'échange, le transfert, la diffusion, etc. de messages illicites [dont la propagande terroriste] véhiculés par les technologies de l'information et de la communication. De telles infractions [...] bénéficient avec internet et, en particulier, grâce au développement des réseaux sociaux, d'un exceptionnel vecteur d'amplification* », in « Cybermenaces et sécurité nationale », *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013*, Ch. Vallar et X. Latour dir., PUAM, 2014, p. 303.

⁹ Selon le Professeur Reverso, à travers les époques et l'histoire du terrorisme en France et à l'étranger, on distingue très nettement un terrorisme de type idéologique (socialiste révolutionnaire, néo fasciste et religieux), mais également un terrorisme de libération nationale (terrorisme Allemand de 1918, conflit Israélo-Palestinien, IRA, ETA, Corse...), et enfin un terrorisme pouvant être qualifié d'Etat (Syrie, Lybie, France avec l'affaire du Rainbow Warrior, ou encore en Israël) in Laurent Reverso, « Le terroriste est-il une personne ? » in *Lutter contre le terrorisme aujourd'hui*, *RISEO*, 2015-2.

¹⁰ « *Depuis le milieu des années 1970, des Français ont été la cible d'actes de terrorisme : près d'une centaine d'attentats répertoriés comme tels, dont la moitié en dehors de nos frontières. En France, de tels actes barbares ont provoqué la mort d'environ 70 personnes et des blessures ont atteint plus d'un millier d'autres. Deux vagues*

pour autant céder aux sirènes du tout sécuritaire (il n'y a pas eu d'adoption d'un « *Patriot Act* » au début de l'année 2015 contrairement à celui adopté aux Etats-Unis à la suite des attentats du 11 septembre 2001¹¹), l'arsenal législatif déjà bien fourni dans ce domaine, a néanmoins été complété ces derniers temps pour ne pas laisser sans réponse les exactions commises, au nom très souvent d'une certaine forme de fanatisme religieux (on pense par exemple en 2012, à la tuerie perpétrée par Mohamed Merah faisant sept victimes). Aussi, quelques mois déjà avant le début d'année 2015 sanglant, la loi en quelque sorte prémonitoire du 13 novembre 2014¹² a été votée afin de renforcer les moyens de lutte contre le terrorisme. Une des principales innovations de cette loi est de permettre l'interdiction de sortie du territoire français pour les candidats au Djihad ainsi que l'instauration d'un mécanisme de blocage d'accès administratif des sites internet de de propagande terroriste.

4. Egalement, à partir d'une recherche experte sur le site Légifrance relativement aux lois faisant apparaître le terme de terrorisme dans leur titre, on note qu'une seule loi en 1943 comportait le mot dans son titre. Puis, le terme connaît un regain d'actualité en droit français à partir des années quatre-vingts. Se développe en effet à partir de cette date, une législation dédiée issue directement de la vague d'attentats qui toucha la France au cours des années 70 et surtout 80, avec la mise en place notamment d'une législation pénale spécifique. De septembre 1986 où on a une législation appropriée à la lutte contre le terrorisme à décembre 1997, on note l'entrée en vigueur de sept législations. De novembre 2001 à novembre 2014, on relève l'existence de neuf législations anti-terroriste et une par an par la suite à partir de 2012¹³.

particulièrement dramatiques ont vu les attentats se succéder à un rythme soutenu au milieu des années 1980 et 90 », Robert Cario, « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme en droit français », *AJ Pénal*, 2013, p. 264.

¹¹ « Signé le 26 octobre 2001 par le Président George W. Bush, huit semaines seulement après la tragédie du 11 septembre 2001, le *Patriot Act* s'est donné pour but « *d'unir et de renforcer l'Amérique en lui donnant les instruments requis pour intercepter et empêcher le terrorisme* », in « Le Patriot Act : retour sur un texte controversé », Elisabeth Zoller, *RDP*, 2015, p. 377.

¹² JO du 14 nov. 2014 p. 19162.

¹³ Concernant les lois faisant apparaître le terme de terrorisme mais pas uniquement dans le titre, il est possible de recenser plus d'une quinzaine de législations de sept. 1986 à déc. 2012.

5. Pour autant, si le législateur français n'a pas été avare de législation dans ce domaine, il convient de remarquer une limite de taille du droit français lorsqu'on aborde cette thématique. En effet, le terme de terrorisme semble être empreint d'une certaine complexité et « aucune définition consensuelle du terrorisme ne peut émerger »¹⁴ ; également « qu'elles soient juridiques ou universitaires, les définitions du terrorisme laissent généralement perplexes. En effet, elles insistent soit sur la fin poursuivie (la violence à finalité politique), soit sur les moyens utilisés (attentats, enlèvements, etc.), soit sur les conséquences attendues (susciter la peur)¹⁵ ». Du point de vue du droit international, les choses ne se présentent guère mieux. Concernant le Conseil de sécurité de l'ONU, la résolution 1373 du 29 septembre 2001 impose par son texte une traque universelle contre toute forme de terrorisme sans pour autant proposer ou même retenir une définition du terme. Seul le Code pénal semble pouvoir apporter un semblant de définition à ce terme finalement polysémique et peu défini juridiquement. Dans un titre spécial figurant aux articles 421-1¹⁶ à 421-2-3, il indique alors ce que constituent les actes de terrorisme en droit pénal français.

6. Si l'accélération des menaces terroristes en France et à l'étranger à partir des années 2000 est attestée, « la France n'a pas pour autant procédé à une modification radicale de sa législation, mais a choisi d'opérer un renforcement limité [des dispositions préexistantes]¹⁷.

7. Aussi, il est alors intéressant de se demander quel est le positionnement du juge administratif par rapport à cette notion devenue fondamentale tant par l'actualité des textes que celle malheureuse des faits. Une première analyse dans l'ouvrage de référence, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* se révèle assez décevante, le mot terrorisme n'y étant pas mentionné ou renvoyant directement à celui d'étrangers, d'expulsion ou encore d'extradition. Les index des manuels de droit administratif présentent quant à eux

¹⁴ Gayraud J.-F., Sénat. D, *Le terrorisme*, op. cit., p. 32.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes... ». Procède de même l'article 1^{er} de la décision-cadre du 13 juin 2002 proposant une définition énumérative des infractions terroristes, sans pour autant de nouveau parvenir à définir le terme : Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JOCE, 22 juin 2002, L. 164-4 du 22 juin 2002, p. 3.

¹⁷ Etude d'impact du projet de loi relatif au renforcement des dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, juil. 2014, p. 2, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2110-ei.asp>.

une quête plus heureuse puisque le terme y est directement inscrit et analysé dans le cadre des régimes spéciaux de responsabilité.

8. En s'attachant finalement à une recension du terme terrorisme à travers la jurisprudence administrative et donc à une étude de sociologie du contentieux, on se rend compte que le terme n'est finalement recensé que dans plus de 300 décisions, dont 80% d'entre elles se situent chronologiquement après les années 1990 et surtout 2000. Ce renouveau actuel de la jurisprudence administrative pour la prise en compte de la notion se vérifie alors à un double niveau de contentieux. Les litiges concernent tout d'abord un contentieux de type indemnitaire ayant tendance à se tarir depuis quelques années (I). Si la victime de l'attentat reste bien au cœur du processus d'indemnisation, un grand nombre de problèmes indemnitaires sont réglés dans ce domaine depuis la mise en place d'un régime spécial d'indemnisation. D'un autre côté se développe un contentieux de la légalité de type sécuritaire, ayant tendance à devenir quelques peu pléthorique et concernant directement le pouvoir régalien de l'Etat, cherchant par tous les moyens à éradiquer la menace terroriste sur son territoire (II).

I. Un contentieux indemnitaire en baisse

9. Tragique dans ses conséquences tant du point de vue des dommages corporels que ceux relatifs aux biens subis par les victimes, le contentieux indemnitaire de l'action terroriste semble être marqué par deux tendances successives depuis les années soixante-dix. D'une part, l'étude des principales jurisprudences de la Haute juridiction administrative ainsi que des Cours administratives d'appel principalement jusqu'en 1986, témoigne alors de l'essor d'un contentieux indemnitaire essentiellement réglé par l'application du régime classique de la responsabilité administrative. D'autre part, ce mécanisme d'indemnisation présentant des limites difficilement surmontables pour des victimes toujours plus nombreuses au cours de la décennie 80, la mise en place d'un régime législatif spécial d'indemnisation par la loi de 1986 permettra de tarir rapidement le contentieux indemnitaire par l'action d'un fonds de garantie dédié.

A) L'avènement d'un contentieux indemnitaire fondé sur la responsabilité administrative classique

10. L'étude jurisprudentielle administrative de ces quarante dernières années en matière de dommages soit corporels soit matériels subis par les victimes d'attentats se développe autour de deux constats fermement établis. Si le nombre de victimes et leur dommage sont sans cesse plus conséquents, d'une part, le régime de responsabilités sans faute est exclu dans le cadre du contentieux indemnitaire des dommages matériels, alors que dans le même temps, il demeure soumis aux règles classiques de démonstration de la responsabilité pour faute lourde ou simple.

11. Tout d'abord, s'agissant de l'inapplication par principe du régime de responsabilité sans faute tant pour les dommages matériels qu'aux personnes, la jurisprudence administrative demeure constante sur ce point. C'est en effet en bloc que, tant le Conseil d'Etat que les Cours administratives d'appel rejettent l'application d'un quelconque régime de responsabilité sans faute, qu'il soit mis en avant par les victimes au nom du principe d'égalité devant les charges publiques, ou bien au nom de la théorie des risques subis. Ainsi, que ce soit avant l'avènement de la loi de 1986 ou après, la Haute juridiction ne fléchit pas sa jurisprudence de principe en la matière. Les considérants de principe sont d'ailleurs très explicites et parlent d'eux-mêmes. Pour une affaire datant de 1976 dans laquelle une société de télévision subit des dommages matériels importants du fait d'un attentat survenu sur le port de Bastia, le Conseil d'Etat relativement à l'engagement d'une éventuelle responsabilité sans faute de l'Etat, rejette simultanément le double fondement de la rupture d'égalité et du risque¹⁸.

12. Du côté des Cours administrative d'appel, le rejet de ce double fondement apparaît également de façon très explicite. Ainsi dans une affaire de 2008 relativement à un attentat des indépendantistes Guadeloupéens dont a été victime une personne dans les années 80, la

¹⁸ CE, 28 mai 1984, *S^{té} française de production*, Rec. p. 728, « Considérant, en premier lieu, qu'en l'absence de disposition législative le prévoyant expressément, la responsabilité de l'Etat ne saurait être automatiquement engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques du fait d'actes de terrorisme survenus sur le territoire français ».

Cour administrative d'appel de Bordeaux retient « *qu'en l'absence de dispositions législatives le prévoyant expressément, la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée sur le fondement du risque ou de l'égalité devant les charges publiques du fait d'actes de terrorisme survenus sur le territoire français* »¹⁹. Toujours en Corse, terre connue pour ces vagues d'attentats liés au mouvement indépendantiste, une décision de la CAA Marseille de 2005²⁰, à propos des dégâts matériels subis par l'URSAFF de Corse, rejette simultanément la mise en cause de la responsabilité de l'Etat sur le double fondement du risque ou de la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques.

13. Enfin, une récente décision de 2003 réitère ce principe de non indemnisation des dommages matériels sur le fondement du risque. Ainsi, à propos de la destruction d'un avion sur l'aéroport de Calvi par une charge explosive, le juge rappelle bien « *qu'en l'absence de disposition législative le prévoyant expressément, la responsabilité de l'Etat ne saurait être, de plein droit, engagée sur le fondement du risque du fait d'actes de terrorisme survenus sur le territoire français* »²¹.

14. Il convient alors de rechercher du côté du régime de responsabilité pour faute pour que les victimes de dommages matériels ou corporels (avant 1986) puissent aboutir dans leur demande d'indemnisation. C'est généralement sur le fondement classique de la démonstration d'une faute commise par l'Etat correspondant, soit dans une lacune d'organisation des services de police ou du fait de l'insuffisance de mesure réglementaire dans ce domaine, que les victimes parviendront à se positionner.

15. Si de nouveau, le nombre d'arrêts rendus dans ce domaine reste non négligeable du point de vue du nombre, la jurisprudence se positionne au départ sur le terrain de la responsabilité pour faute lourde des services de l'Etat pour traiter les demandes d'indemnisation des victimes. Comme le souligne un commentateur, « *en matière d'attentats terroristes l'activité de l'administration (qu'il s'agisse de son activité de réglementation ou bien de l'action des forces de police sur le terrain) se heurte à des*

¹⁹ CAA Bordeaux, 26 fév. 2008, req. n° 06BX00886.

²⁰ CAA Marseille, 9 sept. 2005, *Sté ACE Europe*, req n° 03MA00468.

²¹ CE, 3 mars 2003, *GIE La réunion aérienne*, Rec. p. 76.

difficultés particulières et le juge ne retient en conséquence la responsabilité de l'Etat qu'en cas de faute lourde »²². Aussi, la rigueur de la démonstration de la faute lourde fait que la demande de responsabilité de l'Etat est rarement retenue, les victimes du terrorisme se voyant très souvent déboutées dans leur demande. Quelques jurisprudences de principes donnent à l'occasion au lecteur averti un véritable vade-mecum de l'interprétation du juge administratif dans ce domaine particulier du régime de faute.

16. Ainsi, dès 1984, à propos de l'affaire précitée relative à l'attentat perpétré en Corse contre une société de télévision²³, le juge apprécie alors la faute « *au regard de la réalité de la menace, en tenant compte des circonstances de temps et de lieu, et en particulier de l'existence ou non d'une demande de protection particulière formulée par la personne physique ou morale [...]* »²⁴. En l'espèce, la société voit sa demande d'indemnisation rejetée au motif que les services de police n'avaient été prévenus ni de l'heure d'arrivée des camions du tournage audiovisuel ni du lieu. De même, aucune intervention particulière des services de police n'avait été requise. En réalité, les cas dans lesquels la responsabilité de l'Etat pour faute lourde sont retenus demeurent assez rares. Le juge ne la prononce en réalité qu'en cas de grave négligence des services de police ou en cas d'absence totale des mesures de prévention alors même que l'attentat n'était pas absolument imprévisible, étant donné les circonstances de temps et de lieu et alors même que des troubles à la sécurité publique existaient dans la zone²⁵.

17. Concernant les demandes d'indemnisation de dommages corporels alors antérieures à la loi de 1986, la logique reste semblable. Ainsi, dans l'affaire de l'assassinat de l'ambassadeur de Turquie en France suite à un attentat commis en octobre 1975, la Haute

²² Thierry S. Renoux, André Roux, « Responsabilité de l'Etat et droit des victimes d'actes de terrorisme », *AJDA*, 1993, p. 77.

²³ CE, 28 mai 1984, *Sté française de production*, préc.

²⁴ Marie Sirinelli, « Responsabilité de la puissance publique et prévention du terrorisme », note sous CAA Paris, 24 janv. 2011, *Préfet de police c/ compagnie Aviva*, *AJDA*, 2011, p. 785. En utilisant ces différents critères, déjà dans un arrêt de principe du CE, 10 fév. 1982, *Air Inter*, Rec. p. 696, le Conseil rejette la demande d'indemnisation de la compagnie aérienne suite à la destruction d'un avion Caravelle provoqué par un attentat au motif que le préfet n'avait pas commis de faute lourde en s'abstenant de prendre les mesures de police nécessaires.

²⁵ CE, 14 mars 1979, *Min. de l'intérieur c. Compagnie Air Inter*, Rec. p. 118, à propos de la destruction d'un aéronef sur l'aéroport de Quimper des suites d'un attentat à l'explosif.

juridiction administrative fait sienne les différents critères d'interprétation posés auparavant dans le cadre de l'indemnisation des dommages aux biens. Aussi, étant données les circonstances de temps et de lieu relevées et ne nécessitant pas de mesures de surveillance plus poussées, ainsi que l'absence de toute demande de protection rapprochée de l'ambassadeur les jours précédents l'attentat, le CE ne retient aucune faute lourde susceptible d'engendrer la responsabilité de l'Etat²⁶.

18. Néanmoins deux récentes jurisprudences, l'une rendue par le CE et l'autre par la CAA Paris, semblent avoir opéré un revirement de jurisprudence quant à l'exigence de la faute lourde comme condition d'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas de dommages matériels liés à des actes terroristes. Ainsi, ni la difficulté de la mission de prévention des attentats, ni la nature particulière de la menace liée aux attentats ne semblent avoir constitué un obstacle pour le Conseil à s'inscrire finalement dans la tendance générale à la disparition progressive de la faute lourde. Ainsi, dans son arrêt du 3 mars 2003 précité, la Haute juridiction a retenu, à tout le moins pour la police des aérodromes (et d'ailleurs aux conclusions contraires du rapporteur public, qui proposait de conserver un régime de faute lourde), un passage au régime de la faute simple²⁷. Une logique similaire a été développée par la CAA Paris en 2011²⁸ suite à un attentat commis devant l'ambassade d'Indonésie en France et ayant entraîné des dommages matériels sur l'immeuble. De nouveau, en relevant que l'ambassade d'Indonésie n'avait fait l'objet d'aucune menace terroriste et qu'aucune demande de protection particulière des lieux n'avait été requise par l'ambassadeur, la Cour estime qu'il n'y a aucun comportement fautif de nature à engager la responsabilité de la puissance publique.

