

***LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME
DANS LE DROIT ET LA JURISPRUDENCE
DE L'UNION EUROPÉENNE***

**Rapport final de la recherche réalisée avec le soutien de
la *Mission de recherche Droit et justice*.**

Emmanuelle Saulnier-Cassia (dir.)

**K. Abderemane
Amparo Alcoceba Gallego
Julie Alix
Luca d'Ambrosio
Anthony Amicelle
Vanessa Barbé
Pavel Bureš
Pascale Bertoni
Didier Blanc
Carolina Cerda-Guzman
Guillaume le Floch
Marie Gautier
Anke Geppert
Marie-Françoise Labouz
Jean-Christophe Martin
Antoine Mégie
Anne Millet-Devalle,
Isabelle Moulier
Laurent Neyret
Ana Peyró Llopis
Yves Poirmeur
Lucas Rodriguez de las Heras Ballell
Stella Sava-Albaladéjo
Vincent Tchen
Constantin Yannakopoulos**

Remerciements et avertissement

L'équipe qui s'est réunie et a travaillé pendant plus de deux ans sur l'appel à projet portant sur le thème de *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, remercie la Mission de recherche Droit et justice et ses directeurs pour leur confiance depuis l'appel à proposition retenu par son conseil scientifique en 2010, jusqu'à la remise du rapport final le 5 octobre 2012, en passant par l'acceptation d'un report de quelques mois. La disponibilité et la patience de Monsieur Georges Garioud et Madame Geneviève Ceyrac sont principalement visés.

Doivent également être particulièrement remerciés :

A Bruxelles, M. Gille de Kerchove, Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme et son équipe, ainsi que la délégation américaine pour l'Union européenne.

En région parisienne, tous les chercheurs qui ont contribué à donner des pistes de réflexion et des contacts, sans pour autant participer à la rédaction du rapport ; le CESDIP et son directeur qui ont proposé l'accès à leur riche fond documentaire dès les débuts de la recherche.

Enfin, la qualité formelle du rapport doit beaucoup au travail réalisé par Franck Yonan, docteur en droit du Centre de recherche *VIP* de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines.

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et justice (convention n° 09.27).

*Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.
Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.*

Liste des auteurs et intitulés de leurs contributions

Karine Abderemane, *Maître de conférences de droit public à l'Université François Rabelais de Tours*, « Solidarité et lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne ».

Amparo Alcoceba Gallego, *Maître de conférences du département de droit international public à l'Université Carlos III de Madrid*, « Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen ».

Julie Alix, *Maître de conférences de droit privé à l'Université du Maine, EA 4333*, « L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste en France ».

Luca d'Ambrosio, *Research Fellow, IEA de Nantes*, « La lutte contre le terrorisme en Italie au prisme des droits européens ».

Anthony Amicelle, *Chercheur au Peace Research Institute Oslo (PRIO) et Chercheur associé au Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP)*, « Désigner et Geler : les listes noires de l'Union européenne ».

Vanessa Barbé, *Maître de conférences de droit public à l'Université d'Orléans*, « L'appareil normatif et jurisprudentiel de la lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni. Les effets du droit de l'Union ».

Pavel Bureš, *Senior lecturer en droit international à la Faculté de droit, Université Palacký Olomouc, République tchèque, chercheur associé du VIP*, « La lutte contre le terrorisme en République tchèque sous l'influence du droit de l'Union européenne et du droit international – analyse juridique ».

Pascale Bertoni, *Maître de conférences HDR de droit public à l'Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines, membre du VIP*, « La lutte contre le blanchiment de capitaux à des fins terroristes ».

Didier Blanc, *Maître de conférences HDR de droit public à l'Université de Perpignan Via Domitia CERTAP EA 4216, chercheur associé du VIP*, « Les agences européennes Europol et Eurojust et la lutte contre le terrorisme. Entre coopération et... coopérations ».

Carolina Cerda-Guzman, *Maître de conférences de droit public à l'Université de Montpellier III*, « La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme ».

Guillaume le Floch, *Professeur de droit public à l'Université Rennes 1 (IDPSP)*, « L'influence des jurisprudences Kadi sur le régime des sanctions instauré par la résolution 1269 (1999) ».

Marie Gautier, *Professeur de droit public*, « La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme ».

Anke Geppert, *Administrateur de droit allemand au service Recherche et Documentation de la Cour de justice de l'Union européenne*, « Quelques aspects juridiques des effets du droit de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme en Allemagne ».

Marie-Françoise Labouz, *Professeur de droit public à l'Université de Versailles-St-Quentin-en-Yvelines, Chaire Jean Monnet ad personam, membre du VIP*, « Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les Etats- Unis ».

Jean-Christophe Martin, *Professeur de droit public à l'Université Nice Sophia Antipolis, Centre d'études du droit des organisations européennes (CEDORE)*, « Le cadre juridique européen de la protection des victimes d'actes de terrorisme ».

Antoine Mégie, *Maître de conférences de science politique à l'Université de Rouen*, « Extradier en dans l'Union européenne au nom de la lutte contre le terrorisme : adoption et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen ».

Anne Millet-Devalle, *Maître de conférences HDR de droit public à l'Université Nice Sophia Antipolis, EA 3180 GEREDIC*, « L'adaptation du droit de l'Union européenne en matière de contrôle des exportations d'armements et de biens et technologies à double usage à la lutte contre le terrorisme ».

Isabelle Moulier, *Maître de conférences de droit public à l'École de droit de l'Université d'Auvergne*, « L'interdiction internationale de la torture à l'épreuve de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme. Analyse du cadre juridique applicable et de la réaction des organes européens à la pratique des restitutions extraordinaires ».

Laurent Neyret, *Professeur de droit privé à l'Université d'Artois*, « La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne ».

Ana Peyró Llopis, *Maître de conférences de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise et Chercheur à l'Université Jaume I de Castellón en Espagne*, « La lutte contre le terrorisme en Espagne : des instruments internationaux au service des intérêts nationaux ».

Yves Poirmeur, *Professeur de science politique à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, membre du VIP*, « La lutte contre les organisations terroristes au prisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'association des partis politiques ».

Lucas Rodriguez de las Heras Ballell, *Docteur en droit, Assistant du département de droit international public à l'Université Carlos III de Madrid*, « Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen ».

Emmanuelle Saulnier-Cassia, *Professeur de droit public, Directrice du centre V.I.P.*, « Propos introductifs : De la lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne » ; « Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen » ; « La coordination de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme : une mission pour un Coordinateur ? ».

Stella Sava-Albaladéjo, *Doctorante-monitrice à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, membre du VIP*, « Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen ».

Vincent Tchen, *Professeur à l'Université du Havre, membre du VIP*, « Le droit des étrangers à l'épreuve de la lutte européenne contre le terrorisme ».

Constantin Yannakopoulos, *Professeur (3^e échelon) à la Faculté de droit d'Athènes, Ancien référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes, chercheur associé du VIP*, « L'implication du droit de l'Union européenne et du droit international dans la lutte contre le terrorisme en Grèce ».

Sommaire

Remerciements et avertissement	
Liste des auteurs et intitulés de leurs contributions	
Sommaire	
Liste des sigles et principales abréviations utilisés	
Liste des principaux textes relatifs à la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	
Table des principaux arrêts portant sur la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	

Propos introductifs :

De la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	13
---	-----------

Première partie :

Les actions contre le terrorisme dans l'Union européenne	22
I-1 - Définir le terrorisme et organiser la lutte	24
I-2 - Encadrer la lutte et sanctionner le terrorisme	128

Seconde partie :

Les interactions de la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	272
II-1 - Influences et coopérations externes	274
II-2 - Inspirations et harmonisations internes	370

<u>Conclusion générale</u>	497
-----------------------------------	------------

Bibliographie indicative	
Annexes	
Table des matières	

Liste des sigles et principales abréviations utilisés

ACTA : Accord commercial anti-contrefaçon
ADM : Armes de destruction massive
Aff. (jtes) : affaire(s) (jointes)
AIEA : Agence internationale de l'énergie atomique
ALPC : Armes légères et de petit calibre
BOE : *Boletín Oficial del Estado* (Journal officiel espagnol)
BTDU : Biens et technologies civils à double usage
c. : contre
CE : Communauté(s) européenne(s)
CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
COREPER : Comité des représentants permanents
Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme
CP : Code pénal
CPE : Coopération politique européenne
CSNU : Conseil de sécurité des Nations Unies
DG RELEX : Direction générale des relations extérieures de la Commission européenne
GAFI : Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux
EAW : Mandat d'arrêt européen (European Arrest Warrant)
ELSJ : Espace de liberté, sécurité et justice
ETA : Organisation terroriste basque (Euskadi Ta Askatasuna)
EURATOM : Communauté européenne de l'énergie atomique.
EUROPOL : Office européen de police
GAFI : Groupe d'action financière internationale
Grde ch. : Grande chambre
JAI : Justice et affaires intérieures
JO : Journal officiel des Communautés européennes ou de l'Union européenne
JORF : Journal officiel de la République française
nep : non encore publié
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
OCI : Organisation de la conférence islamique
OMPI : Organisation des Moudjahidines du peuple iranien
ONG : Organisation(s) Non Gouvernementale(s)
ONU : Organisation des Nations Unies
OSCE : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
PESC : Politique étrangère et de sécurité commune
POAC : Proscribed Organisations Commission Appeal
SEAE : Service européen d'action extérieure
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE : Tribunal de première instance des communautés européennes
TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TRACFIN : Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins
TREVI (Groupe) : Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale
Trib. (UE) : Tribunal de l'Union européenne (depuis le traité de Lisbonne)
TUE : Traité sur l'Union européenne
UE : Union européenne
UNIDIR : Institut des Nations unies pour la recherche sur le désarmement
V. : Voir

Liste des principaux textes relatifs à la lutte contre le terrorisme

Conseil de l'Union européenne

Règlements

Règlement 881/2002/CE du 27 mai 2002 *instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaïda et aux Taliban*, JO L 139 du 29 mai 2002, p. 9.

Règlement 2580/2001/CE du 27 décembre 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*, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 70.

Directives

Directive 2004/80/CE du 29 avril 2004 *relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité*, JO L 261 du 6 août 2004, p. 15.

Décisions-cadres

Décision-cadre 2001/220/JAI du 15 mars 2001 *relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales*, JO L 82 du 22 mars 2001, p. 1.

Décision-cadre 2002/465/JAI du 13 juin 2002 *relative aux équipes communes d'enquête*, JO L 162 du 20 juin 2002, p. 1.

Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 *relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 164, 22 juin 2002, p. 3, [en annexe au présent rapport](#).

Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 *relative au mandat européen et aux procédures de remise entre Etats membres*, JO L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 *modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 330 du 9 décembre 2008, p. 21, [en annexe au présent rapport](#).

Décision-cadre 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 *relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales*, JO L 350 du 30 décembre 2008, p. 72.

Décisions et actes

Acte 95/C316/01 du 26 juillet 1995 *portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol)*, JO C 316 du 27 nov. 1995, p. 1.

Décision 1999/C 26/06 du 3 décembre 1998 *chargeant Europol de traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités de terrorisme portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes ainsi qu'aux biens*, JO C 26 du 3 janvier 1999, p. 22.

Décision 2002/187/JAI du 28 février 2002 *instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité*, JO L 63 du 6 mars 2002, p. 1.

Décision 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005 *concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, JO L 68 du 15 mars 2005, p. 44.

Décision 2005/671/JAI du 20 septembre 2005 *relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes*, JO L 253 du 29 sept. 2005, p. 22.

Décision 2009/371/JAI du 6 avril 2009 *portant création de l'Office européen de police (Europol)* JO L 121 du 15 mai 2009, p. 37.

Décision 2011/872/PESC du 22 décembre 2011 *portant mise à jour de la liste des personnes, groupes et entités auxquels s'appliquent les articles 2, 3 et 4 de la position commune 2001/931*, JO L 343, du 23 déc. 2011, p. 54.

Positions communes

Position commune 2001/930/PESC du 27 décembre 2001 *relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 344 du 28 décembre 2001, p. 44.

Position commune 2001/931/PESC du 27 décembre 2001 *relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme*, JO L 344 du 28 décembre 2001, p. 93.

Position commune 2002/402/PESC du 27 mai 2002 *concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant les positions communes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC et 2001/771/PESC*, JO L 139 du 29 mai 2002, p. 4.

Autres

30 novembre 2005, *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme*, doc. 14469/4/05, 17 p.