19. La politique jurisprudentielle développée notamment par le Conseil d'Etat, ne permettant pas une indemnisation suffisante et fréquente des victimes d'actes de

²⁶ CE, 29 avr. 1987, *Consorts Yener et consorts Erez*, req. n° 46313.

²⁷ « Si la responsabilité pouvant incomber à l'Etat au titre d'un manquement des services de police dans leur mission de surveillance des installations aéroportuaires, doit être appréciée sur le terrain de la faute simple, la cour administrative d'appel qui, pour écarter l'existence d'une telle faute, s'est fondée sur ce que l'aérodrome de Calvi était entièrement clôturé et qu'aucune menace particulière, dont les services de police auraient été avertis, n'avait été formulée à l'encontre du propriétaire de l'avion, n'a pas entaché son arrêt d'une erreur de qualification juridique des faits » ; CE, 3 mars 2003, *GIE La réunion aérienne*, préc.

²⁸ CAA Paris, 24 janv. 2011, *Préfet de police c/ compagnie Aviva*, préc.

terrorisme en France et à l'étranger, le législateur opta alors pour l'instauration d'un régime spécial d'indemnisation fondée sur la solidarité nationale. En effet, assez rapidement, le contentieux indemnitaire fondé sur la mise en jeu des règles classiques de responsabilité de l'Etat, avait montré ses limites. Aussi, la mise en place de la loi du 9 septembre 1986²⁹ allait alors participer dans la foulée au tarissement du contentieux indemnitaire.

B) La tarissement du contentieux indemnitaire par l'action du FIVAT

20. « Pendant longtemps les victimes sont restées les « oubliées du terrorisme »³⁰ et le système de responsabilité ne permettant pas aux victimes d'obtenir les réparations souhaitées (surtout lorsqu'il s'agissait de dommages corporels), le législateur entreprit donc de rompre le lien existant entre dommage et responsabilité.

21. S'inspirant au même titre que d'autres législations à cette époque³¹ du principe de socialisation des risques, la loi entend ainsi favoriser l'indemnisation des victimes de dommages corporels en déconnectant la responsabilité de la réparation ; « celle-ci pouvant intervenir alors même qu'aucune responsabilité n'est susceptible d'être mise en cause ou que la détermination de la responsabilité est a priori délicate »³².

22. En pratique, les contentieux de type indemnitaire devant la juridiction de l'ordre administratif décroissent³³ puisque la nouvelle législation ainsi que son décret

²⁹ Loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986, relative à la lutte contre le terrorisme, (JO du 10, p. 10.956), intégrée à l'art. L. 126-1 du code des assurances. L'association SOS Attentats créée par Françoise Rudetzki suite à un attentat en déc. 1983 à Paris, aura joué un rôle déterminant dans la mise en place de cette législation.

³⁰ T. S. Renoux, A. Roux, « Responsabilité de l'Etat et droit des victimes d'actes de terrorisme », *op. cit.*, p. 75.

³¹ Il peut s'agir par exemple de la loi du 3 janvier 1977 mettant à la charge de l'Etat, au moyen d'un fonds de garantie, l'indemnisation des victimes d'infractions pénales ayant causé un trouble grave dans leur condition d'existence. Un système similaire de garantie par un fonds a été mis en place pour les victimes contaminées par le sida, par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991, portant diverses dispositions d'ordre social, (JO du 4, p. 178).

³² Patrice Chrétien, Nicolas Chiffot, *Droit administratif*, 13 éd., Sirey, Paris, 2012, n° 756, p. 621.

³³ Mis à part une nouvelle forme de litiges semblant se développer dans des espèces très récentes relatives à la demande d'indemnisation de familles à l'égard de l'Etat Français accusé de ne pas avoir pris les moyens de police nécessaires pour empêcher leur enfant de partir faire le Djihad en Syrie et de ne pas y être revenu, v. sur ce point TA Paris, 23 juin 2015, *Mme N. A*, req. n° 14-26180, en l'espèce la demande de responsabilité pour faute des services de police pour l'avoir laissé quitter le territoire national a été rejetée.

d'application³⁴ prévoient la réparation intégrale des dommages causés aux personnes et aux biens consécutifs à des actes de terrorisme, sur le fondement d'une responsabilité sans faute et d'un régime de garantie. Concernant les dommages matériels, depuis l'entrée en vigueur de la loi, les compagnies d'assurance sont obligées de les garantir. Quant aux dommages aux personnes, la réparation intégrale en est confiée au fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FIVAT depuis 1990)³⁵, alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens et subrogé dans les droits des victimes contre les responsables du dommage. Le fond est alors directement saisi par les victimes et ces dernières, qu'il s'agisse de victimes d'actes de terrorisme en France ou de Français victimes de terrorisme à l'étranger, ont droit à la réparation intégrale. En cas de contestation relative au montant de l'indemnité, les litiges avec le fonds relèvent alors de la compétence du Tribunal de Grande Instance.

23. Ainsi, ce « *modèle* »³⁶ de régime d'indemnisation atypique et envié par d'autres pays étrangers repose finalement sur un système de solidarité nationale, ayant permis au législateur de faire couvrir par l'Etat les conséquences les plus graves des actes terroristes. Le contentieux indemnitaire du terrorisme en est alors simplifié, et son traitement amélioré, octroyant ainsi une plus grande sécurité de remboursement de leur dommage pour les victimes. Enfin, cette législation aura sans doute permis de désengorger en bonne partie les juridictions de ce genre de litige et de décharger par conséquence le juge administratif de la délicate interprétation des conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat.

24. Pour autant, tout litige dans ce domaine particulier des conséquences de l'acte ou de l'activité terroriste sur le sol français est loin d'avoir été éradiqué. Aussi, le contentieux indemnitaire relatif aux demandes des victimes d'infraction terroriste semble avoir été relayé depuis bon nombre d'années par un contentieux de la légalité autour des actes pris par la puissance publique afin de sécuriser le territoire national contre les conséquences de ce fléau.

³⁴ Décret n° 86-1111 du 15 oct. 1986 relatif à l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, (JO du 16, p. 12.470).

³⁵ Intégré à l'art. L. 422-1 al. 1 du code des assurances.

³⁶ Terme employé par T. S. Renoux et A. Roux, « Responsabilité de l'Etat et droit des victimes d'actes de terrorisme », *op. cit.*, p. 75.

II. Un contentieux sécuritaire en hausse

25. Si le dispositif législatif de lutte contre le terrorisme est le fait essentiellement de mesures de droit pénal, le droit administratif dispose également d'un arsenal non négligeable afin de prévenir et de sanctionner le développement de ce fléau sur le sol français. Qu'il s'agisse d'un décret d'extradition, d'un arrêté d'expulsion d'un étranger en situation régulière ou encore de refus de naturalisation, ces divers instruments à la disposition de l'administration, visant prioritairement à assurer l'ordre public, développent un contentieux de la légalité non négligeable. C'est ainsi que sur une période d'un peu plus de trente années, allant de 1984 à 2015, on recense sur un total de 136 décisions rendues par le Conseil d'Etat, quelques cent jurisprudences relatives au contrôle de la légalité de mesures administratives visant soit à prévenir soit à réprimer les activités terroristes sur le territoire.

26. C'est dire qu'un véritable contentieux que l'on pourrait qualifier de sécuritaire a pris son essor depuis ce temps et au cœur duquel le juge administratif tend avec beaucoup de rigueur à concilier le respect des libertés fondamentales avec la protection de l'ordre public. Aussi, son « *contrôle « alourdi », guidé, malgré sa difficulté, par un principe de vigilance renouvelée envers l'action administrative* », nourrit une double ambition: d'une part il atteste de la volonté de contrôler et d'encadrer la présence de l'éventuel terroriste indésirable sur le territoire ; d'autre part il témoigne du souci accru de contrôler l'action du terroriste proprement dite.

A) Terrorisme et présence sur le territoire

27. Une palette de mesures variées est à la disposition des autorités administratives françaises afin de protéger le territoire contre le risque d'action terroriste présenté par des individus présumés être dangereux. Or, dans ce domaine des mesures de police administrative générale (ou spéciales) permettant d'éradiquer ou de prévenir la présence d'un individu potentiellement dangereux, on se trouve en présence « *d'un pavillon abritant*

des marchandises fort disparates »³⁷. Aussi, l'étude du contentieux développé par ces mesures auprès des juridictions administratives portera-t-elle sur les cinq types de mesure, les plus significatives du contentieux dans ce domaine de la protection de l'ordre public. D'un côté, on se propose d'étudier le contentieux développé par les mesures les plus radicales concernant la présence du terroriste indésirable sur le territoire et de l'autre, il s'agira d'analyser la portée du contentieux concernant certaines mesures préventives, telles que le refus de visa ou encore la mesure d'éloignement du territoire.

28. Concernant les litiges relatifs aux mesures répressives visant à éloigner le terroriste potentiel du territoire français, il est intéressant d'analyser tout d'abord le contentieux **des arrêtés d'expulsion**. Statistiquement, on se rend compte alors que tant du point de vue du contentieux devant le Conseil d'Etat ou des Cours administratives d'appel, sur une période de dix années (allant de 1988 à 1998 pour le CE et de 2005 à 2015 pour les CAA), on dispose de moins de dix arrêts relatifs à des demandes de recours en excès de pouvoirs dirigés contre des arrêtés d'expulsion du territoire pour cause de participation à des activités terroristes. Or, sur l'ensemble de ces décisions, seules deux ont été annulées par le CE, toutes pour des irrégularités externes relatives soit, à des problèmes de procédure³⁸ soit à des faits insuffisamment démontrés³⁹. Pour le reste, les arrêtés sont classiquement validés par les juridictions, soit en se fondant sur l'article L. 521-2⁴⁰ du code de l'entrée et du séjour

³⁷ Selon les termes de Pascale Gonod, Fabrice Melleray, Philippe Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, Paris, 2011.

³⁸ CE, 13 janv. 1988, *M. Albina*, req. n° 65856, l'arrêté d'expulsion de M. Albina, qui selon les dires du ministre se préparait à des actions violentes sur le territoire, n'avait pas à être pris dans la cadre de l'urgence absolue, et de ce fait aurait dû être motivé conformément aux dispositions de la loi du 11 juillet 1979.

³⁹ CE, 1^{er} avr. 1998, *Min. de l'intérieur c/ M. Kisa*, req. n° 163.901, « *que le Ministre de l'intérieur, qui s'est fondé d'autre part sur la circonstance que l'intéressé était " l'un des responsables d'un mouvement qui recourt à la violence et au terrorisme et qui est implanté sur le territoire français et dans divers Etats étrangers tant par des actions de collecte et de soutien financier que par des actions de propagande et de recrutement", n'a apporté, ni en première instance ni en appel devant le Conseil d'Etat, aucune précision sur les faits ainsi allégués qui permettrait d'établir les liens de M. X... avec des activités terroristes ; que, dans ces conditions, l'éloignement de M. X... ne pouvait être regardé comme présentant un caractère d'urgence absolue dispensant le Ministre de consulter la commission prévue* » ; l'arrêté est annulé tant par le Tribunal administratif de Lyon que par le Conseil d'Etat. Dans ce cadre, on peut dire que même si le contrôle du juge est souvent délicat car limité par les exigences notamment du secret défense, on constate néanmoins une hausse des exigences dans le domaine de la motivation des arrêtés d'expulsion, le juge sanctionnant souvent « *les allégations trop imprécises ou non étayées* », v. Marie Sirinelli, « *Police administrative et terrorisme : quel contrôle juridictionnel ?* », *RFDA*, 2013, p. 1024.

⁴⁰ En principe, les liens des étrangers avec la France constituent un obstacle à l'expulsion sauf si « *la mesure constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique* ».

des étrangers et du droit d'asile, soit sur son corollaire l'article L. 521-1⁴¹ permettant l'expulsion en cas d'urgence absolue. A chaque fois, la juridiction se fonde sur l'activité violente de l'individu participant ou ayant participé à des groupements terroristes (au moyen d'un soutien logistique, de propagande voire financier), souvent proche de la mouvance islamiste radicale, pour valider l'arrêté d'expulsion. Un certain nombre de décisions du Conseil d'Etat sont d'ailleurs intervenues au cours des années quatre-vingts suite à la vague d'attentats meurtriers connus par la France fin 85 et 1986. Dans la majorité des cas, le juge administratif ne se contente pas d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation mais étend au contraire ce dernier vers un contrôle entier⁴², permettant un savant et juste dosage entre protection de la sécurité publique et préservation des droits et libertés fondamentales (les requérant se prévalant très souvent dans ce type de recours du droit à mener une vie familiale normale et des atteintes disproportionnées à leur situation auxquelles mènerait la mesure d'expulsion, le juge poussant alors son contrôle vers un contrôle maximum de proportionnalité).

29. Le contentieux **des arrêtés de reconduite** à la frontière concerne quant à lui généralement un arrêté préfectoral mettant fin à la présence irrégulière d'un étranger sur le sol français. Cela n'empêche donc pas le retour de l'étranger dès lors qu'il aura accompli les formalités à moins qu'une interdiction de territoire ait été prononcée à titre accessoire. A l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat, on remarque que sur un peu plus d'une vingtaine de décisions, un seul arrêté uniquement a été prononcé sur le fondement de l'activité terroriste de l'individu⁴³. Et encore, l'acte a finalement été annulé pour vice de forme, la commission des titres de séjour n'ayant pas été saisie au préalable par le préfet. A *contrario*, cela signifierait que la plupart des arrêtés de reconduite pour activisme terrorisme n'a pas fait l'objet de contestation de la part des personnes visées. Il en résulte alors une jurisprudence qui ne serait pas en corrélation avec le retentissement médiatique dont font souvent l'objet ces décisions. En réalité, dans ces différentes décisions, le mot terrorisme n'apparaît que comme étiquette ou motif permettant au demandeur de se maintenir sur le

⁴¹ « *L'expulsion peut être prononcée si la présence en France d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public* ».

⁴² V. CE, 29 juil. 1998, *Min. de l'intérieur c/ Chibani*, Rec. T. p. 955.

⁴³ CE, 10 août 2005, req. n° 258.044, l'individu avait fait l'objet d'un arrêté de reconduite suite à une peine de prison prononcée pour des faits d'association de malfaiteurs en vue de préparation d'un acte terroriste.

territoire et d'obtenir l'annulation de l'arrêt pour cause de menace terroriste dans son pays d'origine. Au final, on peut en conclure que dès que l'arrêté est pris sur le fondement d'une menace terroriste véritablement avérée et vérifiée, l'acte est quasiment toujours appliqué sans avoir fait au préalable l'objet d'un contentieux particulier.

30. L'analyse de l'activité des juridictions administratives dans le cadre des mesures relatives à la notion de terrorisme serait incomplète si le contentieux de la légalité **des décrets d'extradition** n'était abordé. Il s'agit d'une procédure par laquelle l'Etat français (requis) remet à un autre Etat, sur sa demande (Etat requérant), un étranger qui fait l'objet, dans cet Etat, de poursuite ou d'une condamnation pénale. Le commissaire du gouvernement Krulic dans ses conclusions sur une affaire d'extradition déguisée relativement à un basque Espagnol aura cette définition intéressante de la distinction entre arrêté d'expulsion et arrêté d'extradition : « *L'extradition et l'expulsion sont deux techniques juridiques radicalement différentes, même si elles visent un but commun, l'éloignement d'un indésirable. Dans un cas, l'éloignement (expulsion) est réclamé par les exigences de l'ordre public interne et dans l'autre (extradition) par le fonctionnement de l'entraide répressive internationale* ». Aussi, ce domaine du droit est traditionnellement régi par des conventions internationales bilatérales (not. convention européenne d'extradition du 13 déc. 1957) auquel s'ajoutent des textes de droit interne tel que la loi du 10 mars 1927⁴⁴.

31. De prime abord, le contentieux de la légalité des décrets d'extradition pour acte de terrorisme d'indépendance nationale (tel que celui de l'ETA) est peu important du point de vue du nombre. Ainsi, si les décrets ne constituent plus depuis 1937⁴⁵ des actes de gouvernement mais bien des actes détachables des relations internationales et dont la légalité peut être connue par le juge administratif, sur une période de trente années allant de 1984 à 2015, on recense un peu plus d'une dizaine de décisions sur ce thème. Cette tendance pouvant alors s'expliquer par une double cause.

⁴⁴ Loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers (JO du 11, p. 2874).

⁴⁵ CE, 28 mai 1937, *Decerf*, Rec. p. 534.

32. D'une part, cette pauvreté contentieuse est à relier avec l'impact de l'énoncé de la doctrine Mitterrandienne de 1985 selon laquelle, l'ancien Président de la République avait posé l'engagement verbal de ne pas extraditer⁴⁶ (surtout vers l'Italie) les anciens activistes et terroristes de gauche ayant rompu leur engagement dans les années de plomb. Aussi, en l'absence d'extradition, aucun contentieux n'était donc susceptible de naître. D'autre part, dès les années quatre-vingts, le Conseil développe à l'égard des demandes d'extradition notamment de terroristes Basques en France, une jurisprudence soucieuse de la protection des droits de l'individu. Ainsi, la décision de 1977⁴⁷ concernant un terroriste Basque luttant pour l'indépendance de son pays au moyen d'une action armée violente, permettra au Conseil d'Etat de poser la règle selon laquelle l'extradition est prohibée lorsqu'elle est demandée dans un but politique (ce qui était le cas en l'espèce). Puis, quelques années plus tard, toujours mue par la même volonté de protection des droits, le Conseil dans sa décision de 1984⁴⁸ énonce le principe selon lequel le système juridique de l'Etat requérant doit respecter les droits et libertés fondamentales de la personne humaine (mais rejette en l'espèce la demande du requérant au motif que l'Espagne respecte bien ce principe). Enfin, il énonce en 1988⁴⁹ la règle selon laquelle la France ne peut extraditer un réfugié politique (annulation du décret d'extradition en l'espèce sur ce motif).