Commission européenne

Communications

Communication au Conseil et au Parlement européen du 23 octobre 2007 *sur le rôle d'Eurojust et du Réseau Judiciaire européen dans le cadre de la lutte contre le crime organisé et le terrorisme dans l'Union européenne* COM (2007) 644 final, p. 8.

Communication 20 juillet 2010 : « *La politique antiterroriste de l'UE : principales réalisations et défis à venir* », COM (2010) 386 final.

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

Autres

Proposition de décision-cadre du 19 septembre 2001 *relative à la lutte contre le terrorisme*, COM (2001) 521 final.

Rapport du 6 novembre 2007 *fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*, COM(2007) 681 final.

Parlement européen

Résolutions

Résolution 2010/2311(INI) du 14 décembre 2011 *sur la politique antiterroriste de l'UE : principales réalisations et défis à venir*.

Résolution 2012/2033(INI) du 11 septembre 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens: suivi du rapport de la commission TDIP du PE*.

Autres

Recommandation 2001/2016 (INI) du 5 septembre 2001, *sur le rôle de l'Union dans la lutte contre le terrorisme*, JO C 72 E du 21 mars 2001, p. 135.

Actes adoptés en co-décision

Parlement européen et Conseil, Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 15.

Table des principaux arrêts portant sur la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne

Tribunal de première instance des Communautés européennes / Tribunal de l'Union européenne

TPICE, 12 déc. 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, aff. T-228/02, Rec. p. II-04665.

TPICE, 11 juil. 2007, *Stiching Al-Aqsa c. Conseil*, aff. T-327/03, Rec. p. II-00079.

TPICE, 30 sept. 2009, *Jose Maria Sison c. Conseil*, dit Sison III, aff. T-341/07, Rec. p. II-3625.

TPICE, 2 sept. 2009, *Mohamed El Morabit c. Conseil*, aff. jtes T-37/07 et T-323/07, Rec. p. II-00131.

Trib. UE, 30 sept. 2010, *Kadi c. Commission*, dit Kadi II, aff. T-85/05, Rec. p. II-00005.

Trib. UE, 29 sept. 2010, *Al-Bashir Mohammed Al-Faqih e.a. c. Conseil*, aff. jtes T-135/06 à T-138/06, Rec. p. II-00208.

Cour de justice des Communautés européennes / Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, Rec. p. I-05285.

CJCE, 27 févr. 2007, *Gestoras Pro Amnistia c. Conseil*, aff. C-354/04 P, Rec. p. I-01579.

CJCE, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-06351.

CJUE (Grde ch.), 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla*, aff. jtes C-175/08, 176/08, et 179/08, Rec. p. I-01493.

CJUE, 29 avr. 2010, *M e.a. c. Her Majesty's Treasury*, aff. C-340/08, Rec. p. I-03913.

CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, Rec. p. I-05667.

CJUE (Grde ch.), 9 nov. 2010, *Allemagne c. B et D*, aff. jtes C-57/09 et C-101/09, Rec. p. I-10979.

CJUE (Grde ch.), 16 nov. 2011, *Bank Melli Iran c. Conseil*, aff. C-548/09 P, nep au Rec.

CJUE (Grde ch.), 19 juil. 2012, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-130/10, nep au Rec.

Propos introductifs

De la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne

Kampf gegen den Terrorismus ; fight against terrorism ; βορδα c meporuzma ; terrorisembekæmpelse ; la lucha contra el terrorismo ; terrorismivastane võitlus ; lutte contre le terrorisme ; terrorismin vastainen toiminta ; αντιτρομοκρατική πολιτική ; a terrorizmus elleni küzdelem ; frithsceimhlitheoireacht ; lotta contro il terrorismo ; terorisma apkarošana ; kova su terorizmu ; glieda kontra t-terrorizmu ; bestrijding van het terrorisme ; zwalczanie terroryzmu ; luta contra o terrorismo ; boj proti terorizmu ; combaterea terorismului ; boj proti terorizmu ; terrorisembekämpning...

Quelle que soit la langue utilisée, la lutte contre le terrorisme est ou est entrée au cœur des préoccupations des Etats membres de l'Union européenne, avant et/ou après que l'Union européenne se soit saisie de la question.

Cette question ne cesse en effet d'être d'une brûlante actualité, non seulement sur le plan factuel – ce que l'on ne peut que déplorer – mais aussi sur le plan juridique.

A l'heure où ce rapport est sous presse, en France, un nouveau projet de loi contre le terrorisme est prêt à être examiné devant les deux assemblées parlementaires ; ce qui montre que l'importance et la rémanence du thème font fi des alternances politiques, lesquelles n'empêchent pas un syndrome de législation de réaction (post « *tuerie de Toulouse* » en l'espèce¹).

De même, alors que les 26 chercheurs réunis pour la rédaction de ce rapport, avaient déjà rendu leurs contributions, la Cour européenne des droits de l'homme publiait une

¹ Sachant que l'Union européenne a également très vite réagi à « *l'affaire Mohamed Merah* », v. les conclusions du Conseil *sur la lutte contre la radicalisation et les mesures visant à inciter les terroristes à renoncer à leurs activités*, des 26 et 27 avril 2012, 3 p. – un mois après la « *tuerie* » : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/jha/129812.pdf.

décision particulièrement importante², tant par son nombre de pages que par les apports de son dispositif. L'affaire dans laquelle la décision a été rendue concerne les conséquences pour les individus de mesures nationales de lutte contre le terrorisme et indirectement le droit de l'Union européenne – à travers les restrictions à la liberté de circulation d'un ressortissant de l'Union, bien que l'Etat condamné soit la Suisse, tenue comme les Etats membres de l'Union au respect des règles de liberté de circulation – et qui pose une nouvelle fois la question des rapports de normes, de systèmes ou d'ordres juridiques, sur lesquels nous reviendrons.

C'est dire, au regard de cette actualité juridique et juridictionnelle récurrente, que l'appel à projet de la *Mission Droit et justice* publié en 2009 conserve toute sa pertinence, et en dépit des publications, si ce n'est nombreuses dans la discipline juridique, du moins existantes et déjà particulièrement riches sur le sujet³, des choses restaient à dire ou à approfondir pour parfaire la connaissance du droit et de la jurisprudence de l'Union européenne en matière de lutte contre le terrorisme.

Le défi à relever n'en était pas moins exigeant tant le champ d'étude restait et demeure vaste.

Nous ne prétendons pas par ce rapport être parvenus à l'exhaustivité, mais au moins apporter des outils au service de cette meilleure connaissance du phénomène terroriste à travers l'unique prisme juridique, non détaché pour autant des réalités politiques.

Tremete lectores !

Si comme tout bon juriste, l'on s'attache à définir les termes du sujet et ici celui de terrorisme, le lecteur après le chercheur, aura toute raison de *trembler* en revenant pour commencer à l'origine latine du terme⁴, *terror*, qui vient de *terrere* (effrayer, épouvanter), qui a la même racine que *tremere* (trembler).

L'histoire⁵ de France est riche de périodes suscitant la crainte. La Terreur a même donné son nom, à la fin du XVIIIème, à un régime court dans le temps (septembre 1793 à

² Cour EDH (Grde ch.), 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, req. n° 10593/08. V. en amont de la lecture de la décision : H. Mock, A. Borghi, « Vers une sortie du labyrinthe dans les listes anti-terroristes de l'ONU ? L'affaire *Nada*, en instance à Strasbourg, à la lumière de l'arrêt *Al Barakaat et Kadi* de la CJCE (3 sept. 2008) », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges Petros J. Pararas*, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 2009, 578 p., pp. 393-414.

³ A la différence peut être des sciences humaines et sociales qui le considèrent comme un « sujet « sale » » (selon l'expression de M. Wiviorka, in S. Mesure et P. Savidan (sous la dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, entrée « Terrorisme », p. 1150) le terrorisme est considéré comme un sujet de recherche scientifique par les juristes. Nous ne saurions que trop recommander, en particulier, parmi les publications les plus récentes en langue française : Ch. Girard (sous la dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruylant, 2012, 332 p. ; J. Auvret-Finck (sous la dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme. Etat des lieux et perspectives*, Larcier, Bruxelles, 2010, 331 p. ; J.-M. Sorel, S. Zasova, *L'internationalisation du jugement des actes de terrorisme international*, Pedone, 2011, 120 p.

Et parmi les publications en langue anglaise : v. V. Ramraj, M. Hor, K. Roach, G. Williams (ed.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2012, 691 p. ; A. M. Salinas de Frias, K. Lh Samuel, Nigel D. White (ed.), *Counter-terrorism. International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, 1156 p.

⁴ V. davantage de précisions dans le *Dictionnaire historique de la langue française* d'A. Rey, Le Robert, tome 3, 2006.

⁵ V. l'ouvrage incontournable d'H. Laurens et M. Delmas Marty, *Terrorismes, histoire et droit*, CNRS éditions, 2010, 337 p., notamment sur ces aspects historiques.

juillet 1794), mais bien connu de l'imaginaire collectif tant il fut terrible par ses mesures d'exception et ses actes de cruauté légalisée, permettant ainsi un monopole légal de la violence.

Si l'on se cantonne au territoire européen, de nombreux autres Etats ont vu apparaître en leur sein des régimes de terreur politique ou « *terrorisme d'Etat* », et/ou des mouvements qui seront qualifiés à partir du tout début du XIX^{ème} de terroristes, comme ceux se réclamant de l'anarchisme, se caractérisant tous par des actions violentes créant un climat d'insécurité pour les populations et/ou les forces politiques ou gouvernementales en place. Il suffit à l'historien, autant qu'au citoyen, d'entendre la prononciation de simples acronymes comme ETA ou IRA, pour voir surgir de manière pavlovienne des images de violence aveugle.

Le juriste et le politiste ont inévitablement été conduits à analyser ou à proposer des traductions des réactions institutionnelles attendues à la suite de ces actes de violence. Le choix du vocabulaire est donc essentiel. C'est peu dire qu'à l'époque contemporaine, les adjectifs ajoutés au terrorisme ou le terrorisme devenant lui-même adjectif, les expressions imagées, les métaphores, voire les métonymies ne manquent pas pour faire référence à la chose, que certains ont tendance à vouloir transformer en « *concept* »⁶.

Terrorisme national, terrorisme d'Etat, terrorisme politique, terrorisme idéologique, terrorisme de guérilla, terrorisme séparatiste, terrorisme religieux, terrorisme international, terrorisme global, hyper-terrorisme, contre-terrorisme, anti-terrorisme, vagues terroristes, péril terroriste, guerre contre le terrorisme (*war on terrorism*), croisade contre le terrorisme, lutte contre le terrorisme, sanctions intelligentes (*smart sanctions*) contre le terrorisme, cyber-terrorisme, narcoterrorisme, bio ou éco-terrorisme...

Et si l'on quitte ce nom dérivé de la terreur, nombre synecdoques rendent efficace la représentation du phénomène. Des villes – New-York, Madrid, Londres –, des modes de transport – les « *avions suicides* » (sic), et même une date – et cela sans doute pour la première fois de l'histoire – comportant seulement un jour et un mois, avec une résonance aussi grande en français qu'en langue anglaise – 11 septembre ou *September Eleventh* en lettres et en chiffres, 9-11 – qui aurait pour effet d'emblée de confier à l'événement « *un statut historique* »⁷ ...

L'observateur, qu'il soit européen ou américain, juriste ou pas, ne manque pas d'être saisi par la force de cette terminologie abondante renvoyant à un même phénomène et suscitant les mêmes réactions.

Si selon une formule que l'on prête à Eschyle, « *la violence engendre la violence* », l'observation des réactions institutionnelles officielles, qu'elles émanent de petits ou grands Etats, quels que soient les continents étudiés, conduit en effet à continuer à s'interroger sur l'instinctive empathie des régimes en place – démocratiques, comme par définition despotiques – à entretenir une certaine insécurité, soit en s'octroyant le monopole de la maîtriser, soit en la justifiant comme réponse à une terreur plus grande.

Comme l'écrivait déjà Montaigne, « *chacun appelle barbarie, ce qui n'est pas de son usage* »⁸ et les Etats occidentaux, comme on le sait bien avant le temps de Montaigne, et bien après, ont notamment *via* les guerres dites de religions, les colonisations, terrorisé et décimé

⁶ A. Bauer, J-L Bruguière, *Les 100 mots du terrorisme*, PUF, Que sais-je, 2010, p. 5.

Quitte à le trouver « *flou* » comme G. Borradori in : J. Derrida, J. Habermas, *Le « concept » du 11 septembre. Dialogues à New-York (octobre-décembre 2001) avec Galilée*, 2004, 244 p., spéc. p. 20. N'y a-t-il pas alors antonymie ?

⁷ G. Borradori, *ibid.*, p. 211.

⁸ *Essais*, I, chap. XXX- *Des cannibales*, La Pléiade, p. 211. Et Montaigne de poursuivre : « *Comme de vray nous n'avons autre mire de la vérité, et de la raison, que l'exemple et idée des opinions et usances du pais où nous sommes* ».

des populations de manière barbare, sur des fondements légaux ou moraux, parfois les deux... L'image donnée par Nietzsche en 1886 de la morale européenne fondée sur la crainte contenterait sans doute aujourd'hui de nombreux opposants à la construction de l'Union européenne : « *Celui qui examine la conscience de l'Européen d'aujourd'hui trouvera toujours à tirer des mille replis et des mille cachettes morales le même impératif, l'impératif de la terreur du troupeau* »⁹.

S'il est peu contestable qu'elle puisse s'appliquer à l'histoire encore récente de certains pays du continent européen, cette réflexion peut aussi interroger l'observateur examinant le droit et la jurisprudence s'appliquant au terrorisme.

Et cet observateur doit s'attacher aux mots et à leur sens, à l'interprétation qui leur est donnée, tant dans les textes que dans les imaginaires collectifs, car c'est à ces imaginaires que ceux que l'on qualifie de « *terroristes* » s'adressent, et cela de plusieurs manières. L'explosion aérienne de symboles architecturaux américains s'est incontestablement ancrée dans tous les sens du passant comme du téléspectateur qui a pu, à l'envi, s'imposer ou repasser ces images et ces sons, l'écran seul empêchant de ressentir physiquement l'odeur et les brûlures des fumées, autant de sensations auxquelles chacun était pourtant habitué *via* des œuvres de fiction. De manière différente, mais toute aussi terrifiante, la dissémination d'agents chimiques, est invisible, silencieuse, inodore, impalpable. Et pourtant, la révélation de la circulation de quelques enveloppes contenant de l'anthrax, a suscité dans les esprits une crainte toute aussi terrible que l'explosion des avions éventrant les *Twin Towers*, l'explosion de bombes dans des trains de banlieue espagnols ou dans le métro londonien, car elle représente une terreur pour l'avenir.

Jacques Derrida, quelques semaines après le 11 septembre, a bien exprimé ce traumatisme créé par l'idée de « *la possibilité à venir du pire* »¹⁰, qui n'a pas qu'une résonance philosophique, mais également des conséquences juridiques puisque cette anticipation ou ce traitement de la crainte ne peut passer que par des mesures de prévention devant, ou pouvant, être mises en place pour limiter les risques.

La violence engendrant la violence, écrivions nous quelques lignes plus haut, ce lieu commun tiré de la pensée du dramaturge grec se vérifie dans les réactions institutionnelles contemporaines aux événements terroristes.

La « *guerre* » américaine contre le terrorisme et « *l'axe du mal* » (et pire en anglais « *axis of Evil* ») a été lancée après le 11 septembre 2001, pour aboutir à « *l'équilibre de la terreur* ». Ces formules ont été justement critiquées. Le propre de la guerre n'est-il pas de la faire face à un ennemi connu ? Le propre de la guerre n'est-il pas d'utiliser la violence contre des cibles qui ne soient pas civiles ? Le paradoxe n'est-il pas insupportable que le monde occidental qui a formé et équipé de nombreux auteurs d'attentats terroristes déclare la guerre à ces ennemis devenus invisibles ? Que dire si l'on revient au droit, de cet usage de la violence par un Etat condamné

⁹ F. Nietzsche, *Par-delà bien et mal*, Folio essais, 1987, § 201.

¹⁰ J. Derrida, J. Habermas, *Le « concept » du 11 septembre. Dialogues à New-York (octobre-décembre 2001) avec G. Borradori*, Galilée, 2004, 244 p., ici spéc. p. 149. J. Derrida fait plus loin (p. 154, puis p. 162) une projection de la peur provoquée par le terrorisme du futur en imaginant que la techno-science, c'est-à-dire notamment le terrorisme informatique (souvent qualifié de cyber-terrorisme) permettra des attaques non sanglantes qui nous feront nous dire un jour que le 11 septembre c'était le bon vieux temps, relégué à un « *théâtre archaïque de la violence* » et pose la question « *Ne peut-on terroriser sans tuer ?* ». Certes oui, mais ce n'est pas pour autant que l'image de milliers de corps déchiquetés créerait une émotion moins intense et moins terrorisante qu'une intrusion silencieuse dans nos données sensibles par exemple.

par la Cour internationale de justice pour « *usage illicite de la force* »¹¹, c'est-à-dire de ce qui est communément appelé le « *terrorisme international* » ?

Albert Camus, « *l'européen* » dénonçait déjà les mêmes maux produisant les mêmes effets – s'agissant alors de la « *guerre* » d'Algérie – qui ont pu être résumés en cette affirmation : « *le nihilisme de l'efficacité du terrorisme culmine quand les rôles de bourreaux et de victimes deviennent interchangeables* »¹². En effet le « *terrorisme d'Etat* » a été en tous temps et tous lieux projeté tel un boomerang contre ses auteurs par ses premières victimes qui y répliquant et le dénonçant sont qualifiées se transforment et/ou se voient qualifiées de terroristes.

Noam Chomski¹³, l'« *américain* », Harold Pinter¹⁴, l'« *anglais* », et beaucoup d'autres intellectuels contemporains ont aussi dénoncé avec une très grande virulence les réactions des dirigeants des Etats-Unis, autant de réflexions pouvant dépasser les événements conjoncturels découlant du « *11 septembre* ».

Les Etats-Unis, comme les Etats membres de l'Union européenne et l'Union européenne n'ont pas seulement une politique *anti-terroriste* comme l'on pourrait être tenté de le dire et l'écrire naturellement, mais sont en réalité animés, en tout cas pour les premiers, d'une politique de *contre-terrorisme*, qu'assume complètement le choix du vocabulaire anglo-saxon qui emploie plus facilement cette terminologie (*counter terrorism*) est caractérisée par « *l'utilisation de moyens analogues à ceux des terroristes pour lutter contre eux* »¹⁵. « *Contre* » présente donc un autre degré que « *anti* ».

Droit et jurisprudence de l'Union européenne v. terrorisme¹⁶

Si l'on fait traditionnellement remonter l'apparition de la préoccupation de l'Union européenne pour le terrorisme aux réunions des groupes TREVI¹⁷, mis sur pieds en réaction aux attentats nombreux sur le sol européen¹⁸, c'est un fait non plus contesté que toute la dynamique à proprement parler juridique en matière de lutte contre le terrorisme a été imposée de manière beaucoup plus récente au niveau international par les Etats-Unis.

¹¹ On fait référence ici aux attaques par les Etats-Unis du Nicaragua qui ont fait l'objet de plusieurs condamnations, tant de la CIJ que de l'Assemblée générale des Nations-Unies. V. CIJ, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Rec. 1986, p. 14. V. également, Nations Unies, Assemblée générale, Résolution A/RES/38/10 du 11 nov. 1983 relative à *la situation en Amérique centrale : menaces contre la paix et la sécurité internationales et initiatives de paix*.

¹² D. Salas in : A. Camus, *Réflexions sur le terrorisme*, avec les contributions de J. Levi-Valensi, A. Garapon, D. Salas, Ed. Nicolas Philip, 2002, 249 p.

¹³ N. Chomski, *Autopsie des terrorismes. Les attentats du 11 septembre et l'ordre mondial*, Agone, 2011, 216 p.

¹⁴ H. Pinter, « Discours de Turin, à l'occasion de la remise d'un grade honorifique », 27 novembre 2002 in : *La Guerre*, Gallimard, 2011, 30 p. : « Les atrocités de New York étaient prévisibles et inévitables. C'était une opération de représeailles contre des actes de terrorisme d'Etat constants et systématiques, perpétrés par les Etats-Unis depuis tant d'années, dans toutes les régions du monde », p. 25. V. aussi p. 24 : « Les Etats-Unis croient que les trois mille morts de New York sont les seules morts qui compte, les seules morts qui ont de l'importance.... ».

¹⁵ A. Ray, *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit.

¹⁶ Dans ce paragraphe, les idées développées sont volontairement rattachées à des thèmes ou passages des différentes contributions du rapport dont les auteurs sont cités en bleu entre parenthèses.

¹⁷ Les ministres en charge de la sécurité intérieure ont convenu de se réunir à partir de 1975 de manière informelle, et ont dénommé leur groupe *Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme, Violence Internationale*, qui a connu plusieurs étapes et formations. Pour plus de détails : E. Gindre, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, Fondation Varenne, LGDJ, 2009, 524 p., § 18.

¹⁸ Fraction Armée rouge en Allemagne, Brigades rouges en Italie, ETA en Espagne, IRA au Royaume-Uni...

L'internationalisation des objectifs américains prioritaires s'est produite en un temps record *via* le Conseil de sécurité des Nations Unies, venant ainsi confirmer l'idée selon laquelle « *les Etats-Unis ont le pouvoir d'accréditer auprès du monde une autoreprésentation : ils représentent l'ultime unité présumée de la force et du droit, de la plus grande force et du discours du droit* »¹⁹. Les États membres de l'Union européenne et les institutions de cette dernière se raccrochant finalement en fin de wagon, qui, pour mettre en œuvre les volontés internationalo-américaines, qui, pour coloriser à la teinte européenne ou nationale les mesures préventives et répressives de lutte contre le terrorisme, comme par exemple le contrôle des exportations d'armements et de biens et technologies à double usage (A. Millet-Devalle).

Le terrorisme peut-il dès lors se voir reconnaître une certaine spécificité dans l'Union européenne sous contrainte, notamment pour le définir juridiquement (L. Rodriguez de las Heras Ballell, A. Alcoceba Gallego, E. Saulnier-Cassia, S. Sava-Albaladéjo) ; l'histoire du terrorisme dans cette organisation internationale *ad hoc* en deviendrait-elle pour autant « *obscure* »²⁰ et son intervention dans la lutte, condamnée à n'être qu'un « *tigre de papier* »²¹ ?

La lutte contre le terrorisme est certainement un exemple révélateur, après le 11 septembre 2001, d'une instrumentalisation du Conseil de sécurité par les Etats-Unis pour contraindre – pour ne pas dire coincer – juridiquement de manière assez inédite les États membres, comme en témoignent par exemple la pratique dites des « *restitutions extraordinaires* » (I. Moulier), les termes de la résolution 1373 obligeant ces derniers à adhérer à la Convention pour la répression du financement du terrorisme, mais aussi plus tard par la négociation de l'accord PNR (M-F. Labouz) qui a confirmé une fois de plus la fable de La Fontaine, le pot de fer²², écrasant finalement le prudent et vaillant Parlement européen après lui avoir promis sa protection²³.

Ce mouvement à sens largement unique, consistant en grande partie en des « *copier-coller* » (A. Amicelle) a produit des conséquences inattendues au niveau de l'Union européenne, en particulier sur son processus décisionnel. En effet, le temps de la prise de décision européenne soumis habituellement à un rythme assez lent, a été accéléré par les événements – de 2001, puis de 2004 et 2005, le territoire européen étant cette fois touché – qui ont produit incontestablement un coup d'accélérateur sur l'adoption de mesures en cours, comme le mandat d'arrêt européen (A. Mégie), nonobstant l'existence de certaines lacunes ou insuffisances sur des aspects pourtant essentiels comme la protection des victimes d'actes de terrorisme (J.-C. Martin).

Le tissu institutionnel classique a dû également s'adapter, non sans mal, en acceptant, bon gré mal gré l'intervention d'acteurs nouveaux dans le champ de la sécurité européenne, finalement institutionnalisés comme les agences Europol ou Eurojust (D. Blanc), ou toléré

¹⁹ J. Derrida *in* : *Le « concept » du 11 septembre. Dialogues à New-York, op. cit.*, p. 146.

²⁰ M. Moucheron, « Le terme terrorisme et la construction européenne : une histoire obscure », chronique de criminologie, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004, n° 9-10, p. 889.

²¹ O. Bures, « EU Counterterrorism Policy : A Paper Tiger ? », *Terrorism and Political Violence*, March 2006, vol. 18, I, pp. 57-78.

²² V. utilisant la métaphore : S. Peyrou, « Droits fondamentaux *versus* diplomatie, ou le pot de terre contre le pot de fer : réflexions sur la conclusion de l'accord PNR entre les Etats-Unis et l'Union européenne », *Europe*, juil. 2012, Etude, p. 5.

²³ Osons quelques extraits cruels de la fable pour achever la métaphore : « (...) *Si quelque matière dure, Vous menace d'aventure, Entre deux je passerai, Et du coup vous sauverai (...)* Cette offre le persuade (...) par son compagnon il fut mis en éclats, Sans qu'il eût lieu de se plaindre ».

pour un temps non défini, à l'instar du Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme (E. Saulnier-Cassia).