33. Puis, les années quatre-vingt-dix développent une autre tendance jurisprudentielle remarquable, rompant avec la jurisprudence antérieurement établie. Suite sans doute aux effets de la mort du Général Franco et à la fin de l'application de la doctrine Mitterrand⁵⁰, l'essentiel des décrets d'extradition concerneront alors des demandes des autorités espagnoles relatives aux attentats terroristes commis de nouveau par des Basques Espagnols

⁴⁶ Extrait du Compte rendu du déjeuner de travail avec Bettino Craxi, Président du Conseil des ministres d'Italie, 22 fév. 1985, in <http://www.mitterrand.org/La-France-l-Italie-face-a-la.html>, « *Nous avons environ 300 Italiens réfugiés en France depuis 1976 et qui depuis qu'ils sont chez nous, se sont « repentis » et auxquels notre police n'a rien à reprocher. Il y a aussi une trentaine d'Italiens qui sont dangereux mais ce sont des clandestins. Il faut donc d'abord les retrouver. Ensuite ils ne seront extradés que s'il est démontré qu'ils ont commis des crimes de sang. Si les juges italiens nous envoient des dossiers sérieux prouvant qu'il y a eu crime de sang, et si la justice française donne un avis positif, alors nous accepterons l'extradition* ».

⁴⁷ CE, 24 juin 1977, *Astudillo-Calleja*, Rec. p. 290.

⁴⁸ CE, 26 sept. 1984, *Lujambio-Galdéano*, Rec. p. 380.

⁴⁹ CE, 1^{er} avr. 1988, *Bereciartura-Echarri*, Rec. p. 135.

⁵⁰ Cette dernière aurait pris fin au seuil des années 2000, par l'extradition de Paolo Persichetti et en 2004 par celle de Cesare Battisti, dont le Conseil d'Etat validera d'ailleurs la légalité du décret d'extradition, CE, 18 mars 2005, req. n° 273.714., occasionnant sa fuite vers le Brésil.

réfugiés en France. Toutes les décisions valident alors les décrets d'extradition, le Conseil retenant comme leitmotiv dans ses considérants de principe que, « *l'extradition pour appartenance à une bande armée, tentatives d'assassinat et terrorisme ; [et] la circonstance que les infractions reprochées, qui ne constituent pas des infractions politiques par leur nature, auraient été commises dans le cadre d'une lutte pour l'indépendance du pays basque ne suffit pas, compte tenu de leur gravité, à les faire regarder comme ayant un caractère politique* »⁵¹, validant alors l'essentiel des décret d'extradition prononcés. En 2012⁵², un seul arrêt concerne un Marocain ayant apporté un soutien sous forme de propagande internet à des actions terroristes menées pour la cause Sarahouie. Là encore le décret d'extradition dont la légalité tant externe qu'interne est contrôlée par la Haute juridiction, et validée par cette dernière.

34. Le contentieux des affaires liées au terrorisme vient de se nourrir récemment d'un nouveau cas de figure relatif cette fois-ci aux mesures **d'interdiction de sortie du territoire français (IST)**, empêchant alors les ressortissants français, terroristes potentiels ou « en herbe », « *de sortir du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'ils projettent soit des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes, soit des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de les conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de leur retour sur le territoire français* »⁵³. Créée dans le but de refréner les candidats au Djihad, il s'agit alors pour l'autorité administrative, au moyen de la rétention de leur papiers administratifs, de maintenir ces personnes sur le territoire afin d'éviter l'embrigadement par les mouvements islamistes radicaux (notamment l'Etat islamique) et ainsi limiter les conséquences néfastes lors de leur retour sur le sol français.

⁵¹ CE, 7 nov. 2001, req. n° 228.8817.

⁵² CE, 22 mai 2012, req. n° 352.952.

⁵³ V. art. L. 224-1 du code de la sécurité intérieure permettant au ministre de l'intérieur de prendre ces nouvelles mesures de police administrative, issues de l'application de la loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014, (JO du 14, p. 19162), renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. C'est le décret n° 2015-26 du 14 janv. 2015 relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités terroristes à l'étranger (JO du 15, p. 629) qui organise concrètement l'IST en prévoyant l'octroi d'un récépissé à la personne dont il a été saisi les papiers afin qu'elle puisse justifier de son identité sur le territoire français.

35. Le TA Paris avait sur ce nouveau dispositif était saisi de trois recours contre des arrêtés d'IST prononcés tous pour six mois, en date du 23 mars 2015 (en vertu de cet arrêté, les cartes d'identité et passeports des trois requérants avaient été provisoirement invalidés et confisqués). Le tribunal administratif de Paris en juillet⁵⁴ annule pourtant la légalité d'un arrêté sur le moyen de l'erreur manifeste d'appréciation prenant notamment en compte que « *si que Mme A. a un projet de voyage à l'étranger imprécis et incertain, l'administration n'apporte aucun élément de nature à justifier qu'elle projeterait de partir à destination d'un théâtre d'opérations de groupements terroristes* ». Dans sa suite, le Conseil d'Etat a été récemment saisi à l'appui d'un pourvoi formé contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris de mai 2015 relative à un arrêté d'IST, d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution, des dispositions de l'article L. 224-1 du code de la sécurité intérieure. Aussi, par sa décision du 10 juillet 2015⁵⁵, le Conseil d'Etat accepte de renvoyer la question au Conseil Constitutionnel qui devra statuer dans les trois mois sur ce point particulier. C'est dire l'importance de ce nouveau dispositif au sein des mesures répressives visant à lutter contre la menace terroriste en France.

36. S'agissant du contentieux des mesures préventives à la présence du terroriste indésirable sur le territoire, le contentieux semble être davantage circonscrit. On en présentera trois aspects essentiels : les refus de visa, l'éloignement du territoire et les refus d'entrée. Si l'étranger peut solliciter de l'administration française **un visa** d'entrée lui permettant de séjourner sur le territoire, le risque de trouble à l'ordre public et donc de possible participation à une entreprise terroriste peuvent tout à fait constituer pour l'administration, des motifs légitimes de refus de délivrance de cet acte. Ce refus de visa n'ayant par principe pas à être motivée en bonne et due forme⁵⁶, « *la délivrance de titre de*

⁵⁴ TA Paris, 7 juil. 2015, *Mme A*, req n° 1508479/3-1. On peut regretter néanmoins que le site du TA Paris ne fasse pas mention des deux autres décisions validant au contraire l'arrêté d'IST.

⁵⁵ CE, 10 juil. 2015, *M. K.*, req. n° 390.642 : « *Considérant que l'article L. 224-1 du code de la sécurité intérieure est applicable au litige ; que cette disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment à la liberté d'aller et venir et au droit au respect de la vie privée, garantis par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

⁵⁶ Art. L. 211-2 du code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile : « *Par dérogation aux dispositions de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des*

séjour est depuis longtemps soumise à un large pouvoir d'appréciation des autorités compétentes »⁵⁷. Pour autant, la jurisprudence du Conseil sur les refus de visa pour cause d'activité terroriste, est quasiment nulle. On note une rare décision de 2011⁵⁸, dans laquelle le refus de visa pour cause de liaison avec des mouvements terroristes, si elle n'est pas annulée, est néanmoins soumise à une injonction d'instruction de la part du juge du Conseil d'Etat. Ce dernier demande alors à l'administration de fournir les documents nécessaires afin de prouver les liens existant entre le requérant et les milieux terroristes. Ainsi, on constate « *qu'en utilisant [...] la technique des injonctions d'instruction, le juge fait preuve d'une réelle volonté d'étendre son contrôle sur les actes de police liés à la lutte anti-terroriste* »⁵⁹. Enfin, l'étranger indésirable peut également faire **l'objet d'une mesure d'éloignement** du territoire pour cause de « *participation à une association ou à une entente formée en vue de la préparation ou la réalisation d'actes de terrorisme* »⁶⁰ ; ou encore se voir restreindre son autorisation de séjour à une portion du territoire national suite notamment au fait qu'il « *n'établissait pas avoir cessé d'entretenir des rapports avec des mouvements qui prônent le recours à la violence et au terrorisme* »⁶¹.

37. Si le contentieux de la présence sur le territoire du potentiel terroriste occupe finalement une place non négligeable dans l'activité juridique des juridictions administratives, celles relatives aux mesures administratives sanctionnant l'action illégale du terroriste ne l'en occupe pas moins.

B) Terrorisme et action sur le territoire

38. Comme précédemment, il s'agira d'analyser le contentieux développé par ces mesures tant du point de vue d'abord des mesures préventives puis celles ayant directement

relations entre l'administration et le public, les décisions de refus de visa d'entrée en France, prises par les autorités diplomatiques ou consulaires, ne sont pas motivées sauf dans les cas où le visa est refusé à un étranger appartenant à l'une des catégories suivantes et sous réserve de considérations tenant à la sûreté de l'Etat ».

⁵⁷ Lucie Delabie, « Lutte contre le terrorisme et refus de visa : l'administration doit justifier des motifs avérés d'ordre public », *AJDA*, 2011, p. 2184.

⁵⁸ CE, 1^{er} juin 2011, *M. B.*, req. n° 337.992.

⁵⁹ L. Delabie, « Lutte contre le terrorisme et refus de visa... », *op. cit.*, p. 2185.

⁶⁰ CE, 18 mars 2005, req. n° 278.615.

⁶¹ CAA Nantes, 20 juin 2003, *M. M. c. Préfet de Loire-Atlantique*, req. n° 00NT00415.

un but répressif. Du point de vue des mesures préventives, susceptibles de mettre fin à l'action éventuelle du terroriste, trois mécanismes intéresseront tout particulièrement notre étude. Il s'agit du contentieux du refus de naturalisation (afin que le candidat indésirable à l'accès à la nationalité française ne l'acquière), celui du gel des avoirs financiers et enfin la fouille des prisonniers suspectés d'activités terroristes ou en lieu avec une activité de ce type.

39. Concernant **l'accès à la nationalité**, l'étranger suspecté dont l'action terroriste est avérée, peut se voir privé de deux façons de l'accès à cette dernière. D'une part, aux termes des dispositions Code civil, si l'étranger peut acquérir la nationalité française par déclaration à raison du mariage (art. 21-2 du Code civil), une jurisprudence ancienne et constante se fondant sur les dispositions de l'article 21-4 du Code civil énonce qu'une **opposition à déclaration de nationalité** peut être opposée au demandeur si des actes constitutifs d'une indignité nationale (telle qu'une action terroriste) peuvent lui être reprochés. Or, il semble que depuis les années quatre-vingts, *« le juge exige toutefois des preuves rigoureuses et censure l'administration si celle-ci n'apporte »*⁶² *« aucun commencement de preuve pour démontrer que l'intéressé adhérait à un groupement préparant des actions terroristes »*⁶³. Ainsi, si la preuve des faits terroristes est faite par l'administration, le demandeur sera alors écarté du bénéfice de l'acquisition de la nationalité car *« le gouvernement n'a pas fait une inexacte appréciation des circonstances de l'espèce en estimant que la participation passée de l'intéressé à un groupe d'action terroriste le rendait indigne d'acquérir la nationalité française »*⁶⁴.

40. A propos **des refus de naturalisation**, on sait d'après l'article 21-23 du code civil, que cette dernière peut être refusée pour absence de bonnes vie et mœurs et sur renvoi à l'article 21-27 du même code, *« par suite d'une condamnation pour crimes et délits constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou un acte de terrorisme »*. Or, l'étude du contentieux de ce refus de naturalisation pour activité terroriste nous apprend d'abord qu'il s'agit d'un contentieux récent, l'essentiel des décisions des juridictions

⁶² Bertrand Pauvert, *L'intégration des étrangers en France - Etude de droit public*, Thèse, Nice, 1999, p. 96.

⁶³ CE, 15 juin 1979, *M. Viglietti*, Rec. p. 738.

⁶⁴ CE, 19 nov. 1993, *M. Bereciartura-Echarri*, Rec. p. 321.

administratives se situant fin des années quatre-vingt-dix et surtout au cœur des années 2000. Egalement, le contentieux est de nouveau assez faible quantitativement. En effet, de la fin des années quatre-vingt-dix à 2003, seulement trois décisions traitent du refus de naturalisation pour activité terroriste en France ou à l'étranger et dont une est annulée pour absence de preuve relative aux faits⁶⁵. Du point de vue de l'activité des CAA sur ce sujet, le contentieux est plus soutenu puisque de 2003 à 2013, on recense un peu moins de trente décisions, dont huit uniquement validant le refus de naturalisation pour des faits de terrorisme en France ou à l'étranger ou d'incitation à ce type d'activité par la voie du prosélytisme religieux⁶⁶. Le restant des arrêts valide le rejet de naturalisation, mais pour des activités criminelles non forcément liées au terrorisme.

41. Egalement, afin d'entamer la capacité et l'autonomie financière des potentiels terroristes souhaitant développer leur action notamment sur le territoire français, la jurisprudence administrative semble prononcer de plus en plus de blocage ou de **gel des avoirs financiers** des individus en lien avec le terrorisme international. De nouveau, la jurisprudence est récente et ne concerne que quelques cas d'espèce. On recense alors deux décisions du CE⁶⁷ relatives à des sanctions prononcées par l'autorité de contrôle prudentiel à l'égard de la Banque Populaire de la Côte d'Azur pour sa négligence vis-à-vis de son obligation de vigilance à l'égard des mouvements financiers des groupes notamment terroristes tels que le PKK. Récemment encore, le TA Paris⁶⁸ aura eu à juger une affaire délicate relative à une décision du ministre de l'économie ayant décidé par arrêté en date du 3 mai 2012, du gel des avoirs d'un particulier et d'une association conformément aux dispositions de l'article L. 562-1 du code monétaire et financier⁶⁹, constituant ainsi une

⁶⁵ CE, 9 nov. 1998, req. n° 189.836, refus de naturalisation fondée sur le fait que l'intéressé militait au sein d'une organisation politique clandestine qui se livrait notamment à des opérations de racket et de terrorisme et sur ce qu'il avait employé des travailleurs clandestins.

⁶⁶ CAA Nantes, 4 mai 2010, req. n° 09NT01618 et CAA Nantes, 30 mai 2003, req. n° 01NT02067, concernant le refus de naturalisation de l'épouse d'un individu se livrant sur le territoire français à des pratiques révélant un islamiste radical et ayant participé aux attentats ayant touché la France à l'été 1995.

⁶⁷ CE, 25 juil. 2013, req n° 366640 et CE, 5 déc. 2014, req n° 366440.

⁶⁸ TA Paris, 21 oct. 2013, *M. X et association Y*, req. n° 1216525/7-1.

⁶⁹ Pris sur le fondement du règlement n°2580/2001 du Conseil de l'Union européenne du 27 déc. 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et de la loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (JO du 24, p. 1129).

mesure directe de lutte contre le financement du terrorisme. Or, bien que l'individu et l'association aient été fortement soupçonnés d'entretenir des liens avec la mouvance terroriste islamiste en France, qu'ils effectuent très souvent des transferts de fonds vers le Maroc et la Tunisie, et qu'ils appellent ouvertement au *Djihad* lors de prêches prononcées dans la mosquée directement financée par l'association en cause, le juge accueille la demande d'annulation de la décision de gel des avoirs financiers. Ce dernier retient de façon étonnante que les notes blanches produites par le ministre à l'appui de sa sanction, si elles peuvent constituer un mode de preuve devant la juridiction, c'est à la condition qu'elles fassent état de faits suffisamment précis et circonstanciés, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

42. Un dernier domaine de l'action préventive de l'Etat Français à l'égard de l'action terroriste d'un certain nombre de personnes vivant en France concerne le domaine carcéral. Ainsi, afin de prévenir et d'éradiquer le développement de trafics d'armes à destination d'une activité terroriste dans et en dehors de la prison, l'administration pénitentiaire peut depuis la loi pénitentiaire de 2009⁷⁰ être amenée à prendre un certain nombre de mesures parfois radicales, permettant d'assurer au mieux la sécurité publique dans et au dehors de la prison. Ainsi, au moyen d'une note de service, le directeur de la prison de Fleury-Mérogis avait décidé de soumettre un détenu particulièrement dangereux « *car condamné pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme* »⁷¹ au **régime de fouille intégrale systématique** après les parloirs. Etant données les circonstances particulière de l'espèce et notamment le fait « *qu'eu égard tant à la nature des faits qui ont entraîné sa condamnation qu'à l'ensemble de son comportement en détention au vu desquels il fait l'objet d'un suivi particulier, le maintien, immédiatement après l'arrivée du requérant à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, du régime de fouilles intégrales systématiques dont il faisait l'objet auparavant apparaît justifié par les nécessités de l'ordre public* »⁷². Le recours en excès de pouvoir au moyen d'un référé liberté sur le fondement des

⁷⁰ Il s'agit des art. 22 et 57 de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 (JO du 25, p. 20.192).

⁷¹ CE, ord., 6 juin 2013, req. n° 368.875.