Identifié depuis la Stratégie européenne visant à lutter contre le terrorisme de 2005²⁴, comme l'une des menaces pesant sur la sécurité de l'Union européenne, le terrorisme, a suscité une avalanche de textes à portée normative et déclarative visant à couvrir tous les champs matériels – des armes et explosifs classiques au bio-terrorisme (L. Neyret)²⁵ en passant par le nucléaire²⁶ – techniques²⁷, géographiques²⁸, temporels possibles de la lutte, s'imposant tant à elle-même qu'aux Etats membres, sommés finalement d'agir en application du principe, si ce n'est d'un réflexe, de solidarité (K. Abdérémane).

A l'exception d'une affaire intéressante en matière de droit des étrangers (V. Tchen), la jurisprudence de la CJUE est essentiellement composée de réponses aux contestations qui sont nées de l'application du régime de sanctions appliquant les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, c'est-à-dire aux contestations résultant de l'inscription d'individus ou de groupements sur des listes dites noires. Si la soumission de ces listes prises au niveau de l'Union européenne a représenté « *un défi* »²⁹ pour les juges de l'Union européenne, notamment face à la ténacité de certains requérants – comme les Moudjahidin du peuple d'Iran qui ont attendu plus de six ans et trois décisions en leur faveur pour obtenir satisfaction, c'est-à-dire leur retrait de la liste³⁰ –, et dans la mesure où plusieurs contributions reviennent de manière inévitable sur l'affaire *Kadi* et ses suites, il n'a pas été jugé utile de rédiger un nouveau commentaire sur cette jurisprudence de l'Union par ailleurs déjà beaucoup commentée³¹, mais

²⁴ 30 nov. 2005, *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme*, doc. 14469/4/05, 17 p.

²⁵ Sont inclus par les textes et regroupés sous l'acronyme CBRN, les agents biologiques, chimiques, radiologiques et nucléaires. Ils font l'objet d'une législation européenne spécifique. Pour une vue synthétique, v. S. Lavaux, « La politique européenne en matière de lutte contre le terrorisme CBRN », *Cahiers de droit européen*, mai 2010, pp. 337-386.

²⁶ Le centre *Versailles Saint-Quentin Institutions Publiques* dans lequel s'est déroulée la présente recherche et rédaction du présent rapport est également à l'origine d'une autre recherche collective portant sur le droit public et le nucléaire dans laquelle des aspects relevant du droit de l'Union européenne seront également présents : O. Guézou, S. Manson, *Droit public et nucléaire*, Bruylant, 2013, à paraître.

²⁷ V. par exemple dans le maquis de textes, le plan d'action de l'UE *visant à lutter contre la radicalisation et le recrutement de terroristes*, doc. 15244/08 EU RESTREINT.

²⁸ La coopération en matière de lutte contre le terrorisme est désormais systématiquement intégrée dans les accords externes que conclut l'Union européenne, ainsi que l'exige l'objectif 7 de la Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du 25 mars 2004, non publiée (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/79639.pdf). C'est le cas par exemple de l'Accord révisé de Cotonou de 2005 (JO L 209 du 11 août 2005, p. 27.) ; du Code de conduite euro-méditerranéen en matière de lutte contre le terrorisme (annexé à Conseil de l'Union européenne, Note de transmission du 29 nov. 2005 portant sur le sommet organisé à l'occasion du 10^{ème} anniversaire du partenariat euro-méditerranéen, doc. EURO-MED 2/05 disponible sur le site internet du Conseil, à l'adresse : <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/05/st00/st00002.fr05.pdf>).

Elle est également imposée dans les plans d'action de la politique de voisinage de l'Union européenne.

²⁹ H. Labayle, R. Mehdi, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les black lists de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTD Eur.*, avr.-juin 2009, n° 2, p. 231.

³⁰ V. sur cette jurisprudence et la lenteur de la procédure : G. Bachoué, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme : le point de vue communautaire », in : S. Niquège, *L'infraction pénale en droit public*, 2010, 214 p., spéc. pp. 164-185.

³¹ V. entre autres : S. Zasova, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RTDH*, 2008, vol. 74, pp. 481-505 ; P. Cassia, F. Donnat, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *RFDA*, 2008, p. 1204 ; D. Simon, A. Rigaux, « Le jugement des pourvois dans les affaires *Kadi* et *AL Barakaat* : smart sanctions pour le Tribunal de première instance ? », *Europe*, nov. 2008, Etude 9, p. 5 ; J.-P. Jacqué, « Primauté du droit

plutôt de permettre un autre regard : décalé, en posant l'observateur du côté onusien (G. Le Floch), comparé, en établissant un portrait croisé avec la jurisprudence de sa jumelle naturelle, la Cour EDH (Y. Poirmeur) et audacieux, en tentant un rapprochement avec la Cour suprême américaine (M. Gautier et C. Cerda-Guzman).

Un autre regard comparé était évidemment indispensable, cette fois du côté des Etats membres en charge de l'application des mesures anti-terroristes européennes. Cette démarche était indispensable³² parce que les interactions sont nécessairement réciproques sur le territoire de l'Union européenne. Certains Etats ont eu à faire face de manière ancienne sur leur territoire national à des actes de terrorisme et ont développé une législation abondante qui a été source d'inspiration à l'extérieur des frontières nationales ; d'autres n'ont pas connu de terrorisme national, mais ont été contraints de mettre en harmonie leurs droits nationaux avec les exigences externes.

Ce qui semble incontestablement commun à l'ensemble des Etats étudiés, c'est au final la convergence globale entre les législations pénales nationales – notamment françaises (J. Alix) – et les exigences européennes, que les Etats aient été précurseurs car historiquement concernés en amont par la nécessité d'une législation adaptée au terrorisme, comme c'est le cas de l'Espagne (A. Peyro Llopis), de l'Allemagne (A. Geppert), du Royaume-Uni (V. Barbé), de la Grèce (C. Yannakopoulos), de l'Italie (L. d'Ambrosio), suiveurs comme la République tchèque (P. Bureš), ou même mauvais élèves comme la Belgique³³.

Cela est particulièrement vrai s'agissant du but à atteindre. Le constat est néanmoins peut être à nuancer s'agissant des moyens, ou en tout cas des terrains d'application, puisque la réponse répressive semble prendre largement le pas dans les Etats sur la démarche préventive (notamment en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux à des fins terroristes – P. Bertoni) et le droit de l'Union européenne est utilisé par certains Etats comme un faire valoir assez commode pour renforcer dérogations et exceptions quand dans leurs ordres internes des sanctions pénales plus fortes sont finalement adoptées³⁴.

Le constat doit être également nuancé si l'on s'écarte du droit pénal et que l'on se tourne vers le droit administratif, et plus particulièrement le droit des étrangers (V. Tchen), affecté par la législation et la jurisprudence européennes en matière de lutte contre le terrorisme, tout

international versus protection des droits fondamentaux », *RTD Eur.*, 2009, p. 161 ; J. Rideau, « Réflexions sur la jurisprudence Kadi et Yusuf / Al Barakat. Quand le professeur retourne à l'école... de droit », *Revue des affaires européennes*, 2009-2010, p. 489.

V. également dans le cadre d'un autre rapport réalisé pour la Mission de recherche Droit et justice, réalisé par des chercheurs de l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de l'Université Bordeaux IV : *La dimension internationale de la justice pénale*, nov. 2011, et en particulier pp. 205-214.

³² Analyse comparée que l'on retrouve dans des thèses récentes, en particulier : K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation anti-terroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, thèse Toulouse 2011, prix de thèse du Conseil constitutionnel 2012, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 140, 524 p.

³³ La Belgique ne fait pas l'objet d'une contribution dans le présent rapport, en dépit de son intérêt pour le sujet, puisque cet Etat n'a transposé qu'à minima la décision cadre de 2002 par une loi sur les infractions terroristes du 19 déc. 2003, *Moniteur belge*, 29 déc. 2003, p. 61689.

³⁴ Il faut rappeler que l'unanimité étant requise pour l'adoption de décisions relatives à la Justice, la Liberté et la Sécurité (anciennement Justice et affaires intérieures) les décisions-cadres adoptées en matière de terrorisme sont toutes le fruit de compromis au niveau du Conseil ; cela est particulièrement vrai pour la décision-cadre du 13 juin 2002 (en annexe au présent rapport) qui a retenu des seuils minimum de peines inférieures à ceux inscrits dans la proposition présentée par la Commission le 19 sept. 2001.

en disposant d'une marge d'appréciation certaine du fait des imprécisions récurrentes ou lacunes de ces dernières.

La force aporétique de la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne

Au fil des années, l'Union européenne réaffirme l'actualité de la question et la nécessité de faire face à une menace évolutive. Dans le fameux programme de Stockholm³⁵ qui ne consacre somme toute qu'un court chapitre au terrorisme – en comparaison avec les autres préoccupations – le Conseil ne parvient pas à maintenir une expression neutre et emploie soudainement la première personne du pluriel pour scander au moyen d'un vocabulaire inhabituel dans ce type de texte : « *Nous ne devons pas baisser la garde contre ces odieux criminels* »³⁶.

Dans chacun de ses rapports annuels, le Coordinateur de la lutte contre le terrorisme pour l'Union européenne rappelle lui aussi le caractère évolutif de la menace nécessitant de faire évoluer en permanence les mesures juridiques et surtout pratiques de lutte contre le terrorisme³⁷.

L'éternelle difficulté de concilier l'ordre public et le respect des droits et libertés – en particulier le droit au respect de la vie privée, le droit de propriété – reste une des questions majeures à surveiller sur le terrain de la lutte contre le terrorisme. Cette conciliation est au cœur des préoccupations du droit de l'Union européenne, qui se réfère en outre constamment aux principes de la Convention EDH et aux traditions constitutionnelles communes des Etats membres pour assurer dans la matière de la lutte contre le terrorisme, la garantie du respect de ces droits fondamentaux³⁸.

La tension permanente entre le plus de sécurité, et le moins d'atteintes corrélatives aux libertés, pourrait à l'avenir entraîner de nouvelles contraintes sur la définition des actes de terrorisme puisque l'étendue ou la restriction du périmètre a des conséquences différentes selon qu'il s'agit ou non « *d'infractions qui sont indiscutablement des infractions de terrorisme méritant d'être traitées en tant que telles* »³⁹... En outre, l'intransigeance de la Cour EDH avec le respect de certains droits et interdictions qui constituent des droits indérogeables - comme l'interdiction de la torture – pour lesquels elle refuse toute conciliation, à la différence des droits dérogeables⁴⁰ pourrait susciter une influence bénéfique sur le droit de l'Union européenne, porteur lui aussi de tensions identitaires⁴¹ défensives qui ne pourront s'effacer que

³⁵ Conseil européen, *Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JO C 115 du 4 mai 2010, p. 1.

³⁶ *Ibid.*, p. 24, § 4.5. *Terrorisme*. Le Conseil est coutumier de ce type d'envoies, mais dans des conclusions ou des déclarations, comme celle de 2004, après les attentats de Madrid : « attentats barbares et lâches » ... (Conseil européen, Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du 25 mars 2004, *op. cit.*).

³⁷ Conseil de l'Union européenne, Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme, *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme*, Document de réflexion, 23 mai 2012.

³⁸ Dès le préambule de la décision cadre du 13 juin 2002, cette préoccupation et ces renvois sont mentionnés.

³⁹ Comité des droits de l'homme, Observations finales, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 janv. 2009, §10.

⁴⁰ V. sur cette distinction : R. Tinière, « Les jurisprudences européennes et la lutte contre le terrorisme » in L. Potvin-Solis (sous la dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, 10èmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, Bruylant, 2012, pp. 199-217.

⁴¹ Dans *L'autre Cap*, Les éditions de minuit, 1991, 123 p., J. Derrida écrit que l'Europe ne doit pas se fermer sur sa propre identité.

devant une synthèse des universalismes et non la revendication d'un héritage propre, comme celui des Lumières.

*
* * *

Le traitement de cette question est donc loin d'être achevé. L'actualité donne par ailleurs matière à réflexion pour d'assez nombreuses années sans doute.

Alors que le mandat du Président Obama s'achève, et que contrairement à ses promesses électorales d'il y a quatre ans et la signature le lendemain de son investiture d'un décret décidant la fermeture du camp de la base navale de la baie de Guantanamo, le « *paradigme du non-droit* »⁴² n'est toujours pas une affaire classée, les défenseurs des libertés s'exprimant entre autres au sein du Parlement européen, ne peuvent que continuer à demander transparence et information. Au moment où s'achève la rédaction de ce rapport, les députés européens ont d'ailleurs adopté une nouvelle résolution en session plénière à Strasbourg, demandant aux Etats membres d'enquêter scrupuleusement pour déterminer l'existence sur leurs territoires de prisons secrètes servant à la CIA⁴³, en s'appuyant sur ce serpent de mer de la conciliation entre la sécurité et les droits fondamentaux. Les parlementaires n'hésitent pas à écrire que le système complètement opaque restreignant « *le droit des victimes à une participation et à une défense efficace* » a « *conduit à des actes de torture et de disparitions forcées* », en dépit des mises en garde récurrentes de la même assemblée comme d'initiatives *ad hoc* de contrôle⁴⁴.

Les européens ne sont parvenus à avoir aucune influence sur ce terrain, comme s'ils donnaient raison à l'ancien président Georges W. Bush requérant de leur part un soutien inconditionnel, pour ne pas être eux aussi considérés comme des ennemis des Etats-Unis à combattre au même rang que les terroristes⁴⁵.

D'un point de vue positif, l'étude de la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne peut être envisagée – surtout depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et

⁴² R. Badinter, « Le piège de Guantanamo », *Nouvel Observateur*, 4 juin 2009.

⁴³ Parlement européen, résolution du 11 sept. 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens: suivi du rapport de la commission TDIP du PE (2012:2011(INI))*, A7-0266/2012. Adoptée par 568 voix pour (34 contre et 77 abstentions). V. aussi la résolution adoptée 7 ans plus tôt (!) dans la même enceinte : résolution du 15 déc. 2005 *sur l'utilisation présumée des pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers*, JO du 23/11/2006, C 286 E/509.

⁴⁴ V. notamment le rapport du rapporteur spécial M. Scheinin, sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, « *Compilation of good practices on legal and institutional frameworks and measures that ensure respect for human rights by intelligence agencies while countering terrorism, including on their oversight* » (Compilation de bonnes pratiques concernant les cadres et mesures juridiques et institutionnels garantissant le respect des droits de l'homme par les agences de renseignements dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, y compris le contrôle de ces agences), A/HRC/14/46, 17 mai 2010.

⁴⁵ Discours du 20 sept. 2001 devant le Congrès américain : « Notre guerre contre le terrorisme commence (...). Elle ne s'achèvera pas avant que tous les groupes terroristes de portée mondiale (sic) auront été trouvés, stoppés et battus. (...) Chaque nation, dans chaque région, doit désormais prendre une décision. *Soit vous êtes avec nous, soit vous êtes avec les terroristes* ». V. G. Bush, "Address to a Joint Session of Congress and the American People", Sept. 20th 2001, disponible sur : <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>.

les initiatives récentes de la Commission⁴⁶ – comme un laboratoire du droit pénal européen en construction qui « *améliore son arsenal de lutte au fur et à mesure des travaux des autres organisations* »⁴⁷ internationales et de ses États membres, et qui vient les enrichir également.

D'un point de vue réaliste, ces avancées juridiques n'offrent assurément aucune solution satisfaisante au phénomène terroriste, et sont encore bien loin de l'évolution européenne institutionnelle qu'envisageait Kant pour atteindre le projet, certes utopiste, de Paix perpétuelle⁴⁸...

Emmanuelle Saulnier-Cassia

Le 30 septembre 2012

⁴⁶ V. la création d'un groupe d'experts (décision de la Commission du 12 févr. 2012 *portant création du groupe d'experts sur la politique pénale de l'UE*, JO C 53 du 23févr. 2012, p. 9) réuni pour la première fois le 19 juin 2012 autour de la Vice-Présidente V. Reding, dans le but de contribuer à l'amélioration de la qualité de la législation communautaire dans le domaine du droit pénal, à l'appui des nouvelles dispositions du TFUE permettant l'adoption de règles minimales pour renforcer l'application des politiques européennes, et d'une communication de la Commission du 22 sept. 2011, *Vers une politique de l'Union européenne en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, COM/2011/0573 final.

⁴⁷ E. Gindre, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, *op. cit.*, ici § 1034 (non consacré spécifiquement à la lutte contre le terrorisme).

⁴⁸ E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Mille et une nuits, n° 327, 2001, 96 p. Le texte original date de 1795.

Première partie

Les actions contre le terrorisme

dans l'Union européenne

Le développement d'une politique ou d'une stratégie de l'Union européenne dans ce domaine a été effectué en grande partie dans le cadre de l'ancien 3^{ème} pilier communautaire portant sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

En raison du caractère protéiforme des violences politiques et de leurs appréhensions nationales diverses, la nécessité d'une définition et d'une incrimination uniformes des actes terroristes au sein de l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne – qu'ils disposent ou non d'une législation spécifique en la matière – s'est imposée.

La décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme y procède en apportant une définition large de l'infraction terroriste qui emprunte au droit international et aux droits internes des Etats membres. La diversité des procédés de perpétration des actes terroristes (utilisation d'armes conventionnelles de guerre ou de violence urbaine et d'armes non-conventionnelles telles que les armes chimiques, bactériologiques, radiologiques ou nucléaires) ainsi que la perméabilité des frontières intra-européennes imposaient une organisation solidaire de la lutte contre le terrorisme.

A cet effet, le droit et la jurisprudence de l'Union européenne ont, d'une part, déterminé des actions de prévention et d'action face aux attentats ou aux menaces terroristes et, d'autre part, organisé le cadre et des outils de répression pour lutter contre le phénomène.

Définir le terrorisme et organiser la lutte :

Sur le plan des principes, la solidarité et la coopération pour faire face à la menace terroriste se situent au cœur de ces actions. Sur le plan institutionnel, des agences spécialisées ont été utilisées dans le but de prévenir les attentats terroristes (Europol et Eurojust) et une fonction spécifique de coordination (le Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme) a été créée. Sur le plan matériel, des mécanismes de réaction rapide aux attaques tels que les systèmes ARGUS ou le plan d'action dans le domaine de la sécurité chimique, biologique et nucléaire ont été instaurés.

Encadrer la lutte et sanctionner le terrorisme :

La prévention et l'action ne se sont pas faites uniquement *via* une production normative mais également *via* une adaptation normative qui contribue à encadrer la lutte contre le terrorisme. Il fallait notamment étendre les règles relatives à l'exportation d'armements et au blanchiment, à la lutte contre le terrorisme.

En outre, le mandat d'arrêt européen est devenu un élément essentiel de la lutte contre le terrorisme à l'échelle de l'Union européenne, laquelle a également développé dans la suite du Conseil de sécurité des Nations Unies, la pratique d'inscription des personnes soupçonnées d'activités terroristes sur des listes noires ; l'inscription sur ces listes entraînant quasi-automatiquement le gel de leurs avoirs.

Les actions de répression concernent donc deux catégories de personnes ou entités : celles qui sont soumises à une procédure pénale et pouvant être extradées d'un Etat européen vers un autre et celles dont les ressources financières sont gelées.

Une troisième catégorie de personnes est concernée par cet encadrement et constitue en quelque sorte le point ultime de la protection : les victimes.

I-1 – Définir le terrorisme et organiser la lutte

Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen,
Lucas Rodriguez de las Heras Ballell, Amparo Alcoceba Gallego,
Emmanuelle Saulnier-Cassia, Stella Sava-Albaladéjo. 27

La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne,
Laurent Neyret.

Solidarité et lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne,
Karine Abderemane.

**La coordination de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme :
une mission pour un Coordinateur ?**
Emmanuelle Saulnier-Cassia.

**Les agences européennes Europol et Eurojust et la lutte contre le terrorisme.
Entre coopération et... coopérations,**
Didier Blanc.

Définir juridiquement le terrorisme

dans le cadre international et européen

La question du terrorisme n'était évidemment nouvelle ni pour la Communauté internationale ni pour l'Union européenne. Beaucoup de travaux scientifiques lui ont été consacrés tant par les historiens, que par les sociologues et les politistes⁴⁹.

Cependant, l'importance symbolique des attentats du 11 septembre 2001 et sa médiatisation la transformant en une menace terroriste globale a renouvelé son intérêt pour les juristes, en rendant nécessaire, y compris pour des raisons émotionnelles, une réponse rapide de la part des dirigeants sur tous les continents, s'exprimant par l'adoption de textes normatifs et non normatifs de réaction et de prévention du phénomène et de réponses juridictionnelles.

Pour le juriste, l'une des conséquences les plus significatives est de le faire revenir à la recherche toujours infructueuse aujourd'hui – quelle que soit la discipline⁵⁰ – d'une définition du terrorisme universellement reconnue et acceptée. La diversité des actes, des sujets, des objectifs, des histoires et des réponses nationales expliquent « *ce caractère protéiforme (qui) est sans doute à l'origine de l'absence de définition unitaire du terrorisme* »⁵¹ et en même temps annonce les limites de l'entreprise qui pourrait paraître vaine⁵².

En outre, « une partie de la doctrine » refuserait « de s'engager dans ce champ trop délicat et rejette toute signification juridique au terme terrorisme, le considérant comme un simple *term of convenience* pour certaines activités criminelles »⁵³.

Dans le cadre de l'Union européenne, la démarche renferme d'autres enjeux, puisqu'elle a des incidences sur l'émergence d'un droit pénal dans l'Union, favorisée par les révisions successives des traités constitutifs.

L'objet de cette contribution est modestement de fixer l'état de la réflexion sur la définition juridique du terrorisme en partant des différentes propositions et difficultés auxquelles le droit international s'est confronté (I), base sur laquelle le droit de l'Union européenne s'est nécessairement fondé (II), inspiré par ailleurs par les traditions juridiques de

⁴⁹ A cet égard, la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines a la chance de compter parmi ses laboratoires le CESDIP, UMR (8183) du CNRS, centre de recherche sociologique sur le droit et les institutions pénales, dont plusieurs membres travaillent sur des questions liées au terrorisme.

⁵⁰ L. Hennebel, G. Lewkowicz, « Le problème de la définition du terrorisme », in L. Hennebel et D. Vandermeersch (sous la dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, 2009, p. 17.

⁵¹ T. S. Renoux, « Juger le terrorisme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, mai 2003.

⁵² Institut national des hautes études de sécurité (INHES), *Expertise collective des terrorismes en Europe. Echanges entre chercheurs et services chargés de la lutte anti-terroriste*, Actes et synthèses, 2006, 129 p.

⁵³ J.-M. Sorel, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? » in *Le droit international face au terrorisme*, Pédone, 2002.

certaines de ses Etats membres – comme le montreront d'autres contributions du rapport⁵⁴ – pour s'interroger enfin sur la nécessité d'une définition universellement acceptée.

I- Représenter le terrorisme dans le cadre international

A- Les tentatives de proposition d'une définition universelle du terrorisme

Deux étapes principales ont marqué le processus de recherche d'une définition du terrorisme. Si le terme est apparu sur la scène internationale au début du vingtième siècle, il ne recevra une attention accrue qu'à la fin de ce siècle.

1- La première étape : 1930-1990

C'est au cours de la troisième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal tenue à Bruxelles du 26 au 30 juin 1930, que le terme terrorisme a été utilisé pour la première fois dans un instrument pénal international pour tenter de donner une réponse à l'accroissement après la première guerre mondiale des actes de violence poursuivant des idéologies politiques et sociales : « *The intentional use of means capable of producing a common danger that represents an act of terrorism on the part of anyone making use of crimes against life, liberty or physical integrity of persons or directed against private or state property with the purpose of expressing or executing political or social ideas will be punished* »⁵⁵.

Une année plus tard, la quatrième Conférence qui s'est tenue à Paris a écarté toute référence aux objectifs sociaux ou politiques du terrorisme pour se centrer sur les effets concrets de ces actes : « *Whoever, for the purpose of terrorizing the population, uses against persons or property bombs, mines, incendiary or explosive devices or products, fire arms or other deadly or deleterious devices, or who provokes or attempts to provoke, spreads or attempts to spread an epidemic, a contagious disease or other disaster, or who interrupts or attempts to interrupt a public service or public utility will be punished* »⁵⁶.

Plus tard, dans les cinquième et sixième Conférences organisées à Madrid et à Copenhague, le thème a été traité à nouveau. En 1934, le débat s'était limité à réduire l'idée de terrorisme au crime anarchiste ; écartant ainsi les motifs et les objectifs politiques pouvant être sous-jacents à toute action terroriste au profit des aspects sociaux : « *Who with the scope of undermining social order, employs any means whatsoever to terrorize the population, will be punished* »⁵⁷.