⁷² *Ibid.*, au contraire et dans la même espèce, la mesure de fouille intégrale et systématique à l'ensemble des détenus de Fleury-Mérogis a été annulée par le juge du CE, le juge demandant à l'administration pénitentiaire de reconsidérer sa note en tenant compte à chaque fois des cas d'espèce particulier. Ainsi, le « *Le Conseil fait le choix non pas de suspendre la mesure litigieuse, mais d'enjoindre au chef d'établissement de modifier les*

atteintes aux diverses et libertés fondamentales ne perdurera pas dans ce cas, le Conseil d'Etat demandant néanmoins au directeur de prison « *d'en réexaminer le bien-fondé, à bref délai et, le cas échéant, à intervalle régulier, afin d'apprécier si le comportement et la personnalité du requérant justifient ou non la poursuite de ce régime exorbitant* »⁷³. Ainsi, le contentieux du transfert, des mises à l'isolement ou des fouilles systématiques à l'égard des prisonniers condamnés pour terrorisme se développent-ils dans le cadre du droit pénitentiaire, ayant toujours en ligne de mire l'observance du respect des droits fondamentaux et la nécessaire garantie de la sécurité et de l'ordre public.

43. Du point de vue des mesures plus directement répressives à l'égard de l'action du terroriste se trouvant sur le sol français, diverses situations peuvent se présenter et ont été traitées ces derniers temps par la juridiction administrative. C'est sans hésiter que la Haute juridiction tend à mettre en place une politique d'exclusion du territoire de la personne s'adonnant à une action ouvertement contraire aux intérêts de la nation. Cela peut être vu à travers le contentieux sanctionnateur de la déchéance de la nationalité, de la dissolution d'associations ouvertement tournées vers une activité terroriste et enfin à travers le contentieux hier des interdictions de publications à visée terroriste, et aujourd'hui de blocage de site internet appelant à la radicalisation et à l'action terroriste.

44. De nouveau, un dispositif présent dans le code civil à l'article 25 sanctionne le « *mauvais* » comportement d'une personne ayant acquis la nationalité française. Ainsi, la **déchéance de la nationalité** correspondant à la perte de nationalité pour l'étranger l'ayant acquis, lorsque notamment ce dernier a été condamné pour un acte qualifié de « *crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou [...] constituant un acte de terrorisme* ». Or si on a pu à juste titre souligner que « *la gravité de l'atteinte au pacte social explique la rigueur de cette procédure [et ainsi] la déchéance constitue une réaction de légitime défense de la communauté politique* »⁷⁴, pour autant depuis une dizaine

conditions d'application du régime des fouilles afin d'en permettre la modulation en fonction de la personnalité des détenus. La position adoptée en 2012 garantissant l'interdiction des fouilles intégrales systématiques et générales se trouve donc confirmée », Maud Léna, « Fouilles corporelles intégrales : application de la loi pénitentiaire », *D*, 2013, p. 1478.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Bertrand Pauvert, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », *AJDA*, 2005, p. 1003.

d'années rares sont les décisions l'ayant prononcée, notamment pour motif de terrorisme. Aussi, de 2003 à 2015, quatre décisions ont été rendues par le CE toutes sur le fondement de la déchéance de la nationalité de l'individu pour cause d'activités terroristes s'étant déroulées en France⁷⁵. La dernière en date de mai 2015⁷⁶, concerne un requérant s'étant vu retirer sa nationalité française par un décret du 28 mai 2014, pris sur le fondement des articles 25 et 25-1 du code civil au motif d'une condamnation pour avoir participé à une association de malfaiteurs relative à la préparation d'un attentat en France. Au préalable, le requérant avait saisi le CE d'une question prioritaire de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel accepta de traiter en prononçant alors la constitutionnalité de la procédure de déchéance de la nationalité instituée par l'article 25 du code civil, notamment eu égard à la gravité des faits justifiant sa mise en œuvre⁷⁷.

45. Egalement, l'activité terroriste pouvant se déployer au sein d'une association ou d'un groupement de fait, le législateur a complété le régime **de dissolution administrative d'association** posée initialement par la loi du 10 janvier 1936⁷⁸, par un cas spécifique de dissolution pour cause d'activités terroristes. Ainsi, l'alinéa 7 de la loi de 1936 apposé par la loi de septembre 1986⁷⁹, vise spécifiquement la dissolution des associations se livrant ou soutenant le terrorisme. Cette possibilité désormais inscrite à l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure, prévoit la possibilité de dissoudre au moyen d'un « *décret pris en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait qui se livrent, sur le territoire français ou à partir de ce territoire, à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger* ». Cette nouvelle hypothèse de dissolution administrative d'association, à laquelle on peut préférer, au nom de la garantie des libertés individuelles la dissolution judiciaire déjà prévue par la loi du 1^{er} juillet 1901, constitue à n'en pas douter une réponse politique à la vague d'attentats survenue en France et notamment à Paris au cours des années 1980. « *Ce dispositif a conduit au prononcé de 4 dissolutions administratives : 2 en 1987 concernant, pour la première l'association Ahl Elbeit (D. 26 juin*

⁷⁵ CE, 18 juin 2003, req. n° 251.299, CE, 26 sept. 2007, req. n° 301.967, CE, 26 sept 2007, req. n° 301.145.

⁷⁶ CE, 11 mai 2015, *M. K.*, req. n° 383664.

⁷⁷ CC, décision n° 2014-439 QPC, 23 janv. 2015,

⁷⁸ Loi du 10 janv. 1936 sur les groupes de combat et les milices privées (JO du 12, p. 522), reprise à l'art. L. 212-1 CSI.

⁷⁹ Loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986, préc..

1987, JO 27 juin, p. 6955) et la seconde, le groupement de fait Iparretarak (D. 17 juil. 1987, JO 18 juil., p. 8034). Puis il faut attendre 1993 pour que 2 nouvelles dissolutions soient prononcées (D. 2 déc. 1993 [Comité du Kurdistan], JO 3 déc., p. 16753 ; D. 2 déc. 1993 [Fédération des associations culturelles et des travailleurs patriotes du Kurdistan en France Yekkom Kurdistan], JO 3 déc., p. 16752) »⁸⁰. Le Conseil a eu extrêmement peu de recours à connaître concernant la légalité des décrets de dissolution pris sur ce fondement. On recense en effet une affaire en 1995⁸¹ à propos de la dissolution de l'association kurdes Comité de Kurdistan se livrant à diverses activités terroristes sur le territoire français et à l'étranger et qui du fait notamment de l'intervention d'actions terroristes d'octobre à novembre 1993 en France, en légitimait sa dissolution. Aussi, bien que « *les dirigeants de l'association n'avaient pas été mis à même de présenter leurs observations écrites. Le décret de dissolution n'est toutefois pas annulé, le Conseil d'Etat relevant qu'en raison de la multiplication d'attentats sur le territoire français, l'urgence imposait une telle dérogation aux droits de la défense* »⁸².

46. Enfin, la circulaire du Ministère de l'intérieur en date de février 2015⁸³ n'oublie pas de mentionner deux modes d'action privilégiés des terroristes, à l'égard desquelles la vigilance de l'Etat doit désormais être appliquée avec une particulière attention. Il s'agit ainsi de lutter contre les moyens utilisés par les terroristes tels que la propagande et l'apologie du terrorisme réalisés au moyen de supports classiques de publications (journaux, livres) ou de supports modernes tels que les sites internet et les réseaux sociaux.

⁸⁰ Stéphanie Damarey, « La liberté d'association à l'épreuve de la dissolution administrative », *AJDA*, 2012, p. 923.

⁸¹ CE, 8 sept. 1995, *Comité du Kurdistan*, req. n° 155161, Rec. p. 668.

⁸² S. Damarey, « La liberté d'association... », *op. cit.*, p. 924. L'auteur de remarquer que les dispositions initiales de la loi de 1936 et notamment les alinéas 2 et 3 ont raisonnablement permis de prononcer la dissolution des groupements terroristes Action Directe en 1982 et des groupes terroristes Corses du FLNC en 1983 et que donc le rajout des dispositions de 1986 apparaissent redondantes et surtout « *ce ne sont que des considérations politiques - de réponse officielle à apporter à un fait sociétal - qui ont été à l'origine de ces nouvelles hypothèses* », p. 926.

⁸³ Circ. du 19 fév. 2015 relative à la lutte contre le terrorisme, INTK1504875J.

47. Concernant l'interdiction de publications étrangères faisant l'apologie de la lutte armée, du terrorisme et de la violence, si le décret-loi du 6 février 1939⁸⁴ a pendant longtemps été la législation de référence, donnant lieu à une jurisprudence féconde dans ce domaine (ainsi qu'un contrôle du juge administratif de plus en plus poussé⁸⁵), ces délits qui ont ensuite relevé de la loi de 1881⁸⁶ sur la liberté de la presse suite à l'abrogation du décret de 1939, sont désormais soumis depuis la loi du 13 novembre 2014 à l'incrimination pénale spécifique prévue à l'article 421-2-5 du Code. Celle-ci énonce que « *le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100.000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne* ». Le but recherché par le ministère réside dans le renforcement de la sévérité à l'égard de ce type de publication, susceptible de jouer un rôle déterminant dans la propagation des idées des mouvements fondamentalistes religieux appelant notamment à la lutte armée dans et en dehors de France.

48. Néanmoins, la menace terroriste n'hésitant pas à utiliser les outils de la nouvelle technologie pour assurer son action et sa diffusion⁸⁷ et le dispositif en vigueur ayant selon certains montré ses limites, « *la loi du 13 novembre 2014 a été l'occasion d'élargir et de*

⁸⁴ Ce décret élargissant les pouvoirs octroyés par la loi du 29 juil. 1881 permettait au ministre de prononcer l'interdiction d'une publication. Ainsi, le dispositif « *lui a permis d'interdire seul "la circulation, la distribution et la mise en vente, en France" d'une publication étrangère. S'agissant des périodiques, l'interdiction pouvait concerner aussi bien un numéro que le titre dans son entier. De surcroît, elle n'était limitée, ni dans le temps, ni dans l'espace. Le ministre prit ainsi l'habitude d'interdire définitivement les revues dont la ligne éditoriale lui semblait menacer l'ordre public. Ce qui manquait de mesure* » in « Restaurer le contrôle des publications étrangères », Emmanuel Dreyer, *JCP G*, 2006, p. 1174.

⁸⁵ Pour un écrit risquant de porter atteinte à la sécurité nationale et être par exemple antipatriotique, v. CE, 4 juin 1954, *Joudoux et Riaux*, Rec. p. 346 ; et l'avènement d'un contrôle maximum du juge administratif sur ces interdictions avec la décision de principe CE, 9 juil. 1997, *Ass. Ekin*, Rec. p. 300 à propos de l'interdiction de l'ouvrage *Euskadi en guerre* au prétexte qu'il portait atteinte à la sécurité et à l'ordre public. Pour d'autres exemples d'interdictions, v. not. Nelly Ach, « Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères », *AJDA* 2005, p. 1606.

⁸⁶ L'art. 1^{er} de la loi du 29 juil. 1881 sur la liberté de la presse (JO du 30, p. 4201) disposant « *L'imprimerie et la librairie sont libres* ».

⁸⁷ D'après la circulaire ministérielle du 19 février 2015, préc., « *une grande partie des projets de départ pour la Syrie résulte de processus d'auto-radicalisation alimentés par la fréquentation de sites sur internet. De même, les groupes terroristes ont intégré la propagande sur internet à leur stratégie et s'en servent comme d'une arme. Il est donc nécessaire de protéger les internautes et de perturber le fonctionnement de sites de propagande et de forums où se nouent les contacts et s'échangent des conseils en vue de la réalisation d'actes terroristes* ».

renforcer les moyens de l'action anti-terroriste »⁸⁸. Aussi, cette loi contient un large volet numérique relatif au blocage des sites Internet faisant l'apologie du terrorisme. Désormais, le nouveau dispositif législatif mis en place par la loi, venant modifier l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, prévoit directement la possibilité pour l'autorité administrative de faire retirer les contenus de sites Internet provoquant directement à des actes de terrorisme ou faisant publiquement l'apologie de ces actes, ou d'en faire bloquer l'accès ou d'en effectuer le déréférencement (disparition des sites de recherche)⁸⁹. Contrairement aux possibilités antérieurement ouvertes qui ne permettaient l'arrêt d'un service de communication en ligne que sur décision du juge des référés en cas de troubles manifestement illicites, le nouveau dispositif, s'il reste bien entendu louable dans son intention, apporte un certain nombre de réserves quant à la faisabilité de la chose et la voie choisie par le législateur.

49. D'une part, d'aucuns dénoncent en effet la mise en place d'un régime préventif administratif au lieu et place de l'action du juge judiciaire, traditionnel gardien des libertés publiques ou encore la présence d'un régime typique d'une censure administrative. Ainsi, « *la disparition de l'intervention judiciaire préalable laisse à l'autorité administrative une marge d'appréciation importante compte tenu du flou qui entoure la notion de « site internet à caractère terroriste* »⁹⁰. D'autre part, le nouveau régime tend à être ouvertement liberticides et donc porteurs de sérieuses atteintes à la liberté d'expression notamment. Alors, le juge administratif, qui sera très prochainement amené à connaître de la légalité de décisions de blocage de site internet dans ce domaine devra faire un savant arbitrage entre les intérêts de la sécurité et des libertés afin d'éviter notamment que les sites internet de mouvement indépendantistes, voire même de contestataires soient définitivement assimilés à des activités terroristes.

⁸⁸ P. Ségur, « Le terrorisme et les libertés sur internet », *op. cit.*, p. 161.

⁸⁹ Cette possibilité existait d'ailleurs déjà avec la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) concernant les contenus à caractère pédopornographiques. Pour les sites terroristes, v. le décret n° 2015-125 du 5 fév. 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique (JO du 6, p. 1811).

⁹⁰ P. Ségur, « Le terrorisme et les libertés sur internet », *op. cit.*, p. 164.

50. Aucune décision de justice n'a pour l'heure étant rendue à propos du blocage de sites à caractère terroriste mais la société Numérama, dirigeant un site web d'actualité sur l'informatique et le numérique, a d'ores et déjà saisi les services du ministère de l'intérieur et de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) d'un recours administratif visant à lever le blocage du site Islamic-News.info connu pour son apologie du terrorisme par l'intermédiaire de tribune offertes à des leaders islamistes. Pour l'instant, le recours étant implicitement rejeté par le ministère, le dirigeant de Numérama annonce l'engagement d'un prochain recours contentieux devant la juridiction administrative et la Cour européenne des droits de l'homme, au nom de la défense de la démocratie et des droits.

51. Pour conclure, on peut avancer l'idée selon laquelle l'augmentation manifeste de la menace terroriste en France, surtout depuis 2014⁹¹ ne risque pas de tarir le contentieux sécuritaire des décisions administratives visant à éradiquer ou tout du moins à contenir ce phénomène. Face à cela et à une législation de plus en plus d'exception, la mission de contrôle du juge administratif apparaît comme « *particulièrement malaisée ; Quoique relativement rare, le contentieux administratif lié à la prévention du terrorisme revêt un caractère extrêmement disparate* »⁹². Il est alors difficile d'en faire ressortir une politique jurisprudentielle déterminée, celle-ci semblant alors évoluer au gré des circonstances particulières de chaque affaire et de l'actualité plus ou moins dramatique des faits. Au-delà de ce constat de premier abord, on peut sans doute rejoindre les propos de P. Mazeaud, alors président du Conseil Constitutionnel, indiquant que la lutte contre le terrorisme « *appelle une réaction si forte de la part des pouvoirs publics, que les risques de compromettre l'exercice des libertés fondamentales s'en trouvent accrus* »⁹³, d'autant plus lorsque le législateur semble s'escrimer depuis quelques temps à instaurer dans ce domaine un véritable régime préventif administratif, à l'origine de l'essor d'une sorte de droit

⁹¹ Ainsi, selon le ministre de l'intérieur Bernard Cazeneuve, « *le nombre d'individus radicalisés sur le sol national aurait augmenté de 74% depuis le 1^{er} janvier 2014* » ; déclaration au cours des débats devant l'Assemblée nationale, le 15 sept. 2014, cité par P. Ségur, « Le terrorisme et les libertés sur internet », *op. cit.*, p. 163.

⁹² M. Sirinelli, « Police administrative et terrorisme : quel contrôle juridictionnel ? », *RFDA*, 2013, p. 1024.

⁹³ Intervention à l'occasion de la visite à la Cour suprême du Canada, 2006.

administratif pénal⁹⁴. Aussi, il est possible d'affirmer que le dispositif sécuritaire récemment resserré, atteint les libertés et notamment celle du citoyen n'ayant bien souvent rien à se rapprocher, alors même que le terroriste trouve fréquemment une parade pour éviter de tomber sous les jugs des mesures répressives ou préventives prises à son égard.

52. Ainsi, puisque la mise en œuvre d'une législation d'exception semble légitimer des atteintes sans cesse plus importantes aux libertés fondamentales, on est en droit de se demander si la « *lutte contre le terrorisme* » n'est pas désormais une composante nouvelle de l'ordre public qui autorise des restrictions aux droits et libertés sensiblement supérieures à ce qui était possible sous l'empire de la seule prévention des atteintes portées à la sécurité publique »⁹⁵. La question mériterait d'être désormais débattue.

⁹⁴ Pour un constat similaire dans le contentieux relatif aux développements des interdictions administratives de stade, interdictions de déplacements ou de dissolution d'associations sportives, v. Florence Nicoud, « La sécurité au mépris des libertés : l'encadrement de l'action des supporters », in *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013, op. cit.*, spéc. pp. 281-284.

⁹⁵ Remarque effectuée par Frédéric Rolin et Serge Slama, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste - Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers », *AJDA*, 2006, p. 975 ; remarque que l'on pourrait transposer au régime mis en place par la récente loi du 13 nov. 2014.