En 1935, une nouvelle définition faisant référence aux personnes protégées ou aux conséquences du terrorisme dans le développement des relations internationales a été approuvée : « *Intentional acts directed against the life, physical integrity, health or freedom of specified protected persons, where the perpetrator has created a common danger or state*

⁵⁴ V. les contributions de droit comparé dans le dernier chapitre du présent rapport, à partir de la p. 369.

⁵⁵ Cité dans B. Zlataric, « History of International Terrorism and its Legal Control » in M. Bassiouni, *International Terrorism and Political Crimes*, Illinois, Charles C. Thomas, 1975, 474 p.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 480.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 481.

terror that might incite a change or raise an obstacle to the functioning of public bodies or a disturbance in international relations »⁵⁸.

Mais en 1937, la Convention de la prévention et la répression du terrorisme élaborée au sein de la Société des Nations, retiendra une définition extensive des actes terroristes qui reprenait en partie les éléments inclus dans des définitions précédentes : « [...] *criminal acts directed against a state and intended to or calculated to create a state of terror in the minds of particular persons, or a group of persons, or the general public* »⁵⁹.

Cependant, cette Convention n'est jamais entrée en vigueur puisque, malgré la signature par 24 Etats, seule l'Inde l'a ratifiée.

Après ce premier essai et en raison de la seconde guerre mondiale, le thème n'a pas été repris jusqu'à la proposition, en 1972 au sein des Nations Unies, d'un projet de convention générale qui a lui aussi échoué⁶⁰.

2- La seconde étape : 1990

Ce n'est qu'au milieu des années 1990 que le thème fut repris fermement : d'abord en 1996 avec la constitution du Comité spécial de l'Assemblée pour l'élaboration d'une convention internationale sur le terrorisme international, ensuite en 1998 avec la réunion du groupe de travail de la sixième commission de l'Assemblée générale chargée d'élaborer une Convention internationale sur le terrorisme international. Ces deux nouvelles initiatives ont abouti à l'élaboration d'un projet de convention générale contre le terrorisme international qui n'a pas encore été approuvé à ce jour.

La définition de terrorisme proposée dans l'article 2 de la Convention est la suivante :

« 1. *Commet une infraction, au sens de la présente Convention, quiconque, par tout moyen, illicitement et intentionnellement, cause :*

- a) *La mort d'autrui ou des dommages corporels graves à autrui; ou*
 - b) *De sérieux dommages à un bien public ou privé, notamment un lieu public, une installation gouvernementale ou publique, un système de transport public, une infrastructure, ou à l'environnement; ou*
 - c) *Des dommages aux biens, lieux, installations ou systèmes mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article, qui entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables, lorsque le comportement incriminé, par sa nature ou son contexte, a pour but d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou à ne pas faire quelque chose.*
2. *Commet également une infraction quiconque menace sérieusement et de manière crédible de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article.*
 3. *Commet également une infraction quiconque tente de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article.*
 4. *Commet également une infraction, quiconque :*
 - a) *Se rend complice d'une infraction visée aux paragraphes 1, 2 ou 3 du présent article; ou*
 - b) *Organise la commission d'une infraction visée aux paragraphes 1, 2 ou 3 du présent article ou ordonne à d'autres de commettre celle-ci; ou*
 - c) *Contribue à la commission d'une ou plusieurs infractions visées aux paragraphes 1, 2 ou 3 du*

⁵⁸ Cité dans B. Saul, « Attempts to define terrorism in international law », *Netherlands International Law Review*, 2005, p. 60.

⁵⁹ Article 1.2 de la Convention sur la prévention et la répression du terrorisme du 16 novembre de 1937, Société des Nations, Doc. C546 M.383 1937V.

⁶⁰ Cité par E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, ULB, Bruylant, 2009, p. 1102.

présent article par un groupe de personnes agissant de concert. La contribution doit être délibérée et apportée :

- i) Soit dans le but de servir l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, lorsque l'activité ou le dessein implique la commission d'une infraction visée au paragraphe 1 du présent article;*
- ii) Soit en connaissant l'intention du groupe de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article»⁶¹.*

Il faut souligner, dans cette définition comme dans les précédentes, la présence de deux éléments indispensables, à savoir un élément objectif et un élément subjectif. La violence illicite grave constitue l'élément objectif. L'élément subjectif, quant à lui, est caractérisé par l'intentionnalité, le désir de provoquer la terreur ou la peur extrême.

B- Les limites faisant obstacle à une définition universelle du terrorisme

Les rédactions proposées par les pays occidentaux, d'une part, et par les Etats membres de l'Organisation de la conférence islamique (ci-après OCI), d'autre part, montrent clairement que les questions qui bloquent les négociations sont, d'un côté, le rôle des forces armées pendant un conflit armé et, de l'autre, la question de terrorisme d'Etat.

1- Le rôle des forces armées dans un conflit armé

L'action des forces armées dans un conflit armé, conformément à la position soutenue par les pays occidentaux⁶², n'est pas soumise à la Convention puisque cette situation est explicitement réglée par d'autres instruments de droit international humanitaire. Au contraire, pour l'OCI même les activités des forces armées doivent être réglées par la future Convention ; la position soutenue par l'OCI ayant comme principal objectif de maintenir la légalité de la lutte contre l'occupation étrangère.

2- Le terrorisme d'Etat

Le second obstacle à l'adoption de la Convention est centré sur la sensible question du terrorisme d'Etat. Nous sommes ici, de nouveau, face à deux propositions qui ne sont pas dépourvues d'intentionnalité politique. Pour les pays de l'OCI, la Convention générale devrait inclure, sans aucun doute, le terrorisme d'Etat. D'après sa proposition, toutes les activités réalisées par les forces militaires de l'Etat qui peuvent être considérées comme contraires au droit international doivent être tenues pour des actes de terrorisme.

Pour les occidentaux, et dans la lignée de la position défendue par l'ancien Secrétaire général, Kofi Annan, l'Organisation des Nations Unies ne constitue pas le cadre adéquat pour traiter du terrorisme d'Etat, compte tenu de son caractère controversé et du fait qu'il est déjà réglé par d'autres mécanismes du droit international.

Face à cette pluralité de positions, de fait assez éloignées, une proposition au sein du groupe de travail a tenté de débloquer la situation :

- « 1. Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte à d'autres droits, obligations et responsabilités découlant pour les États, les peuples et les individus du droit international, en particulier des buts et principes de la Charte des Nations Unies et du droit international humanitaire.*
- 2. Les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit ne sont pas régies par la présente Convention.*

⁶¹ Article 2 du projet de convention générale sur le terrorisme international, Assemblée Générale, 2005.

⁶² « *Les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit ne sont pas régies par la présente Convention* ».

3. *Les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, dès lors qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international ne sont pas régies par la présente Convention.*

4. *Aucune disposition du présent article n'excuse ou rend licites des actes par ailleurs illicites ni n'interdit des poursuites sur le fondement d'autres lois* »⁶³.

On ne sait pas encore si cette nouvelle proposition sera capable de rapprocher les parties et les conduire vers un accord qui se montre, de nos jours, de plus en plus nécessaire si l'on veut avoir un instrument efficace de lutte contre le terrorisme international.

Mais cette photographie de la codification du crime de terrorisme ne serait pas complète si l'on ne parlait pas du rôle des treize conventions spécifiques qui ont été élaborées, dans les années 1960, s'agissant de certains délits et actes illégaux. En effet, à défaut d'un accord international qui permettrait d'élaborer une Convention générale sur le terrorisme, la société internationale a décidé de l'adoption de conventions permettant de couvrir une série de crimes spécialement remarquables par la communauté internationale. Ces treize conventions doivent être insérées par les États parties dans leurs droits internes. Chacune d'elles impose aux États parties l'obligation d'établir dans leurs législations nationales l'interdiction de perpétrer ces actes et l'obligation de poursuivre ceux qui les violent et de collaborer avec les autres pays à leur prévention et suppression.

Nous pouvons considérer, donc, que ces treize conventions sont destinées à combler le vide laissé par le droit international humanitaire, en temps de paix. Cependant, il est aussi vrai que ces treize Conventions spécifiques n'ont pas pu aborder, d'une façon complète, toutes les situations apparues ces dernières décennies ; ce qui est le principal reproche de ceux qui estiment indispensable l'adoption d'une Convention générale du crime de terrorisme.

II- Dessiner le terrorisme dans l'Union européenne

Après un intérêt latent pour la lutte contre le terrorisme au niveau de l'Union européenne, essentiellement de manière informelle (à travers le groupe TREVI en particulier⁶⁴), les institutions de l'Union ont pris conscience de la nécessité de réfléchir à une définition harmonisée de la notion de terrorisme, réflexion dont la gestation a été assez longue.

A- La gestation d'une définition du terrorisme dans l'Union européenne

L'Union européenne a adopté, en juin 2002, une décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme⁶⁵ afin de rapprocher la définition des infractions terroristes dans les États membres, y compris les infractions relatives aux groupes terroristes qui a été ajoutée en 2008⁶⁶. L'adoption de la décision-cadre résulte d'une gestation interinstitutionnelle difficile.

1- La recommandation du Parlement européen du 5 septembre 2001

Quelques jours avant les attentats du 11 septembre, la lutte efficace contre une nouvelle criminalité terroriste qui « *résulte de l'activité de réseaux organisés à l'échelle internationale,*

⁶³ *Ibid.* Article 20.

⁶⁴ V. les propos introductifs *supra*.

⁶⁵ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 *relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 164, 22 juin 2002, p. 3, en annexe au présent rapport.

⁶⁶ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008 *modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 330 du 9 déc. 2008, p. 21, en annexe au présent rapport.

établis dans plusieurs pays, jouant des failles juridiques de la territorialité des poursuites et bénéficiant parfois de soutiens logistiques et financiers puissants»⁶⁷, avait été considérée comme nécessaire par le Parlement européen dans une recommandation sur le rôle de l'Union européenne dans laquelle elle demandait au Conseil l'adoption d'une « *décision-cadre aux fins du 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* ».

Au-delà de cette nécessité, le Parlement reconnaissait l'existence de difficultés à parvenir à une définition universelle du terrorisme. Le rapport préparatoire indiquait d'ailleurs : « *Il n'est guère possible de parvenir à une définition qui soit à la fois objective, précise et universellement acceptable* ». Cette difficulté restait évidente à l'intérieur de l'Union européenne parce que, à ce moment-là, la majorité des Etats membres de l'Union européenne ne disposait pas de législation spécifique relative au terrorisme (Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Grèce, Luxembourg, Pays-Bas et Suède) et seulement six Etats membres disposaient, à des degrés divers, d'une législation spécifique (Allemagne, Espagne, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni).

D'autre part, tous les Etats ayant une telle législation spécifique ne possédaient pas une définition du concept du terrorisme dans leurs législations. Et, quand elle existait, elle était très variable dans sa formulation, sa portée ainsi que dans les peines d'emprisonnement⁶⁸.

Dans sa recommandation, le Parlement européen était favorable à une définition des actes terroristes, s'inspirant de la recommandation 1426 (1999) du Conseil de l'Europe : « *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* ».

Cependant, la définition qui sera finalement adoptée par le Conseil de l'Union européenne, restera très éloignée de la définition suggérée par le Parlement.

2- La proposition de la Commission européenne du 19 septembre 2001

Les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis ont provoqué une accélération du calendrier habituel du processus décisionnel ; la Commission européenne a présenté dans les huit jours une proposition de décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme⁶⁹, arguant de la nécessité d'une action efficace contre une menace terroriste mouvante.

Après avoir noté – comme l'avait déjà fait le Parlement européen – les divergences dans la définition et le traitement des délits de terrorisme dans les Etats membres de l'Union européenne, la Commission européenne a finalement soumis une définition différente de celle proposée quelques jours avant par le Parlement européen. La Commission considérait notamment que les infractions terroristes sont : « *des infractions commises intentionnellement*

⁶⁷ Parlement européen, Recommandation 2001/2016 (INI) du 5 sept. 2001 *sur le rôle de l'Union dans la lutte contre le terrorisme*, JO C 72 E du 21 mars 2001, p. 135.

⁶⁸ Parlement européen, Rapport Watson du 12 juil. 2001 *sur le rôle de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme*, doc. A5-0273/2001.

⁶⁹ Commission européenne, Proposition de décision-cadre du 19 sept. 2001 *relative à la lutte contre le terrorisme*, COM (2001) 521 final.

par un individu ou un groupe contre un ou plusieurs pays, leurs institutions ou leur population, en vue de les menacer et de porter gravement atteinte aux structures politiques, économiques ou sociales de ces pays ou de les détruire».