Conventionalité des mesures de lutte contre le terrorisme

Madeleine LOBE LOBAS

Maître de conférences HDR en droit privé
Membre du CERDACC (EA n° 3992), Université de haute-Alsace

Résumé : *La convention européenne des droits de l'homme énonce un ensemble de droits et garanties devant être respectés à l'égard de toute personne suspecte ou poursuivie, quelle que soit la gravité de son acte afin d'établir un équilibre entre la protection de l'ordre public et les intérêts des personnes poursuivies. Or, très souvent, lorsque l'atteinte à l'ordre public est grave, le législateur interne a tendance à édicter des mesures exceptionnelles généralement attentatoires aux droits et libertés individuels. La lutte contre le terrorisme ainsi que la particulière dangerosité des terroristes ont ainsi justifié, au fil des ans, la mise en place d'un système dérogatoire au droit commun, d'où la nécessité de s'interroger sur la conventionalité d'un tel système.*

1. Les actes terroristes se multiplient à travers le monde et soulèvent à chaque fois horreur et indignation. Le terroriste est un ennemi, parfois sans visage, mais toujours cruel, sauvage, inhumain, sournois, qui utilise des stratagèmes pour semer la terreur et la désolation, déstabilisant aussi bien les systèmes étatiques que les individus. Pour face à ce phénomène, la plupart des Etats et la France n'échappe à la règle, renforcent l'arsenal législatif¹ en aggravant les sanctions, en multipliant les incriminations et en adoptant des mesures visant à restreindre les droits des terroristes présumés ou condamnés. Or, les engagements pris les Etats ayant signé la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) les obligent à respecter les principes garantissant les droits et libertés fondamentaux prévus par ce texte en toute circonstance.

¹ Loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ; note C. Maro, *JCP G*, 2014.1203. Loi renforçant des outils de surveillance destinés à lutter contre la criminalité organisée : loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation ; note Jean Pradel, *JCP G*, 2014.77. Loi n° 2013-1168 du 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire ; Entretiens Laure Marino, *Dalloz*, 2014.360 ; loi qui renforce le dispositif étatique en matière de cyberdéfense et de surveillance des traces numériques et son décret d'application n° 2014-1576 du 24 déc. 2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion.

2. L'article 17 de la Conv. EDH énonce en effet que « aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Il est évident que les groupes terroristes ou les individus qui les composent ne peuvent mettre en avant les principes posés par la convention pour justifier leurs activités criminelles. Mais, ils peuvent en invoquer le bénéfice dans le cadre d'une procédure pénale, car l'article 17 interdit qu'ils soient privés de tous les droits et libertés garantis par la Convention alors même qu'eux-mêmes commettent des actes visant à détruire les droits des autres². La Convention peut alors apparaître comme frein³ dans la lutte contre le terrorisme.

3. Pour la Cour, la sécurité de la personne étant un droit fondamental de l'homme, la protection des individus constitue pour les gouvernements une obligation essentielle. Les États sont tenus de garantir les droits fondamentaux de leurs citoyens et des autres ressortissants en prenant des mesures positives pour les protéger contre la menace d'actes terroristes et de traduire les auteurs de tels actes en justice, en vertu de l'article 1 de la Convention. La Cour est consciente du fait « que les Etats rencontrent actuellement des difficultés considérables pour protéger leur population de la violence terroriste (...). Elle ne saurait donc sous-estimer l'ampleur du danger que représente aujourd'hui le terrorisme et la menace qu'il fait peser sur la collectivité⁴. Elle considère que les Etats peuvent faire preuve de fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à des actes de terrorisme, actes qu'elle ne saurait en aucun cas cautionner »⁵. Mais on ne doit pas infléchir les principes de la convention en prenant en compte les agissements de la personne concernée. La lutte contre le terrorisme ne doit pas servir de prétexte pour porter atteinte aux droits des personnes.

² Com. EDH, 20 juil. 1957, *Parti communiste c. Allemagne*, n° 250/57 ; Cour EDH, 1^{er} juil. 1961, *Lawless c. Ireland*, n° 3.

³ Hélène Hurpy & Mustapha Afroukh, « Eloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Conv. EDH », *RDLF*, 2015, chron. n° 11.

⁴ Cour EDH, 28 févr. 2008, *Saadi c. Italie*, § 137, *JCP*, 2008, I, 167, chron. Frédéric Sudre ; *AJDA*, 2008, p. 987, chron. Jean-François Flauss ; Cour EDH, 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, § 335.

⁵ Cour EDH, 18 nov. 2010, *Boutagni c. France*, n° 42360/08 ; Cour EDH, 3 déc. 2009, *Daoudi c. France*, n° 19576/08.

Toute la difficulté est donc de concilier les droits de l'homme des auteurs d'actes de terrorisme et la fermeté des Etats (I) sous le contrôle du juge européen (I).

I. La conciliation des mesures de lutte contre le terrorisme avec les droits conventionnels

4. Les Etats disposent d'une marge d'autonomie pour apprécier l'opportunité des mesures exceptionnelles à prendre. Mais ces mesures, qui peuvent être attentatoires aux libertés individuelles, supposent qu'une dérogation (A) ou une restriction (B) aux principes posés par la Convention soit possible.

A - Les dérogations à la convention

5. Aux termes de l'article 15 de la Conv. EDH, « *les Etats ne peuvent se libérer des obligations qui leur incombent en vertu de la Convention qu'en cas de guerre ou en cas d'autre danger menaçant la vie de la nation. Les dérogations à la convention sont admises dans la stricte mesure où la situation l'exige et à condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* »⁶. Cette disposition permet à un État de suspendre dans des circonstances exceptionnelles l'application des droits et principes énoncés par la convention.

1. Les conditions de validité de la dérogation

6. Toute partie qui veut exercer le droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. En l'absence de notification, la dérogation ne s'applique et la Convention doit être respectée. En cas de violation d'un droit, la Cour va exercer un contrôle normal⁷ : « *dès lors, il n'y a pas lieu en l'espèce de rechercher si une campagne terroriste en Irlande du Nord permettait au Royaume-Uni de déroger, en vertu de l'article 15 (art. 15), aux obligations qui découlent pour lui de la Convention. Il faut aborder l'affaire en partant de l'idée que les articles invoqués par les requérants à l'appui de leurs griefs jouent intégralement. Cela*

⁶ Gérard Gonzalez, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Conv. EDH », CRDF, n° 6, 2007, p. 93 ; Paul Tavernier, « Commentaire de l'article 15 », in *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire, article par article*, L.- Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, Economica, 1999, p. 489.

⁷ G. Gonzalez, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Conv. EDH », *op. cit.*, p. 96.

n'empêche pourtant pas de prendre dûment en compte le cadre général de l'affaire. Il incombe à la Cour de préciser l'importance à y attribuer sur le terrain de l'article 5 (art. 5) et de vérifier si, en l'occurrence, l'équilibre réalisé a respecté les clauses pertinentes de ce texte, interprétées à la lumière des termes de chacune d'elles ainsi que de son objet et de son but globaux »⁸.

7. La dérogation n'est possible que si elle est temporaire. L'Etat doit informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe dès qu'elle prend fin⁹ et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

8. Une dérogation n'est valable qu'en présence d'une situation de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation. Même si les Etats disposent d'une certaine marge pour apprécier les circonstances justifiant la dérogation, la Cour va vérifier si la situation l'exige. Elle déclare que *« le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair; qu'ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat »¹⁰.*

9. Alors que divers Etats déclarent la guerre au terrorisme, pour la Cour, le terrorisme constitue une situation de danger public : *« que l'existence à cette époque d'un "danger public menaçant la vie de la nation" a pu être raisonnablement déduite par le Gouvernement irlandais de la conjonction de plusieurs éléments constitutifs, à savoir, notamment, le fait qu'il existait, sur le territoire de la République d'Irlande, une armée secrète agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de la violence pour atteindre ses objectifs ; en second lieu, le fait que cette armée opérait également en dehors du territoire de l'Etat, compromettant ainsi gravement les relations de la République d'Irlande avec le pays voisin; troisièmement, l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes depuis*

⁸ Cour EDH, 29 sept. 1998, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, n° 11209/84; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85, § 48.

⁹ Cour EDH, 26 mai 1993, *Brannigan et Mac Bride c. Royaume-Uni*, n° 14553/89 et 14554/89.

¹⁰ Cour EDH, 1^{er} juil. 1961, *Lawless c. Ireland*, n° 3, § 28.

l'automne 1956 et pendant tout le cours du premier semestre de l'année 1957 »¹¹. Elle retient « *le danger imminent qui pesait sur la nation du fait de la persistance des activités illégales de l'I.R.A et des éléments divers agissant en liaison avec elle en Irlande du Nord à partir du territoire de la République d'Irlande* »¹². Le danger public peut également être caractérisé par le fait que « *depuis 1985 environ, de graves troubles font rage dans le Sud-Est de la Turquie, entre les forces de sécurité et les membres du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan). Ce conflit a, d'après le Gouvernement, coûté jusqu'ici la vie à 4 036 civils et 3 884 membres des forces de sécurité* »¹³.

10. Le danger public menaçant la vie de la notion peut être un danger précis ou diffus, notamment depuis les attentats du 11 septembre 2001¹⁴ et spécialement au Royaume-Uni. Il peut encore se situer sur une partie du territoire seulement¹⁵. L'étendue de la dérogation dépend de la nature du droit visé. L'article 15 de la Conv. EDH détermine le noyau dur de la convention composé des droits intangibles, absolus ou inconditionnels qui ne peuvent souffrir de dérogations, sauf si la convention elle-même en prévoit. S'agissant de la lutte contre le terrorisme, sont concernés les droits prévus aux articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction des peines et des traitements inhumains ou dégradants) et 7 (principe de la légalité des peines). La mesure dérogatoire ne doit pas heurter les autres engagements internationaux pris par l'Etat considéré¹⁶.

2. Appréciation de la dérogation par la Cour européenne

11. L'Etat qui prend une dérogation dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer la nature et la portée de la mesure : « *il incombe à chaque Etat contractant, responsable de "la vie de [sa] nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le*

¹¹ *Ibid.*, § 28.

¹² *Ibid.*, § 29.

¹³ Cour EDH, 18 déc. 1996, *Aksov c. Turquie*, n° 21987/93, § 8.

¹⁴ Olivier de Schutter, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, E. Bribosia, A. de Weyembergh (dir.), Bruylant ; 2002, p. 125 et ss.

¹⁵ Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

¹⁶ Cour EDH, 18 janv. 1978, *c. Royaume-Uni*, *op. cit.* ; Cour EDH, 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08 ; Cour EDH, 10 janv. 2012, *Di Sarno et autres c. Italie*, n° 30765/08.

juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger, comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer. Partant, on doit leur laisser en la matière une ample marge d'appréciation »¹⁷. Toutefois, la Cour se réserve le droit de contrôler l'équilibre entre les mesures prises par l'Etat dans le cadre de l'urgence et le respect des droits de l'homme : « les Etats ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. La Cour a compétence pour décider, notamment, s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen. Quand elle exerce celui-ci, la Cour doit en même temps attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé »¹⁸.

12. L'appréciation de la dérogation est relative et sera faite de manière plus ou moins sévère en tenant compte des circonstances de l'espèce. L'atteinte peut être justifiée par le caractère très exceptionnel de la situation constituée par la vague massive de violence et d'intimidation dès lors que la loi ordinaire ne suffit plus à lutter contre le terrorisme¹⁹. L'extrême gravité de la situation rend acceptable des dérogations considérables aux droits de la Convention²⁰ : « examinées dans leur ensemble, la législation et la pratique litigieuses ont évolué dans le sens d'un respect croissant de la liberté individuelle. Il eût assurément été souhaitable d'instaurer dès le début de meilleures garanties, judiciaires ou pour le moins administratives, d'autant que les décrets n° 10 à 12-1 remontaient à 1956-1957 et reposaient sur une loi de 1922, mais on manquerait de réalisme si l'on isolait la phase initiale de celles qui ont suivi. Quand un État lutte contre un danger public menaçant la vie de la nation, on le désarmerait si l'on exigeait de lui de tout faire à la fois, d'assortir d'emblée chacun des moyens d'action dont il se dote de chacune des sauvegardes conciliables avec les impératifs prioritaires du fonctionnement des pouvoirs publics et du rétablissement de la paix civile. En interprétant l'article 15 (art. 15), il faut laisser place à des adaptations progressives »²¹.

¹⁷ Cour EDH, 18 déc. 1996, *Aksov c. Turquie*, *op. cit.*, § 68.

¹⁸ Cour EDH, 26 mai 1993, *Brannigan et Mac Bride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §43 ; Cour EDH, 18 déc. 1996, *Aksov c. Turquie*, *op. cit.*

¹⁹ Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

²⁰ G. Gonzalez, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Conv. EDH », *op. cit.*, p. 100

²¹ Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 220.

13. Dans l'affaire précitée *Irlande c. Royaume-Uni*, la situation exceptionnelle a permis l'arrestation des témoins pendant 48 heures ainsi que la détention des suspects pendant une durée pouvant aller de 72 heures à plusieurs années : « *en face d'une vague massive de violence et d'intimidation, le gouvernement d'Irlande du Nord puis, une fois instaurée l'administration directe (30 mars 1972), le gouvernement britannique ont pu raisonnablement estimer que les ressources de la législation ordinaire ne suffisaient pas à la lutte contre le terrorisme et qu'ils devaient recourir à des moyens exorbitants du droit commun sous la forme de privations "extrajudiciaires" de liberté* »²².

14. Lorsque la situation n'est pas très exceptionnelle, une dérogation aux droits individuels est possible lorsqu'elle est entourée de garanties fondamentales et qu'elle a une portée limitée. Dans l'affaire *Brannigan c. Royaume-Uni*, des détentions de 48h à 5 jours ont été admises compte tenu de l'ampleur limité de la dérogation, des motifs invoquées et la présence des garanties fondamentales. A défaut de dérogation, la mesure peut être jugée contraire à la Convention ou justifiée, si des restrictions au principe concerné sont possibles.

B - Les restrictions aux droits conventionnels

15. Les dérogations ne sont admises qu'en cas de situation d'urgence et de danger public menaçant la vie de la nation. Lorsque l'Etat ne recourt pas à la voie de la dérogation qui est facultative ou lorsque les circonstances ne permettent pas de caractériser la situation de crise nécessaire à la recevabilité d'une dérogation, les mesures antiterroristes supposent des restrictions ou des ingérences dans l'exercice des droits et principes posés par la convention soient possibles justifiées et assorties de garanties pour éviter des abus.

1- Des restrictions justifiées

16. Divers articles de la Convention, notamment les articles 8 à 11, prévoient des ingérences ou des restrictions dans l'exercice des droits et libertés qu'ils énoncent en

²² *Ibid.*, § 212.

précisant leurs conditions de validité²³. Ces restrictions doivent être prévues par la loi interne, accessible et prévisible²⁴. Elles doivent être nécessaires dans une société démocratique et viser un ou plusieurs des buts légitimes énumérés par la Convention, à savoir la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la garantie et l'impartialité du pouvoir judiciaire, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui, la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Selon l'article 18 de la Conv. EDH, les restrictions apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues. Lorsque la Cour est saisie, elle apprécie si la restriction répond à besoin social impérieux. Elle vérifie qu'il y a un équilibre entre la défense des institutions et de la démocratie, dans l'intérêt commun et la protection des droits individuels. L'Etat doit justifier l'ingérence par des motifs suffisants et suffisants, convaincants.

17. L'appréciation de la restriction est de ce fait relative puisque la Cour tient compte des circonstances entourant le cas soumis à son examen, en particulier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme, ce qui lui permet dans certains cas d'assouplir son appréciation. Dans l'affaire *Klass c. Allemagne*²⁵, elle déclare que « *les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. La Cour doit donc admettre que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales* ». Dans l'arrêt *Segerstedt-Wiberg c. Suisse*, « *les intérêts de la sécurité nationale et la lutte contre le terrorisme l'emportent sur les intérêts des requérants à être informés de l'intégralité des informations les concernant dans les fichiers de la sûreté* »²⁶.

²³ Steven Greer, « Les exceptions aux articles 8 à 11 de la Conv. EDH », Dossier sur les droits de l'homme, Conseil de l'Europe, n° 15, p. 93 et ss.

²⁴ Cour EDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig*, n° 11801/85.

²⁵ Cour EDH, 6 sept. 1978, n° 5029/71, § 48.

²⁶ Cour EDH, 26 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suisse*, n° 62332/00, § 104.

18. Lorsque la convention ne prévoit pas de limitation particulière à un droit (art. 5 § 2 et §3, art. 6 CEDH), la Cour vérifie aussi que la mesure litigieuse soit nécessaire et proportionnelle au but visé ; ainsi, « *ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, que ce soit de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable. Toutefois, pour être effective aux fins de la Convention, la renonciation au droit de prendre part au procès doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité* »²⁷. S'agissant, par exemple, du droit à l'assistance d'un avocat (art. 6§3c Conv. EDH), dont les conditions d'exercice ne sont pas précisées, elle déclare que « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment concret et effectif, il faut que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit* »²⁸.

19. Certains articles énoncent les cas dans lesquels l'atteinte au droit protégé n'est pas contraire à la convention. Il en est ainsi de l'article 5§1 Conv. EDH qui interdit les arrestations et détentions sauf dans les cas qu'il énumère et suivant les conditions légales. Toute arrestation ou détention qui interviendrait en dehors de ces cas ou sans respecter les conditions légales sera considérée comme étant arbitraire. Toutefois, la mesure conforme au droit interne doit être justifiée au regard des principes généraux énoncés ou impliqués par la Convention²⁹, et notamment le principe de proportionnalité³⁰ et également des garanties prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 5 de la Conv. EDH.

2 – Des restrictions assorties des garanties juridiques

20. Lorsque la restriction est justifiée, il faut que celle-ci soit assortie de garanties suffisantes pour éviter les abus. S'agissant des surveillances secrètes, la Cour se dit « *consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre et elle affirme qu'ils [les Etats] ne sauraient prendre, au nom de la lutte*

²⁷ Cour EDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02, § 59 ; Cour EDH, 30 nov. 2000, *Kwiatkowska c. Italie*, n° 52868/99 ; Cour EDH, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, n° 56581/00, § 53.

²⁸ Cour EDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, *op. cit.*, § 55.

²⁹ Cour EDH, 2 oct. 2012, *Pleso c. Hongrie*, n° 41242/08.

³⁰ Cour EDH, 22 août 2013, *Simmons c. Belgique*, n° 71407/10.

contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée »³¹. Elle recherche alors un équilibre entre les droits individuels et la protection de la société, mais, comme en ce qui concerne les dérogations, le contexte de l'affaire, l'ampleur et la durée de la mesure litigieuse, ainsi que de garanties suffisantes relatives à la motivation requise pour la mise en œuvre et la qualité des autorités compétentes pour autoriser la mesure, son exécution, son contrôle ainsi que l'existence d'un recours constituent autant d'éléments qui lui permettent d'admettre que des limites puissent être posées à l'application de la convention.

II. Le contrôle de conventionalité des mesures antiterroristes par la Cour européenne

21. Il s'agit d'analyser, de manière non exhaustive quelques décisions de la Cour exerçant son contrôle portant sur la validité du dispositif de lutte contre le terrorisme. On va distinguer les droits non susceptibles de dérogations des droits pouvant faire l'objet de restrictions ou de dérogations.

A - Mesures antiterroristes et droits non susceptibles de dérogations

22. Dans le cadre de la lutte antiterroriste, il s'agit essentiellement des droits protégeant l'intégrité de la personne (droit à la vie, interdiction des peines et actes de tortures ou traitements inhumains ou dégradants) et le principe de la légalité des délits et des peines.

1. Le droit à la vie (art. 2 CEDH)

23. L'article 2 de la Conv. EDH qui consacre le droit à la vie de toute personne, ne souffre d'aucune dérogation³². Cet article interdit les exécutions sommaires ou arbitraires. Il détermine cependant les conditions dans lesquelles une atteinte à la vie peut être portée de manière intentionnelle notamment dans les pays qui ne l'ont pas aboli en exécution d'une sentence prononcée par un tribunal lorsque l'infraction est punie de la peine de mort.

³¹ Cour EDH, 6 sept. 1978, *Klass c. Allemagne*, *op. cit.*, § 45.

³² Cour EDH, 20 déc. 2004, *Makaratzis c. Grèce*, n° 50385/99.

24. La Convention prévoit les circonstances dans lesquelles infliger la mort peut se justifier. L'Etat peut ainsi recourir à la force pour assurer la défense de toute personne se trouvant sous sa juridiction contre la violence illégale et donc en cas d'attaque terroriste. Mais l'usage de la force doit être absolument nécessaire³³, la preuve de la nécessité doit se faire au-delà de tout doute raisonnable et l'appréciation de cette condition se fait en tenant compte des circonstances de l'espèce, du comportement du requérant. Dans l'affaire *Finogenov c. Russie*³⁴ concernant la prise d'otages effectuée par un groupe de terroristes armés appartenant au mouvement séparatiste tchéchène dans un théâtre de Moscou, la Cour a considéré que la décision prise les autorités de recourir à la force et d'utiliser d'un gaz potentiellement mortel pour résoudre la crise ne contrevenait pas à l'article 2 Conv. EDH, la menace représentée par les terroristes étant réelle et sérieuse et compte tenu de l'évènement. En revanche, dans l'arrêt *Mc Cann c. Royaume-Uni*³⁵ dans laquelle trois membres de l'IRA provisoire qui étaient soupçonnés d'être munis d'une télécommande destinée à être utilisée pour déclencher une bombe ont été tués par balles dans la rue à Gibraltar par des militaires du SAS (Special Air Service), elle a conclu à la violation de l'article 2 de la Convention à raison du fait que l'opération aurait pu être préparée et contrôlée sans qu'il fût nécessaire de tuer les suspects.

25. Le recours à la force doit être autorisé par la loi interne et suffisamment réglementé³⁶. Il ne doit cependant pas aboutir à porter atteinte à la vie des victimes des actes terroristes. En utilisant des moyens pouvant entraîner la mort des terroristes dans une situation d'urgence, les autorités doivent prendre les précautions nécessaires afin de minimiser les effets de la force employée sur les victimes. Dans l'affaire *Finogenov c. Russie*, la violation de l'article 2 de la Convention est constatée en ce qui concerne à la mauvaise planification et la mise en œuvre de l'opération de secours médicale aux otages et l'ineffectivité de l'enquête sur les allégations de négligence des autorités quant à la planification et la mise en œuvre de l'opération de secours et au défaut d'assistance

³³ Cour EDH, 27 oct. 2009, *Andreou c. Turquie*, n° 45653/99.

³⁴ Cour EDH, 20 déc. 2011, n° 18299/03 et 27311/03.

³⁵ Cour EDH, 27 sept. 1995, n° 18984/91.

³⁶ Cour EDH, 20 mai 2010, *Perisan et autres c. Turquie*, n° 12336/03 ; Cour EDH, 10 mai 2012, *Putintseva c. Russie*, n° 33498/04.

médicale aux otages. Dans l'affaire *Tagayeva c. Russie*³⁷ dans laquelle des civils avaient trouvé la mort lors de l'assaut contre des terroristes ayant attaqué une école, la Cour a déclaré recevable la demande des requérants portant sur les manquements de l'Etat à assurer son obligation à protéger les victimes contre le risque connu qui pesait sur leur vie, l'absence d'enquête effective sur les faits et des défaillances en ce qui concerne la planification et la maîtrise des négociations et de l'opération de libération des otages.

2. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH)

26. Pour la Cour, même dans les circonstances les difficiles, telle la lutte contre le terrorisme, la convention prohibe la torture et les peines inhumains ou dégradants. Ce principe est absolu et s'applique alors que le requérant, coupable d'actes de négation des droits de l'Homme vient à demander protection d'un texte qui les consacre³⁸.

27. Domaine d'application de l'article 3. Le domaine d'application de l'article 3 est large et couvre les violences pouvant être exercées par les autorités policières pendant l'arrestation ou les interrogatoires³⁹, la durée et les conditions de la détention, la nature des peines applicables. Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un certain seuil de gravité. La souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes⁴⁰.

28. L'appréciation du seuil de gravité est par essence relative et dépend des données de l'espèce, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, les techniques d'interrogatoires utilisées (station debout contre un mur, encapuchonnement, assujettissement au bruit, privation de sommeil, de nourriture et de boisson) appliquées aux personnes se trouvant en détention préventive pour des actes de terrorisme l'ont été en violation de la Convention car, « employées

³⁷ Cour EDH, 2 juil. 2015, *Tagayeva et autres c. Russie*, n° 26562/07.

³⁸ Cour EDH, 4 juil. 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00 ; Sébastien Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, Vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Larcier, 2006, p. 41.

³⁹ Cour EDH, 25 août 1992, *Tomasi c. France*, n° 12850/87.

⁴⁰ Cour EDH, 16 déc. 1999, *V. c. Royaume-Uni*, n° 24888/94.

*cumulativement, avec préméditation et durant de longues heures, les cinq techniques ont causé à ceux qui les subissaient sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales; elles ont entraîné de surcroît chez eux des troubles psychiques aigus en cours d'interrogatoire. Partant, elles s'analysaient en un traitement inhumain au sens de l'article 3 (art. 3). Elles revêtaient en outre un caractère dégradant car elles étaient de nature à créer en eux des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale »⁴¹. Le fait d'avoir suspendu le requérant soupçonné d'aider et soutenir les terroristes du PKK, nu, par les bras, mais liées dans le dos (pendaison palestinienne) avait une nature tellement grave et cruelle que l'on ne pouvait que le qualifier de torture au sens de l'article 3 Conv. EDH⁴². Dans l'affaire *Frérot c. France*, les fouilles intégrales subies par le requérant constituent un traitement dégradant dès lors que « les sentiments d'arbitraire, d'infériorité et d'angoisse qui y sont associés ainsi que celui d'une profonde atteinte à la dignité caractérisent un degré d'humiliation dépassant celui que comporte inévitablement la fouille corporelle des détenus »⁴³. La peine infligée au délinquant peut être contraire de l'article 3 ; il en est ainsi des peines perpétuelles sans possibilité de libération conditionnelle, « l'absence de tout mécanisme permettant son réexamen, la peine d'emprisonnement à perpétuité infligée à l'intéressé s'apparentait à une peine "incompressible", constitutive d'un traitement inhumain »⁴⁴.*

29. Dans son appréciation, le juge européen tient aussi compte de la personnalité ou de la particulière dangerosité du requérant afin de caractériser une peine un traitement cruel ou dégradant. Les autorités peuvent imposer aux détenus pour activités terroristes des restrictions légitimes, mais celles-ci doivent être strictement nécessaires pour protéger la société contre la violence⁴⁵. Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, « les conditions générales de la détention du requérant, chef d'un mouvement armé séparatiste de grande ampleur ayant entraîné un maintien à l'isolement de manière prolongée n'avaient pas atteint le seuil

⁴¹ Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, § 167 ; Cour EDH, 26 oct. 2000, *Kudła c. Pologne*, n° 30210/96 ; H. Hurpy et M. Afrouh, « Eloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Conv. EDH », *op. cit.*

⁴² Cour EDH, 18 déc. 1996, *Aksov c. Turquie*, *op. cit.*

⁴³ Cour EDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, n° 70204/01, § 48.

⁴⁴ Cour EDH, 18 mars 2014, *Öcalan c. Turquie*, *op. cit.*

⁴⁵ Cour EDH, 18 mars 2014, *Öcalan c. Turquie* ; *op. cit.*

*minimum de gravité requis pour constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 »⁴⁶, les effets à long terme de l'isolement social relatif imposé au requérant devant être atténués par son accès aux mêmes commodités que les autres détenus dans les prisons de haute sécurité en Turquie, notamment à la télévision et aux communications téléphoniques avec sa famille. Dans *Ramirez Sanchez c. France*⁴⁷, compte tenu des conditions matérielles de sa détention, de son isolement « relatif », de la volonté des autorités de le placer dans des conditions de détention normales et de sa personnalité et de sa dangerosité, les conditions de détention du requérant n'ont pas atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention. Certes, la Cour est préoccupée, malgré les circonstances spécifiques de la présente affaire, par la durée particulièrement longue du placement du requérant au régime pénitentiaire de l'isolement [soit huit ans], et elle a pris bonne note du fait que, depuis le 5 janvier 2006, il bénéficie d'un régime normal de détention [...], lequel, aux yeux de la Cour, ne devrait normalement plus être remis en cause à l'avenir. Néanmoins, compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, elle considère qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention. De même, dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*⁴⁸, la situation subie par les requérants du fait de leur détention dans le cadre d'un régime de haute sécurité en vertu d'un dispositif légal antiterroriste n'avait pas atteint le seuil de gravité élevé à partir duquel un traitement pouvait passer pour inhumain ou dégradant dès lors qu'ils n'étaient pas privés de tout espoir d'élargissement et que les mesures auxquelles ils étaient soumis ne s'apparentaient pas à une peine perpétuelle ou incompressible même s'ils se trouvaient en détention sans savoir à quel moment ils seraient relâchés ou s'ils seraient libérés.*

30. Risques de mauvais traitements et mesures d'éloignement des terroristes. La Cour étend l'application de l'article 3 de la Conv. EDH à des droits non expressément prévus par la Convention, afin de faire respecter l'interdiction des mauvais traitements. Elle considère ainsi qu'on ne peut renvoyer des individus, même s'il s'agit de terroristes, vers des Etats, partie ou non à la Convention⁴⁹, dans lesquels ils risquent torture ou traitements

⁴⁶ Cour EDH, 12 mai 2005, n° 46221/99, § 196.

⁴⁷ Cour EDH, 4 juil. 2006, n° 59450/00, § 150.

⁴⁸ Cour EDH, 19 fév. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05.

⁴⁹ Cour EDH, 13 déc. 2012, *El Masri c. Ex-République Yougoslavie de Macédoine, op. cit.* ; Cour EDH, 10 avr. 2002, *Babar Ahmed et a c. Royaume-Uni*, n° 2402/07, 11949/08 et 36742/08.

inhumains⁵⁰. L'éventualité d'une mise à exécution de la décision d'expulser le requérant soupçonné de liens avec le terrorisme⁵¹, risquant une peine incompressible⁵² ou déjà condamné à une peine perpétuelle sans possibilité de révision⁵³ est contraire à la Convention. Cette règle s'applique quel que soit le fondement de l'éloignement⁵⁴, qu'il s'agisse d'une expulsion ou d'une extradition.

31. L'interdiction d'éloigner l'étranger suspect ou coupable d'acte de terrorisme n'est toutefois pas absolue⁵⁵. La Cour examine la requête en tenant compte des circonstances de chaque espèce et de la personnalité du requérant ainsi que ces conditions actuelles du pays de renvoi⁵⁶. L'extradition est possible lorsque le risque de mauvais traitements n'existe pas notamment parce que l'Etat requérant offre des assurances transparentes et précises pour éviter au requérant de subir de mauvais traitements à son retour⁵⁷ et qu'il existe des mécanismes internationaux de contrôle. Le renvoi vers la Tunisie d'un combattant moudjahidine de nationalité tunisienne n'emporte pas violation de l'article 3 Conv. EDH et ce, d'autant plus que la Tunisie a mis en place un système préventif de visites, a adhéré le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et a reconnu la compétence du Comité des droits de l'homme des Nations unies pour connaître d'affaires individuelles⁵⁸. La Cour établit cependant une présomption de bonne foi lorsque le renvoi se fait vers un Etat membre de l'Union européenne⁵⁹ ou vers des Etats ayant une longue histoire en matière de droits de l'homme⁶⁰. En l'absence de telles

⁵⁰ Cour EDH, 7 juil. 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A, n° 161 ; Cour EDH, 28 fév. 2008, *Saadi c. Italie* ; Cour EDH, 3 déc. 2009, *Daoudi c. France*, n° 19576/08 ; Cour EDH, 15 nov. 2011, *Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine*, n° 48205/09.

⁵¹ Cour EDH, 15 nov. 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93 ; Cour EDH, 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02 ; Cour EDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, n° 25803/94 ; Cour EDH, 15 janv. 2015, *Eshonkulov c. Russie*, n° 68900/13.

⁵² Cour EDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c. Belgique*, JCP, 2014, 970, obs. Laure Milano, *Droit pénal* 2014, comm. 144, Virginie Peltier.

⁵³ Cour EDH, 9 juil. 2013, *Vinter c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10.

⁵⁴ Cour EDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c. Belgique*, *op. cit.* ; Cour EDH, 10 avr. 2012, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, n° 9146/07 et 32650/07.

⁵⁵ Cour EDH, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, n° 24027/07.

⁵⁶ Cour EDH, 15 nov. 2011, *Al Hanchi contre Bosnie-Herzégovine*, n° 48205/09.

⁵⁷ Cour EDH, 17 janv. 2012, *Othman (Abou Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09 ; Cour EDH, 25 sept. 2012, *El Haski c. Belgique*, n° 649/08 ; Cour EDH, 6 janv. 2015, *Aswat c. Royaume-Uni*, n° 17299/12 ; Cour EDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c. Belgique*, *op. cit.* ; Cour EDH, 31 janv. 2012, *M. S. c. Belgique*, n° 50012/08.

⁵⁸ Cour EDH, 15 nov. 2011, *Al Hanchi contre Bosnie-Herzégovine*, *op. cit.*

⁵⁹ Cour EDH, G.C. 21 janv. 2011, *M. S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

⁶⁰ Cour EDH, 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, n° 9146/07 et 32650/07.

assurances, l'expulsion ou l'extradition ne peut être effectuée⁶¹. Afin d'éviter que les requérants ne soient remis pendant l'examen de leur recours, elle peut prononcer des mesures provisoires⁶² et l'Etat procède à l'expulsion ou l'éloignement en dépit de telles mesures encourt une condamnation⁶³.

32. La Cour européenne interdit les opérations de remises secrètes qui se réalisent en dehors du système juridique ordinaire et qui impliquent l'enlèvement, la détention sans jugement, la disparition, les prisons secrètes avec un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants⁶⁴. La Cour a jugé que l'ex-République yougoslave de Macédoine devait être tenue pour responsable des actes de torture et des mauvais traitements subis par le requérant soupçonné de liens avec le terrorisme dans le pays et après son transfert aux autorités américaines⁶⁵. Le ressortissant allemand d'origine libanaise avait été arrêté, mis à l'isolement, maltraité dans un hôtel de Skopje pendant vingt-trois jours puis remis à des agents de la CIA qui l'auraient conduit dans un centre de détention secret en Afghanistan où il aurait subi de mauvais traitements pendant plus de 4 mois. De même, s'agissant de deux requérants détenus sur un site noir de la CIA en Pologne, la Cour a jugé que la Pologne avait coopéré à la préparation et à la mise en œuvre des opérations de remise, de détention secrète et d'interrogatoire menées par la CIA sur son territoire et aurait dû savoir qu'en permettant à la CIA de détenir de telles personnes sur son territoire, elle leur faisait courir un risque sérieux de subir des traitements contraires à la Convention⁶⁶.