L'article 3 de la proposition de décision-cadre précisait : « *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les infractions suivantes, définies par son droit national, commises intentionnellement par un individu ou un groupe contre un ou plusieurs pays, leurs institutions ou leur population, et visant à les menacer et à porter gravement atteinte ou à détruire les structures politiques, économiques ou sociales d'un pays, soient sanctionnées comme des infractions terroristes* ».

Ces infractions incluent, par exemple, le meurtre, les dommages corporels, le chantage ou le vol simple ou qualifié⁷⁰. Selon le texte de la Commission, l'infraction de terrorisme est formée d'un élément objectif et d'un élément subjectif. L'élément objectif existe quand a été commis un des actes criminels de l'article, en se référant au droit national de chaque Etat membre.

L'élément subjectif est relatif à l'intentionnalité. Cette intentionnalité permet de faire la distinction entre les infractions terroristes et les autres types d'infractions, selon la Commission européenne, « *Par conséquent, les droits prévus par la loi qui sont lésés par ce type d'infraction ne sont pas les mêmes que les droits prévus par la loi qui sont lésés par les infractions de droit commun. Cela repose sur l'idée que la motivation de l'auteur de l'infraction est différente, même si les infractions terroristes peuvent généralement être assimilées, en raison de leurs effets concrets, aux infractions pénales de droit commun et que, par conséquent, d'autres droits prévus par la loi sont également affectés.*

En fait, les actes terroristes portent généralement atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'individus ou de groupes, à leurs biens ou à leur liberté, de la même manière que les infractions de droit commun, mais les infractions terroristes vont encore plus loin, car elles sapent les structures mentionnées ci-dessus. Les infractions terroristes diffèrent donc des infractions de droit commun et affectent d'autres droits prévus par la loi. En conséquence, il semble approprié de prévoir d'autres éléments constitutifs et d'autres sanctions spécifiques pour des infractions d'une telle gravité ».

3- Les négociations au sein du Conseil et la consultation du Parlement européen

La définition finale de terrorisme dans la décision-cadre s'est finalement éloignée de la proposition de la Commission européenne afin de « *réaliser un équilibre entre la nécessité de réprimer efficacement les actes terroristes et celle de garantir les libertés et droits fondamentaux* »⁷¹.

En ce sens, pendant le débat qui a eu lieu lors de la réunion du 16 novembre 2001 du Conseil, fut préparé un projet de déclaration sur la définition du terrorisme selon laquelle : « *The framework decision on the fight against terrorism covers acts which are considered by*

⁷⁰ a) le meurtre; (b) les dommages corporels; (c) l'enlèvement ou la prise d'otages; (d) le chantage; (e) le vol simple ou qualifié; (f) la capture illicite d'installations étatiques ou gouvernementales, de moyens de transport publics, d'infrastructures, de lieux publics et de biens ou les dommages qui leur sont causés; (g) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture d'armes ou d'explosifs; (h) la libération de substances contaminantes, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, la mise en danger de personnes, de biens, d'animaux ou de l'environnement; (i) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource fondamentale; (j) la commission d'attentats en perturbant un système d'information; (k) la menace de commettre l'une des infractions énumérées ci-dessus; (l) la direction d'un groupe terroriste; (m) l'encouragement ou le soutien d'un groupe terroriste, ou la participation à un groupe terroriste.

⁷¹ Doc. C/01/409. Bruxelles, le 16 nov. 2001, 13758/01 (Presse 409).

all Member States of the European Union as serious infringements of their criminal laws committed by individuals whose objectives constitute a threat to their democratic societies respecting the rule of law and the civilization upon which these societies are founded. It has to be understood in this sense and cannot be construed so as to argue that the conduct of those who have acted in the interest of preserving or restoring these democratic values, as was notably the case in some Member States during the Second World War, could now be considered as "terrorist" acts. Nor can it be construed so as to incriminate on terrorist grounds persons exercising their legitimate right to manifest their opinions, even if in the course of the exercise of such right they commit offences»⁷².

D'une part, il s'agissait de garantir que des activités comme celles du Mouvement des indignés ou des mouvements anti-globalisation, absolument légitimes dans les Etats démocratiques, ne seraient pas criminalisées ; d'autre part il s'agissait de fermer toutes les possibilités de développement des activités terroristes :

« Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes, les actes intentionnels qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale repris dans la liste suivante, tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, lorsque l'auteur les commet dans le but de :

i. gravement intimider une population, ou

ii. contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou

iii. gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale ».

On signalait, parmi d'autres, les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort, les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne et l'enlèvement ou la prise d'otage⁷³.

Les principaux amendements introduits par le Parlement européen⁷⁴, se référant aux valeurs sur lesquelles est fondée l'Union (la CEDH et la Charte de droits fondamentaux), doivent être interprétés autour de l'idée de garantie des droits fondamentaux. À ce sujet, est spécialement remarquable l'amendement suivant : *« Dans l'application et l'interprétation de la*

⁷² Conseil de l'Union européenne, Formation « Justice et affaires intérieures », Proposition de décision-cadre du 19 nov. 2001 *relative à la lutte contre le terrorisme*, doc. 12647/4/01/REV 4.

⁷³ *Ibid.*, *op. cit.* La liste des infractions était la suivante :

(a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort

(b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne

(c) l'enlèvement ou la prise d'otage

(d) [...]

(e) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou produire des pertes économiques considérables,

(f) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises,

(g) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que pour les armes biologiques et chimiques la recherche et le développement

⁷⁴ Parlement européen, Rapport du 14 nov. 2001 *sur la proposition de la Commission de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme*, doc. A5-0397/2001 et Parlement européen, résolution législative du 29 nov. 2001 *sur la nouvelle consultation par le Conseil sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme* doc. RR_458772FR, p. 6, accessible à l'adresse internet : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2002-0003+0+DOC+PDF+V0//FR>

présente décision-cadre, les institutions compétentes assurent que les droits humains et les libertés fondamentales, comme la liberté d'opinion et d'expression, d'association et de réunion, sont pleinement respectés »⁷⁵.

Cependant, le Parlement européen n'a rien proposé s'agissant de la nature ou du contexte de l'acte réalisé et n'a pas introduit d'amendements sur le texte du Conseil⁷⁶.

Quatre mois après sa dernière résolution, la première décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme était adoptée⁷⁷.

B- La définition de l'infraction terroriste dans les décisions-cadres

En réalité, les décisions-cadres du Conseil sur la lutte contre le terrorisme de 2002 et 2008 identifient trois types d'infractions. Mais seul le premier article de la décision-cadre de 2002 (non modifié par la décision-cadre de 2008) concerne *stricto sensu* les infractions terroristes.

La rédaction du premier article de la décision-cadre le 13 juin 2002 est en outre très proche de la proposition de novembre 2001 précitée : « *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes, les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, 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 une organisation internationale* »⁷⁸.

Parmi les nombreux commentaires possibles de cette définition⁷⁹, l'accent sera mis ici sur les éléments constitutifs de l'infraction terroriste ainsi que sa portée et son interprétation.

⁷⁵ Amendement 14, considérant 17 ter.

⁷⁶ Conseil de l'Union européenne, Proposition de décision-cadre du Conseil du 7 déc. 2001 *relative à la lutte contre le terrorisme*, doc. 14845/1/01 REV 1 ; Parlement européen, Résolution législative du 6 févr. 2002 *sur le projet de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme* accessible à l'adresse internet suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2002-0043+0+DOC+XML+V0//FR>

⁷⁷ A ce temps record du processus décisionnel doit être ajouté, le temps extrêmement court – six mois – laissé aux Etats pour la transposition, s'agissant d'un texte d'une telle ampleur et touchant la matière pénale. Une majorité d'Etats ne s'est d'ailleurs pas distinguée au final par leur célérité.

⁷⁸ a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort;

b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne;

c) l'enlèvement ou la prise d'otage;

d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables;

e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises;

f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement;

g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;

h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;

i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h).

⁷⁹ Il faut souligner que le Conseil a adopté deux positions communes pour l'adoption d'une définition du terrorisme qui est très semblable à la définition de la décision-cadre de 2002 : Conseil de l'Union européenne,

I- Les éléments constitutifs de l'infraction

La gravité de l'atteinte

Le comportement exigé est la commission de l'une des infractions mentionnées aux points a) à i) de l'article 1 de la décision, définis par les droits nationaux comme des actes « *qui par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale* »⁸⁰.

Cette atteinte grave est la clé qui permet de qualifier une activité comme terroriste. La gravité est cependant une notion juridique indéterminée et, par conséquent, interprétable. Nonobstant, les infractions de délinquance commune qui par leur nature intimident la population, et les actes violents visant à faire pression sur un gouvernement à la suite d'un conflit social ou politique, ne peuvent pas être considérés comme des actes terroristes.

La gravité est associée aux effets de la menace sur la vie ou sur les biens matériels.

Un élément subjectif : l'intention

Le but de l'infraction terroriste peut être de :

- **gravement intimider une population** : C'est un effet menaçant ou déstabilisateur, qui peut limiter les décisions de la population.

- **contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque** : Il faut combiner cet élément avec l'atteinte grave à un pays ou à une organisation internationale.

- **gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale** : C'est une concrétisation de l'atteinte grave à un pays ou une organisation internationale.

Ces précisions expliquent qu'il puisse exister des infractions comportant cet élément subjectif, mais qui sont dépourvues de l'effet grave de l'intimidation collective.

Un élément additionnel important doit être signalé à l'article 1^{er}, annoncé par le considérant n° 10 ainsi rédigé : « *La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes du droit communautaire. L'Union observe les principes reconnus par l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et reflétés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI. Rien dans la*

Positions communes 2001/930/PESC du 27 déc. 2001 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 90 et 2001/931/PESC du 27 déc. 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 93. En tout état de cause, il faut souligner que la décision-cadre de 2002 est encadrée dans l'espace de liberté, sécurité et justice, ce qui s'avère plus adéquat que la PESC.

⁸⁰ Certains auteurs ont souligné que cette expression peut s'interpréter littéralement et systématiquement comme la possibilité de déstabiliser les structures politiques, économiques et sociales d'un pays, ou bien du fait de la nature de l'action ou bien de son contexte (comme une catastrophe naturelle) et ils critiquent vigoureusement en le qualifiant d'extravagant puisque « *le Conseil a utilisé l'expression reprise dans différents textes internationaux comme l'élément intentionnel du fait terroriste et il l'a transformé en un critère objectif, ce qui a changé complètement le sens de l'infraction terroriste (...)* » : N. García Rivas, « La tipificación europea del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002 : Análisis y perspectivas », *Revista General de Derecho Penal*, n° 4, 2005, pp. 18-19.

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

Ainsi, l'importance des droits fondamentaux est soulignée à l'article 1.2 : « *La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* ». La recherche d'un équilibre entre la garantie des droits fondamentaux et la lutte contre le terrorisme⁸¹ sera poursuivie par les textes ultérieurs et notamment la décision-cadre modificative de 2008.

2- Les autres infractions

L'article 2 de la décision-cadre de 2002 est relatif aux infractions relatives à un groupe terroriste, c'est-à-dire qu'il vise la direction et la participation en connaissance de cause aux activités d'une association structurée de plus de deux personnes établie dans le temps et agissant de façon concerté en vue de commettre des infractions terroristes. Il n'a pas été modifié par la décision cadre de 2008 à la différence de l'article 3 relatif aux activités terroristes et de l'article 4 portant sur la complicité, l'incitation et la tentative. Pour ces deux derniers types d'infractions, la définition a été considérablement élargie afin de faire entrer dans les comportements incriminables, la « *provocation publique à commettre une infraction terroriste* », le « *recrutement pour terrorisme* » et l'« *entraînement pour le terrorisme* » qui viennent s'ajouter au vol aggravé, chantage et établissement de faux documents administratifs en vue de commettre une des infractions de l'article 1er.

3- Les exclusions : idéologie terroriste, terrorisme d'Etat, conflit interne et activités des forces armées en période de conflit armé

Il faut souligner enfin que certains éléments n'apparaissent pas dans la définition européenne du terrorisme. Ainsi, le terrorisme d'Etat et les activités des forces armées en période de conflit armé, ne sont pas considérés comme des infractions terroristes : « *La présente décision-cadre ne régit pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit, et les activités menées par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international* » (§ II). Sur ce point, on retrouve donc les mêmes difficultés que dans le cadre international.

En dépit de ces quelques exclusions, la définition juridique des infractions terroristes au sens du droit de l'Union européenne est donc particulièrement large, tant en raison du grand nombre de comportements visés, que de l'absence de définition de la « *gravité* » de ces comportements.