33. Nécessité d'une enquête sur les allégations de mauvais traitements - L'article 3 de la Conv. EDH impose une obligation aux Etats sur le plan procédural. Lorsque des allégations de

⁶¹ Cour EDH, 28 févr. 2008, *Saadi c. Italie*, n° 13229/03.

⁶² Cour EDH, 28 juin 2011, *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07 ; Cour EDH, 10 avr. 2002, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, préc. ; Cour EDH, 3 déc. 2009, *Daoudi c. France*, n° 19576/08, AJDA 2010, p. 997, obs. J.-F. Flauss.

⁶³ Cour EDH, 4 fév. 2015, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99 ; Cour EDH, 24 fév. 2009, *Ben Khemais c. Italie*, n° 246/07 ; Cour EDH, 15 mai 2012, *Labsi c. Slovaquie*, n° 33809/08 ; Cour EDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c. Belgique*.

⁶⁴ Cour EDH, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 13 déc. 2012, *El-Masri c. ex-République yougoslave de Macédoine*, *op. cit.*

⁶⁵ Cour EDH, 13 déc. 2012, *El-Masri c. ex-République yougoslave de Macédoine*, *op. cit.*

⁶⁶ Cour EDH, 24 juil. 2014, *Al Nashiri c. Pologne et Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 33234/12 et n° 7511/13.

mauvais traitement sont avancées par le requérant terroriste, l'Etat doit prendre toutes les mesures raisonnables pour obtenir les preuves relatives à l'incident en question⁶⁷. Il revient aux autorités étatiques de mener une enquête afin de donner une explication satisfaisante, convaincante⁶⁸ et plausible⁶⁹, sur l'origine des blessures du requérant, sous peine d'être présumées responsables des violences constatées⁷⁰. L'absence d'une telle enquête peut conduire à la constatation de la violation de l'article 3⁷¹, alors même que les mauvais traitements ne seraient pas caractérisés.

3– Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale

34. L'article 7 de la Convention pose le principe de la légalité des délits et des peines et son corollaire, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale : « *la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraire Seules les peines prévues par la loi au moment de la commission des faits peuvent être appliquées* »⁷².

35. La Cour rappelle qu'un revirement de jurisprudence sur les remises de peines ne permet pas de reporter la date de remise en liberté définitive d'une personne condamnée pour terrorisme, le maintien en détention dans ces conditions étant alors effectué au mépris des exigences de régularité et de respect des voies légales⁷³. La requérante ayant purgé une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à celle qu'elle aurait dû subir selon le système juridique espagnol en vigueur lors de sa condamnation, il incombe aux autorités espagnoles d'assurer sa remise en liberté dans les plus brefs délais.

⁶⁷ Cour EDH, 16 juil. 2015, *Ghedir et autres c. France*, n° 20579/12 ; Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71 ; Cour EDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, n° 25803/94, *JCP G*, 1999, II, 10193, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 9 fév. 2004, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00, *JCP G*, 2007, I, 106, n° 2, obs. F. Sudre.

⁶⁸ CEDH, 13 déc. 2012, *El-Masri c. ex-République yougoslave de Macédoine*, préc.

⁶⁹ CEDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, préc.

⁷⁰ Cour EDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France* ; Cour EDH, 16 juil. 2015, *Ghedir c. France*, n° 20579/12.

⁷¹ Cour EDH, 7 oct. 2014, *Etxebarria Caballero c. Espagne et Ataun Rojo c. Espagne*, n° 74016/12 et 3344/13 ; Cour EDH, 2 nov. 2004, *Martinez Sala c. Espagne*, C-85/96, n° 58438/00.

⁷² Cour EDH, 22 sept. 1995, *S. W c. Royaume-Uni*, n° 20166/92, § 34.

⁷³ Cour EDH, 21 oct. 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, n° 42750/09.

B - Mesures antiterroristes et droits susceptibles de dérogations ou de limitations

36. Lorsqu'il s'agit de droits conditionnels, des dérogations ou limitations peuvent se justifier, sous certaines réserves posées par la convention elle-même sous le contrôle de la Cour. Dans la cadre de la lutte contre le terrorisme, ces restrictions peuvent porter aussi bien sur des garanties processuelles (1) ainsi que sur des droits individuels notamment le droit à la vie privée (2) ou les libertés visant à garantir le pluralisme dans une société démocratique (3).

1– Les garanties processuelles

37. Ne seront analysés ici que les articles 5 et 6 de la Conv. EDH énonçant l'un le droit à la liberté et à la sûreté et l'autre garantissant l'équité de la procédure. L'article 13 protège le droit à un recours effectif devant une instance nationale et n'appelle pas d'analyse particulière dans le contexte de la lutte antiterroriste. Sa violation est caractérisée dès lors les autorités nationale n'ont pas prévu la possibilité de saisir une juridiction pour contester une décision ou faire constater le non-respect d'un droit. Par ailleurs, le moyen relevant du manquement à l'article 13 de la Conv. EDH peut être combiné avec un autre droit ou ne pas être examiné dès lors la Cour a constaté l'absence de recours prévu spécialement pour assurer l'effectivité d'un droit de manière spécifique.

a - Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH)

38. L'article 5 de la Conv. EDH détermine les cas dans lesquels une personne peut être arrêtée ou privée de liberté selon les voies légales. Il consacre un droit fondamental de l'homme, la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté⁷⁴ et les garanties qu'il consacre s'appliquent à toute personne.

39. L'article 5 § 1 contient une liste exhaustive des motifs pour lesquels une personne peut être privée de sa liberté. La détention n'est pas régulière si elle ne relève pas de l'un de ces motifs⁷⁵. Dans l'affaire *El-Masri c. ex-République yougoslave de Macédoine*, la détention secrète du requérant dans un hôtel pendant 23 jours ainsi que sa captivité ultérieure en

⁷⁴ Cour EDH, 18 déc. 1996, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, § 76.

⁷⁵ Cour EDH, 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03.

Afghanistan a été jugée irrégulière⁷⁶. La détention d'un individu est possible si des poursuites sont envisagées ou s'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction. Par conséquent, il n'est pas permis pas de détenir un individu pour l'interroger aux seules fins de recueillir des renseignements. Dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, la Cour a conclu à la violation de la Convention, car si les arrestations et détentions litigieuses effectuées en vertu d'une loi permettant de maintenir en garde à vue jusqu'à 72 heures les personnes soupçonnées de terrorisme se fondaient sur des soupçons sincères attribuant aux intéressés la qualité de terroristes, les explications du Gouvernement n'autorisaient pas pour autant à conclure à l'existence de soupçons plausibles⁷⁷. Le but de l'arrestation des requérants avait consisté non pas à les conduire devant l'autorité judiciaire compétente, mais à recueillir des renseignements sans aucune intention de les inculper. En revanche, dans les affaires *Murray c. Royaume-Uni*⁷⁸ et *O'Hara c. Royaume-Uni*⁷⁹, l'arrestation des requérants, soupçonnés d'infractions terroristes, s'inscrivait dans le cadre d'opérations programmées et fondées sur des éléments de preuve ou des renseignements relatifs à des activités terroristes et qu'elle avait satisfait au critère de l'existence de soupçons sincères fondés sur des motifs plausibles.

40. Des restrictions à l'article 5§1 sont possibles à condition d'être proportionnelles au but poursuivi. Dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*⁸⁰, la détention, de manière illimitée, des ressortissants étrangers dont le ministre de l'Intérieur avait certifié qu'ils étaient soupçonnés d'être impliqués dans des activités terroristes en vue de leur éventuelle expulsion a été jugée disproportionnée et considérée par ailleurs comme opérant une discrimination injustifiée entre ressortissants britanniques et étrangers.

41. La personne arrêtée doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat, le délai commençant à courir au moment de l'arrestation (art. 5§3), afin d'éviter des détentions indéterminées. Dans l'affaire *Brogan c. Royaume-Uni*⁸¹, les requérants, soupçonnés d'actes terroristes, furent arrêtés par la police en Irlande du Nord et, après avoir

⁷⁶ Cour EDH, 13 déc. 2012, *op. cit.*

⁷⁷ Cour EDH, 30 août 1990, n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86, § 85.

⁷⁸ Cour EDH, 28 oct. 1994, n° 18731/91.

⁷⁹ Cour EDH, 16 oct. 2001, n° 37555/97.

⁸⁰ Cour EDH, 19 févr. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05.

⁸¹ Cour EDH, 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, n° 11209/84.

été interrogés pendant des périodes allant de quatre jours et six heures à six jours et seize heures et demie, furent libérés sans avoir été inculpés ou traduits devant un magistrat : « *qu'un détenu ne soit pas accusé ou traduit devant un tribunal ne méconnaît pas en soi la première partie de l'article 5 par. 3. Il ne saurait y avoir de telle violation si l'intéressé recouvre sa liberté "aussitôt" avant qu'un contrôle judiciaire de la détention ait pu se réaliser. Si l'élargissement n'a pas lieu "aussitôt", la personne arrêtée a le droit de comparaître rapidement devant un juge ou "autre magistrat" judiciaire* »⁸². Pour les juges de Strasbourg, on ne pouvait considérer qu'un délai de quatre jours et six heures, voire davantage, répondait à l'exigence de promptitude. Dans l'affaire *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*⁸³, le placement en garde à vue des requérants l'un pendant quatre jours, six heures et vingt-cinq minutes et l'autre pendant six jours et quatorze heures et trente minutes n'a pas été jugé contraire à la Convention, le Royaume-Uni ayant déposé au titre de l'article 15 une dérogation valable motivée par l'état d'urgence.

42. La personne arrêtée doit être jugée dans un délai raisonnable (art. 5§3). Par conséquent, la détention provisoire des requérants, membres de l'organisation basque espagnole *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA), mis en examen pour participation aux activités de préparation d'actes de terrorisme pour des périodes allant jusqu'à cinq ans apparaît de prime abord déraisonnable et doit être accompagnée de justifications particulièrement fortes⁸⁴. En l'espèce, les demandes de prolongation de la détention provisoire formulées par le procureur général étaient accordées essentiellement en raison de la charge du rôle de la cour d'assises spécialement composée et non au motif qu'un délai aussi long trouvait sa justification dans la préparation d'un procès de grande ampleur ou en raison du besoin des autorités de prendre des mesures de sécurité efficaces.

43. La personne arrêtée a le droit de faire statuer à bref délai sur la légalité de la détention (art. 5§4). Elle doit être en mesure de contester les accusations portées contre elle⁸⁵.

⁸² *Ibid.*, § 58.

⁸³ Cour EDH, 25 mai 1993, n° 14553/89 et 14554/89.

⁸⁴ Cour EDH, 26 janv. 2012, *Berasategi c. France*, n° 29095/09 ; *Esparza Luri c. France*, n° 29119/09 ; *Guimon Ep. Esparza c. France*, n° 29116/09 ; *Sagarzazu c. France*, n° 29109/09 et *Soria Valderrama c. France*, n° 29101/09.

⁸⁵ Cour EDH, 31 janv. 2012, *M. S. c. Belgique*, n° 50012/08 ; Cour EDH, 19 fév. 2009, n° 3455/05, *op. cit.*

b – Droit au procès équitable (art. 6 CEDH)

44. Selon l'article 6 de la Conv. EDH, toute personne accusée a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. Les droits permettant de garantir l'équité de la procédure sont nombreux et comprennent le droit à la présomption d'innocence ainsi que le droit d'être assisté d'un avocat.

45. *Droit à la présomption d'innocence.* Le principe de la présomption d'innocence signifie que la personne poursuivie est considérée comme étant innocente tant que sa culpabilité n'a pas été déclarée par une juridiction. La charge de la preuve incombant à l'accusation, la personne poursuivie n'est pas tenue de participer au recueil des indices. Elle a le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer : « *les préoccupations de sécurité et d'ordre public ne sauraient justifier une disposition vidant de leur substance même les droits des requérants de garder le silence et de ne pas contribuer à leur propre incrimination* ». Lorsque des officiers de police judiciaire demandent aux requérants, soupçonnés d'activités terroristes, après les avoir avertis qu'ils avaient le droit de garder le silence, de fournir des détails sur leurs déplacements au moment des infractions en cause, la violation de la Convention ne peut qu'être constatée⁸⁶.

46. Le principe de la présomption d'innocence suppose que les preuves soient recueillies et administrées de manière légale, excluant toute manœuvre déloyale. Lorsque le requérant allègue que ses déclarations ont été obtenues en violation de l'article 3 de la Conv. EDH, par le biais de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants, les juridictions internes ne peuvent les retenir comme preuve sans s'être préalablement assurées que, au vu d'éléments spécifiques à la cause, elles n'avaient pas été obtenues de cette manière⁸⁷. Des telles déclarations doivent être écartées, même si elles n'ont pas été décisives pour la condamnation du suspect⁸⁸, car le non-respect de l'article 3 porte atteinte au droit à un procès équitable posé par la Convention⁸⁹. Les indices matériels obtenus au moyen de la

⁸⁶ Cour EDH, 21 déc. 2000, *Heaney et Mc Guinness c. Irlande*, n° 34720/97.

⁸⁷ Cour EDH, 17 janv. 2012, *Othman c. Royaume-Uni*, n° 8139/09.

⁸⁸ Cour EDH, 9 janv. 2003, *Içöz c. Turquie*, n° 5491/00.

⁸⁹ Cour EDH, 1 juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05.

torture doivent également être exclus⁹⁰. Si les actes litigieux sont qualifiés deçà de la torture, les preuves matérielles obtenues ne peuvent être reçues que s'il est démontré que la violation de l'article 3 n'a pas eu une influence déterminante sur la décision de culpabilité ou la peine⁹¹. Cette jurisprudence s'applique alors même que les actes contraires à l'article 3 sont subis par un tiers⁹² ou accomplis dans un Etat tiers à la Convention⁹³.

47. La Cour a eu à se prononcer sur la recevabilité des indices obtenus grâce aux témoins anonymes. De tels indices peuvent être retenus à condition que les témoignages anonymes ne constituent pas la base unique ou déterminante pour la condamnation⁹⁴. Il faut en outre qu'ils fassent l'objet d'un débat contradictoire⁹⁵.

48. *Le droit à l'assistance d'un avocat.* La Cour affirme que, *quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable*⁹⁶. Le droit au procès équitable suppose l'assistance d'un avocat, dès le stade de la garde à vue (art. 6§3) et ce, dès la première heure de la mesure. Dans l'arrêt *Salduz c. Turquie*⁹⁷, la loi turque permettait sur ordre du procureur de différer l'assistance de l'avocat pour 24 heures en matière terroriste a été jugée contraire à l'article 6§3c Conv. EDH. Une condamnation ne peut être fondée sur des déclarations effectuées lors d'un interrogatoire de police sans assistance possible d'un avocat.

49. La limitation du droit à l'avocat ne peut répondre qu'à un besoin social impérieux et ne doit pas porter atteinte au procès équitable. Dans l'affaire *Ibrahim c. Royaume-Uni*⁹⁸, la Cour déclare conformes à la Convention les procédures dérogatoires prévues dans le cadre

⁹⁰ Cour EDH, 17 janv. 2012, *Othman c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁹¹ Cour EDH, 25 sept. 2012, *El Haski c. Belgique*, n° 649/08 ; Cour EDH, 24 juil. 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11 et *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 7511/13.

⁹² Cour EDH, 17 janv. 2012, *Othman c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁹³ Cour EDH, 25 sept. 2012, *El Haski c. Belgique*, *op. cit.* ; Cour EDH, 7 avr. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, n° 25303/08.

⁹⁴ Cour EDH, 26 mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, n° 20524/92.

⁹⁵ Cour EDH, 14 déc. 1999, *A. M. c. Italie*, n° 37019/97.

⁹⁶ Cour EDH, 23 nov. 1993, *Poitrinol c. France*, § 34 ; Cour EDH, 28 fév. 2008, *Demeboukov c. Bulgarie*, n° 68020/01.

⁹⁷ Cour EDH, 27 nov. 2008, n° 36391/02.

⁹⁸ Cour EDH, 16 déc. 2014, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09.

de la lutte contre le terrorisme qui prévoyaient un premier interrogatoire de sécurité sans assistance de l'avocat lorsque les faits incriminés relèvent du terrorisme. En l'espèce, les requérants avaient déposé des bombes, qui heureusement, n'avaient pas explosé, dans les transports publics londoniens. La Cour a relevé qu'au moment des premiers interrogatoires, il existait une menace exceptionnellement grave et imminente pour la sûreté publique, à savoir le risque d'autres attentats, et que cette menace donnait lieu à des raisons impérieuses justifiant de retarder provisoirement l'accès des requérants à un avocat. En outre, il existait de nombreuses autres preuves à charge, notamment des séquences filmées par des caméras de surveillance et des analyses de site cellulaire, les témoignages des passagers du train. Dès lors, l'admission au procès des dépositions faites par trois des quatre requérants durant les interrogatoires de police et avant qu'ils aient eu accès à un avocat n'avait pas porté atteinte de manière injustifiée à leur droit à un procès équitable. S'agissant du quatrième requérant, bien qu'il n'ait pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, elle a noté que l'intéressé n'avait subi aucune coercition pour faire ses déclarations, qu'il n'était pas revenu sur ses celles-ci, même après qu'il eut consulté un avocat, mais qu'il avait continué à se fonder sur ces déclarations dans sa défense jusqu'à ce qu'il demande leur exclusion au procès.

2 – Le respect à la vie privée et familiale

50. L'article 8 de la Conv. EDH pose le principe du droit au respect à la vie privée et familiale, au domicile et à la correspondance que l'autorité doit assurer pour chaque citoyen, quels que soient ses agissements. Une ingérence des autorités dans l'exercice de ce droit ne peut être tolérée que si elle est prévue par la loi et constitue une mesure nécessaire à la prévention des troubles. Les mesures prises par les États pour lutter contre le terrorisme doivent tenir compte de ce principe et faire l'objet d'un contrôle approprié.

a - Droit à la vie privée et familiale

51. La notion de vie privée englobe les renseignements concernant l'identité d'un individu ainsi que les informations sur la vie privée de la personne. Afin de renforcer la lutte contre le terrorisme, les États ont étendu les procédures de surveillance impliquant la collecte et le traitement des données personnelles qui sont considérés comme une immixtion dans la vie privée des personnes.

52. Dans l'affaire *Klass c. Allemagne*, la Cour admet que la mise en place de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète devant une situation exceptionnelle est nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ; mais elle exige des garanties afin d'éviter des abus⁹⁹.

53. En ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel, les juges strasbourgeois considèrent que l'article 8 de la Conv. EDH offre une protection vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel. Le fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8¹⁰⁰ et les données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont mémorisées d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics¹⁰¹. Des dérogations peuvent toutefois être admises en faveur des services de renseignements chargés de lutter contre le terrorisme. Il faut cependant que ces dérogations soient encadrées par la loi et protégées par des garanties procédurales permettant de prévenir un abus de la part des autorités¹⁰² et d'éviter l'établissement des profils discriminatoires. « *La protection offerte par l'article 8 serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part* »¹⁰³.

54. Afin de faciliter la prévention des actes de terroristes, diverses législations donnent aux autorités policières le pouvoir d'arrêter et de fouiller des personnes dans les lieux considérés comme des zones à risque dans lesquels peuvent être commis des actes terroristes. Pour la Cour, « *l'usage des pouvoirs de coercition conférés par la législation pour exiger d'un individu qu'il se soumette à une fouille sur sa personne, ses vêtements et ses*

⁹⁹ Cour EDH, 6 sep. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, op. cit.

¹⁰⁰ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, n° 9248/81.

¹⁰¹ Cour EDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, n° 28341/95.

¹⁰² Cour EDH, 28 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79 ; Cour EDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, n° 11801/85 et *Huvig c. France*, n° 11105/84.

¹⁰³ CEDH, 4 déc. 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, § 112.

effets personnels constituent une claire ingérence au sein du droit au respect de la vie privée », renforcée par le caractère public de la fouille¹⁰⁴. De telles fouilles doivent être autorisées par la loi dans le cadre de la lutte antiterroriste et limitées dans le temps. Elles doivent être encadrées par une autorité judiciaire afin d'éviter des abus. Toutefois, lorsqu'un contrôle judiciaire ne peut être effectué, il est possible de mettre en place d'autres mécanismes de contrôle, telle l'autorisation du procureur qui n'est pas une autorité judiciaire au sens de la convention¹⁰⁵.

55. Le droit à la vie familiale inclut le droit au maintien des liens familiaux qui peut toutefois subir des restrictions pour des raisons de sécurité et d'ordre publics et de prévention des infractions. Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, la Cour rappelle qu'en cas de détention, l'administration pénitentiaire doit aider le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche. En l'espèce, en raison de sa condamnation à l'emprisonnement à perpétuité dans une prison de haute sécurité et du régime spécial qui lui était appliqué, le requérant, fondateur du PKK, a subi une limitation du nombre de visites de sa famille en vertu d'une loi turque visant à minimiser le risque que les condamnés ne maintiennent des contacts avec leur milieu d'origine. La Cour a jugé que les restrictions au droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale étaient nécessaires et n'ont pas excédé ce qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la défense de l'ordre et de la sûreté publics et à la prévention des infractions pénales. La Cour note que les autorités pénitentiaires ont cherché à aider le requérant à maintenir ses contacts avec sa famille en aménageant le régime de visites dont la fréquence a augmenté et qui ont cessé de se dérouler dans un parloir comportant un dispositif de séparation.

56. Le droit à la vie privée et familiale peut avoir une interprétation large et concerner le droit pour les proches du défunt de lui donner une sépulture. Dans l'affaire *Sabanchiyeva c. Russie*, les requérants se plaignaient du fait que les autorités avaient refusé de leur restituer les dépouilles de leurs proches, dirigeants séparatistes tchéchènes, en se fondant sur la législation applicable au terrorisme : « *en rejetant automatiquement les demandes de*

¹⁰⁴ Cour EDH, 12 janv. 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, n° 4158/05.

¹⁰⁵ Cour EDH, 15 mai 2012, *Colon c. Pays Bas*, n° 49458/06 ; Nicolas Hervieu, « Droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH) : Conventionalité des opérations policières de "fouilles corporelles préventives" dans une zone à risque », *Lettre « Actualités Droits-Libertés »*, CREDOF, 8 juin 2012.

restitution des corps de leurs proches formulées par les familles concernées, les autorités russes n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, les buts légitimes que constituent la prévention des troubles à l'ordre public qui auraient pu survenir lors des obsèques des défunts ainsi que le respect des sentiments des proches des victimes du terrorisme et, d'autre part, le droit des requérants de rendre à leurs défunts un dernier hommage en assistant à leurs funérailles ou en se recueillant devant leur tombe. Faute pour les autorités d'avoir procédé à un examen individuel des demandes des requérants, leur décision semblait avoir eu pour effet principal de punir ces derniers en leur imputant la responsabilité des actes terroristes commis par leurs proches décédés »¹⁰⁶. Dans l'arrêt *Arkhestov c. Russie*, le fait d'avoir procéder à huis-clos à la crémation des dépouilles mortelles d'insurgés terroristes tués dans durant leur offensive a été jugée contraire aux volontés et aux rites musulmans des familles, alors que des honneurs religieux ou des cérémonies susceptibles de causer un trouble public n'étaient pas prévus¹⁰⁷.

b – Le droit à la correspondance

57. Le droit au respect à la vie privée implique le droit à la correspondance. Le refus de transmettre une lettre d'un détenu à un autre sur le fondement d'une circulaire ministérielle porte atteinte à l'article 8¹⁰⁸. Toutefois, dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*¹⁰⁹, la Cour, tenant compte de la crainte légitime du gouvernement turc que le requérant, considéré comme un délinquant dangereux, puisse utiliser les communications avec l'extérieur pour contacter des membres du PKK, a considéré que les restrictions au droit au respect de la vie privée et familiale de ce dernier n'avaient pas excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public et à la prévention des infractions pénales.

3- Les libertés liées au respect du pluralisme dans une société démocratique

58. Les libertés de pensée et de religion (art. 9 CEDH), d'expression (art. 10 CEDH) ainsi que la liberté d'association (art. 11 CEDH) constituent les fondements essentiels d'une société démocratique, car elles favorisent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture. Une

¹⁰⁶ Cour EDH, 6 juin 2013, *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, n° 38450/05 ; Cour EDH, 16 janv. 2014, *Abdulayeva c. Russie, Kushtova et autres c. Russie, Arkhestov et autres c. Russie et Zalov et Khakulova c. Russie*.

¹⁰⁷ Cour EDH, 16 janv. 2014, *Arkhestov et al. c. Russie*, n° 22089/07 ; Cour EDH, 2 déc. 2014, n° 31706/10 et n° 33088/10.

¹⁰⁸ Cour EDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, *op. cit.*

¹⁰⁹ Cour EDH, 18 mars 2014, *Öcalan c. Turquie*, n° 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07.

restriction de leur exercice n'est possible, même dans le cadre de mesures antiterroristes, que si elle est nécessaire. Au demeurant, l'article doit s'analyser au regard des articles 9 et 11 car la protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association.

a- La liberté de religion (art. 9 CEDH)

59. L'article 9 de la Conv. EDH énonce le principe de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Pour la Cour, il représente l'une des assises d'une société démocratique. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer¹¹⁰. Des limitations à la liberté de religion peuvent être prévues par la loi à condition qu'elles soient nécessaires et proportionnelles au but recherché. Tel pourrait être le cas si la religion sert de prétexte ou de soutien aux activités terroristes.

60. Dans l'affaire *Güler et Ugur c. Turquie*, la Cour considère que la condamnation des requérants à une peine d'emprisonnement doit s'analyser en une ingérence dans leur droit à la liberté de manifester leur religion, peu importe que les personnes en mémoire desquelles a eu lieu la cérémonie litigieuse aient été membres d'une organisation illégale ou que celle-ci ait été organisée dans les locaux d'un parti politique où des symboles d'une organisation terroriste étaient présents¹¹¹. Elle a conclu à la violation de l'article 9, jugeant que cette ingérence n'était pas prévue par la loi et que la disposition de droit interne ayant fondé la condamnation des requérants ne répondait pas aux exigences de précision et de prévisibilité.

b - Droit à la liberté d'expression (art. 10 CEDH)

61. Le droit à la liberté d'expression prévu à l'article 10§1 de la Conv. EDH comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans ingérence d'autorités publiques ni de considération de frontière¹¹². L'exercice de cette liberté peut être réglementé, l'Etat pouvant la soumettre à un régime d'autorisation. Par ailleurs, elle peut être limitée à condition cependant que les restrictions prévues par la loi

¹¹⁰ Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, série A n° 260-A, p. 17, § 31.

¹¹¹ Cour EDH, 2 déc. 2014, *Güler et Uğur c. Turquie*, n° 31706/10 et 33088/10.

¹¹² Cour EDH, 17 juil. 2001, *Ass. Ekin c. France*, n° 39288/98.

soient nécessaires dans une société démocratique et proportionnelles¹¹³ au but poursuivi¹¹⁴, notamment la protection de la sécurité nationale ou la prévention des infractions pénales (art. 10§2). La Cour se livre à une appréciation tenant compte du contexte de chaque espèce.

62. La question du droit à la liberté d'expression se pose souvent en matière de lutte contre le terrorisme. Pour la Cour, la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur, ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de "société démocratique"* »¹¹⁵. Il ne s'agit cependant pas de cautionner les discours antiterroristes qui sont incompatibles avec les droits de l'homme et la démocratie¹¹⁶. Il faut en effet éviter les campagnes effectuées par les groupes terroristes par le biais des moyen de communication pour faire passer des propos leur permettent d'inciter à la commission des actes terroristes, de les justifier, faire l'apologie de tels actes ou de recruter de nouveaux membres. Pour autant, la Cour apprécie la proportionnalité des mesures prises par les autorités étatiques.

63. La condamnation des requérants qui avaient publié dans la presse des articles désignant des agents de l'État comme cibles pour les organisations terroristes est jugée disproportionnée aux buts visés et, dès lors, non nécessaire dans une société démocratique, les motifs retenus par les juridictions turques ne pouvant être considérés en eux-mêmes comme suffisants pour justifier les ingérences dans le droit des requérants à la liberté d'expression¹¹⁷. S'agissant de la suspension de la publication et de la diffusion des journaux faisant de la propagande en faveur d'une organisation terroriste, même pendant une courte période, la Cour a considéré que des mesures moins draconiennes telles que la confiscation d'exemplaires particuliers ou des restrictions à la parution d'articles spécifiques auraient pu être envisagées. Elle condamne ainsi la suspension intégrale des journaux, même pendant

¹¹³ Com. EDH, 9 mai 1994, *Brind et autres c. Royaume-Uni*, n° 18714/91.

¹¹⁴ Com. EDH, 16 avr. 19919, *Purcell et autres c. Irlande*, n° 15404/8.

¹¹⁵ Cour EDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 48.

¹¹⁶ Cour EDH, 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, n° 65831/01.

¹¹⁷ Cour EDH, 19 déc. 2006, *Falakaoğlu et Saygılı c. Turquie*, n° 11461/03 ; Cour EDH, 17 juin 2014, *Belek et Özkurt c. Turquie*, n° 4323/09, § 5 ; n° 4375/09, § 6 et 7.

une courte période, les autorités ayant apporté des limitations injustifiées au rôle indispensable de « *chien de garde* » que joue la presse dans une société démocratique¹¹⁸.

64. Dans l'affaire *Leroy c. France*, le requérant, dessinateur, a été condamné pour complicité d'apologie du terrorisme à la suite de la publication d'un dessin ayant trait aux attentats du 11 septembre 2001, deux jours après les faits. La mesure prise contre le requérant n'a pas été jugée disproportionnée au but légitime poursuivi compte tenu du caractère modéré de l'amende à laquelle le requérant avait été condamné et au regard du contexte dans lequel la caricature litigieuse avait été publiée, même si la diffusion a été limitée. La Cour a particulièrement souligné que « *la caricature a pris une ampleur particulière dans les circonstances de l'espèce, que le requérant ne pouvait ignorer, compte tenu du temps écoulé entre les attentats et la publication du dessin et de l'impact d'un tel message dans une région politiquement sensible au terrorisme, à savoir le pays basque* »¹¹⁹.

c - Liberté d'union et d'association (art. 11 CEDH)

65. L'article 11 de la Conv. EDH protège la liberté d'association qui inclut le droit de fonder des syndicats ou des partis politiques. « *La protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association. Il en va d'autant plus ainsi dans le cas de partis politiques, eu égard à leur rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie. En tant que leurs activités participent d'un exercice collectif de la liberté d'expression, les partis politiques peuvent déjà prétendre à la protection des articles 10 et 11 de la Convention* »¹²⁰. Mais il ne s'agit pas non plus de protéger les partis extrémistes, car « *un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence, ou proposent un projet politique qui ne respecte pas une ou plusieurs règles de la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention* »¹²¹. Les Etats ont même l'obligation conventionnelle d'agir contre ce type de parti. Un Etat doit pouvoir raisonnablement empêcher la réalisation d'un projet politique, incompatible avec

¹¹⁸ Cour EDH, 20 oct. 2009, *Ûrper et autres c. Turquie*, n° 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 et 54637/07 ; Cour EDH, 17 juin 2014, *Aslan et Sezen c. Turquie*, n° 15066/05, § 2.

¹¹⁹ Cour EDH, 2 oct. 2008, n° 36109/03.

¹²⁰ Cour EDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie (TBKP) et autres c. Turquie*, § 44.

¹²¹ Cour EDH, 31 juil. 2001, *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 44.

les normes de la Convention, notamment en prononçant sa dissolution, avant qu'il ne soit mis en pratique par des actes concrets risquant de compromettre la paix civile et le régime démocratique dans le pays.

66. Les Etats peuvent restreindre la liberté d'association par des mesures dont ils apprécient la nature et la portée. Mais la Cour va apprécier l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était proportionnée au but légitime poursuivi, si elle répond à un besoin social impérieux et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants. Dans l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, parti dissous avant d'avoir pu entamer ses activités, la Cour a estimé que « *le nom que se donne un parti politique ne saurait, en principe, justifier une mesure aussi radicale que la dissolution [...]. Le parti ne visait pas, malgré son appellation, à établir la domination d'une classe sociale sur les autres, mais au contraire respectait les exigences de la démocratie, parmi lesquelles le pluralisme politique, le suffrage universel et la libre participation à la vie politique [...]. Aussi, en l'absence d'éléments concrets propres à démontrer qu'en choisissant de s'appeler "communiste", le TBKP avait opté pour une politique qui représentait une réelle menace pour la société ou l'Etat turcs, la Cour ne saurait-elle admettre que le moyen tiré du nom du parti puisse, à lui seul, entraîner la dissolution de celui-ci* »¹²². Rien ne permet de conclure, en l'absence de toute activité du TBKP, à une quelconque responsabilité de celui-ci pour les problèmes que pose le terrorisme en Turquie.

67. Dans les affaires *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*¹²³, elle a jugé après un examen approfondi des éléments dont elles disposaient, que les juridictions espagnoles étaient parvenues à la conclusion raisonnable qu'il existait un lien entre les partis requérants et l'ETA. Compte-tenu de la situation que connaissait l'Espagne depuis de nombreuses années en matière de terrorisme, ce lien pouvait être considéré objectivement comme une menace pour la démocratie. Elle a considéré que « *les projets des requérants étaient en contradiction avec la conception de la société démocratique et comportaient un fort danger pour la démocratie espagnole* », d'où la nécessité de dissoudre les partis en question. De même

¹²² Cour EDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie (TBKP) et autres c. Turquie*, op. cit., § 44.

¹²³ Cour EDH, 30 juin 2009, n° 25803/04 et 25817/04, n° 89 et 93.

doivent être interdites les candidatures aux élections dont les circonstances permettent de conclure de façon fondée que le groupement en cause continue les activités d'un parti politique déclaré illégal, dissous ou suspendu par une décision de justice sur le fondement des articles 10 et 11 de la Conv. EDH. La dissolution des partis politiques aurait été inutile s'ils avaient pu poursuivre *de facto* leur activité par le biais de groupements électoraux¹²⁴.

¹²⁴ Cour EDH, 30 juin 2009, *Batasuna*, *op. cit.*, § 8 ; Cour EDH, 30 juin 2009, *Etxeberría et autres c. Espagne*, n° 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03 ; Cour EDH, 30 juin 2009, *Herritarren Zerrenda c. Espagne*, n° 43518/04.