⁸¹ M. A. Alcoceba Gallego, *Fragmentación y diversidad en la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

III- Sur la nécessité ou la pertinence d'une définition universelle du terrorisme

Il s'agit d'une part de s'interroger sur la nécessité réelle d'adopter une Convention générale sur le terrorisme et partant sur l'utilité d'une définition dans le cadre de l'Union européenne.

Des auteurs soutiennent que le travail de codification de chacun des crimes considérés comme terroristes a été d'une grande importance, et militent dès lors pour la continuité et non pas pour la nécessité d'élaborer une convention générale.

D'autres auteurs, sans minimiser l'importance des treize conventions, estiment en revanche nécessaire d'adopter une Convention générale qui puisse couvrir le vide laissé par les conventions déjà existantes et approfondir, de façon générale, la lutte contre le terrorisme, en allant plus loin dans la classification concrète de chaque crime.

Il est important de signaler que les deux positions ont des points de départ tout à fait différents et qui vont plus loin que la question concrète du terrorisme. Il s'agit de l'utilisation d'une méthode inductive – qui suppose l'étude des cas concrets et des situations particulières –, ou bien déductive – qui part d'une mise au point de prémisses générales pour les appliquer, postérieurement, aux cas particuliers.

Appliquée à la question du terrorisme, il apparaît que les tenants de la méthode inductive croient essentielle l'identification des différentes activités concrètes pouvant être considérées comme terroristes et également l'élaboration de conventions spécifiques traitant ces activités de façon individualisée.

Ainsi, les interprétations politiques effectuées *a posteriori* sont laissées de côté et il y a une absence totale d'abstraction, puisque l'objectif est de traiter de façon individualisée une série d'attitudes particulières. Normalement, dans ces instruments on ne fait aucune allusion explicite au terme de terrorisme. Et lorsqu'elle est faite, elle se trouve dans le préambule et non dans le dispositif de la convention. L'une des autres caractéristiques de ce modèle est qu'elle ne prétend pas être définitive mais au contraire ouverte aux futurs instruments que le droit international peut introduire.

A l'opposé, les tenants de la méthode déductive pensent, au contraire, que le travail de codification doit être dirigé vers l'élaboration d'une définition générale du terrorisme internationalement acceptée et fondée sur des critères tels que l'intention, la motivation et l'effet de l'acte.

C'est pourquoi, l'objectif est d'extraire, le plus précisément possible, les caractéristiques générales du terrorisme et ainsi garantir l'étude de la grande diversité des comportements criminels tenus pour des actes terroristes. Dans ce cas le terme terrorisme est bien visible et, ce qui est encore plus important, c'est que face au caractère provisoire de la méthode inductive, ces définitions prétendent se prolonger dans le temps, c'est à dire, être autosuffisantes.

La principale critique de ceux qui se montrent sceptiques sur la nécessité d'élaborer une Convention générale sur terrorisme porte sur la forte influence politique devant être supportée au moment de décider si l'on est ou pas devant un acte terroriste. Le manque d'exemples précis pour pouvoir comparer chacune des situations permet d'introduire une série d'éléments

tels que la manipulation politique ou les interprétations polémiques qui devraient pourtant rester en marge⁸².

Cependant l'excès de concrétisation et de particularisme qui est caractéristique de la méthode inductive a aussi entraîné des critiques. Comme indiqué *supra*, il n'est pas fréquent que ce type de conventions fasse directement référence au terme de terrorisme. Dès lors, certains auteurs estiment qu'il est trop compliqué, à travers le développement d'instruments concrets, d'atteindre une connaissance globale du phénomène terroriste⁸³. Il est en effet parfois difficile de pouvoir distinguer entre un acte terroriste et un acte criminel (par exemple le détournement d'un avion).

Un autre problème résulte de l'énorme rapidité avec laquelle, du fait du développement technologique, apparaissent de nouvelles formes de terrorisme – informatiques, nucléaires⁸⁴, chimiques, bactériologiques⁸⁵ – auxquelles il est difficile de donner une réponse immédiate. C'est à cause de cette permanente évolution du phénomène terroriste et de ses méthodes que l'existence d'une Convention générale se montre particulièrement utile. Le fait de ne pas se centrer sur un crime en particulier, mais d'apporter des clefs partagées par tous, pourrait permettre l'application de ce cadre général aux cas concrets, sans qu'il ne soit atteint par les nombreuses variations des actes terroristes.

Cependant, malgré les faiblesses de la méthode inductive, il faut en reconnaître la prédominance dans le cadre international. Le manque d'accords internationaux centrés spécialement sur les aspects du terrorisme d'État et de la lutte contre l'occupation étrangère a facilité, depuis la décennie 1970, l'action de la société internationale en faveur d'une vision particularisée du crime de terrorisme.

Les efforts pour atteindre un accord sur la définition générale de terrorisme n'en ont pas moins été poursuivis et aujourd'hui c'est l'un des objets essentiels des travaux du Comité spécial de l'Assemblée Générale pour l'élaboration d'une Convention internationale sur le terrorisme.

L'Union européenne, quant à elle, a soutenu l'adoption d'une Convention générale⁸⁶. Au sein de son propre cadre normatif, la nécessité d'une définition du terrorisme doit être envisagée au regard d'autres impératifs de la construction européenne.

L'existence d'une définition commune de terrorisme dans l'Union européenne contribuerait en effet à augmenter l'intégration dans la mesure où elle est essentielle à la

⁸² C'est par exemple la position défendue par S. Tiefenbrun qui écrit : « [...] *the disadvantage of not listing specific acts as 'terrorist acts' is that the decision will be left up to policy makers to determine who is and who is not committing 'terrorist acts'. A subjective definition leaves too much room for political bias to affect the decision* » : « A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism », *International Law Students Association Journal of international and comparative law*, n° 9, 2003, p. 357. V. aussi G. Levitt qui affirme : « [...] *it avoids political conflict over basic definitional principles, permitting textual agreement to be reached* » : « Is Terrorism Worth Defining ? », *Ohio Northern University Law Review*, n° 13, 1986, p. 102.

⁸³ C'est ainsi que B. Golder et G. Williams perçoivent ce problème et affirment qu'en « *traitant les actes terroristes individuellement, il n'est pas possible d'extraire ce qu'est pour nous le terrorisme* » : « What is 'Terrorism' ? Problems of Definition », *University of New South Wales Law Journal*, vol. 27, n° 2, 2004, pp. 270-295.

⁸⁴ Le terrorisme nucléaire est mentionné expressément dans la Déclaration du Conseil *sur la lutte contre le terrorisme* du 25 mars 2004 (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/cc/79639.pdf).

⁸⁵ V. dans le présent rapport la contribution de L. Neyret, p. 43.

⁸⁶ Déclaration sur le terrorisme *op. cit.* de 2004, objectif 1, tiret 2 : « Agir pour que tous les États adhèrent aux conventions des Nations Unies relatives au terrorisme et les mettent pleinement en œuvre, et pour que soit conclue une convention générale des Nations Unies contre le terrorisme (...) ».

construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment en vue de la construction d'un droit pénal de l'Union⁸⁷. Une plus grande harmonisation pénale dans l'Union européenne contribuerait à renforcer l'image de l'Union européenne à l'extérieur et à affirmer sa voix dans la lutte contre le terrorisme face aux Etats tiers.

Inévitablement, la difficulté particulière d'une définition commune du terrorisme dans l'Union européenne est celle de sa transposition satisfaisante par les Etats membres. Dans son rapport de 2007, la Commission européenne a souligné que bien qu'il y ait eu une progression importante par rapport à 2002, « *la plupart des manquements constatés dans le premier rapport d'évaluation demeurent inchangés (...) le déficit de transposition de l'article 1^{er} en Allemagne, en Italie, en Lituanie, au Luxembourg, en Pologne, en Slovénie et au Royaume-Uni. Cette disposition est primordiale non seulement pour la décision-cadre mais pour la politique antiterroriste en général. En effet, la définition commune du terrorisme constitue le fondement de toutes les autres dispositions de la décision-cadre et permet l'application des instruments de coopération entre services répressifs* »⁸⁸. Les dispositions de caractère pénal affectent très spécialement la souveraineté des Etats membres ; ce qui explique pour l'essentiel la résistance de certains Etats membres.

*
* * *

Eric David souligne très bien qu'il « *est très difficile de définir un phénomène aussi multiforme sans le réduire et masquer une partie du réel* »⁸⁹. Selon lui, la référence analogique aux violations du droit international humanitaire peut demeurer un critère objectif plus opérationnel⁹⁰.

Selon nous, une définition commune du terrorisme, qui ne prendrait pas en compte tous les faits concrets, ne rendrait que très difficilement applicable l'instrument qui le contiendrait. Elle entraînerait par ailleurs une restriction abusive des libertés fondamentales allant au-delà de l'objectif - légitime - de lutte contre le terrorisme⁹¹.

Il convient de souligner que la définition adoptée au niveau de l'Union européenne fut sévèrement critiquée, notamment par de nombreux organismes de défense des libertés publiques et par des acteurs de terrains⁹². En effet, la définition étant assez large, le risque de voir l'application de ces incriminations à de nombreuses formes de contestations ou de comportements relevant plus d'une opposition ou d'une lutte civiles contre une politique

⁸⁷ V. sur cette construction la très bonne thèse d'E. Gindre, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, LGDJ, 2009, 524 p.

⁸⁸ Commission européenne, Rapport du 6 nov. 2007 fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, COM(2007) 681 final.

⁸⁹ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, ULB, Bruylant, 2009, p. 1101.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 1125.

⁹¹ Exemple du code pénal turc, qui définit, en son article 301, de manière large le terrorisme en interdisant l'« *offense à l'identité turque* » et qui a eu pour conséquence, au début de l'année 2012, l'emprisonnement de quarante journalistes en restreignant ainsi encore plus la liberté de la presse dans ce pays [Le Courrier des Balkans, en ligne, le 26 février 2012].

⁹² M.-A. Beernaert, « La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme », *Revue internationale de droit pénal*, 2006/1, vol. 77, pp. 283-284.

gouvernementale, existe bel et bien. Par ailleurs, les infractions retenues par la décision-cadre du 13 juin 2002 retiennent des termes qui demeurent non parfaitement définis juridiquement. Cependant, l'originalité de la définition réside dans le système de règlement des conflits positifs de compétence qu'elle propose. Les Etats doivent coopérer afin de centraliser les poursuites dans l'Etat du lieu de l'infraction, ou dans celui de la nationalité ou de la résidence de l'auteur de l'infraction, ou encore dans l'Etat d'origine des victimes, ou enfin dans l'Etat où l'auteur de l'infraction a été trouvé⁹³.

Des « *conflits de normes* », des conflits entre ordres juridiques international et européen⁹⁴ ne sont cependant pas à exclure...

Lucas Rodriguez de las Heras Ballell
Amparo Alcoceba Gallego
Emmanuelle Saulnier-Cassia
Stella Sava-Albaladéjo

⁹³ Art. 9, §2 de la décision-cadre du 13 juin 2002, *op. cit.*

⁹⁴ Lire dans ce cadre : J-M. Thouvenin, « Le choc du droit communautaire et du droit international, encore l'arrêt Kadi », *RMCUE*, n° 524, janv. 2009, p. 30 et « Les rapports de systèmes après l'affaire Kadi », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, p. 352 ; M. Beulay, « Les arrêts Kadi et Al Barakaat international foundation. Réaffirmation par la Cour de justice de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit international », *RMCUE*, n° 524, janv. 2009, p. 32.

La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne

Attaques bioterroristes post-11 septembre - Une semaine après les attentats du 11 septembre 2001, des lettres contenant des spores du bacille du charbon sont envoyées aux bureaux de grands médias et à deux sénateurs américains provoquant vingt-trois cas de maladie du charbon et entraînant cinq décès. Ces actes se sont déroulés aux États-Unis mais ont eu des répercussions dans le monde entier. En Europe, malgré l'absence d'attaque terroriste similaire, les services de protection civile et les forces armées ont dû faire face à une « *lourde pression* »⁹⁵ en raison de nombreux envois contenant des poudres suspectes. Il s'en est suivi une succession de prises de positions des autorités européennes pour lutter contre la menace bioterroriste.

Signification du bioterrorisme - Le dictionnaire Larousse définit le « *bioterrorisme* » comme une « *forme de terrorisme ayant recours à des agents biologiques pathogènes ou à des produits chimiques (par exemple, le sarin)* ». Le préfixe « *bio* » renvoie ici au caractère mortifère pour l'homme de certains éléments du vivant. Sa signification est même dépassée puisque le bioterrorisme désigne non seulement les actes commis à partir d'agents *biologiques*, mais aussi ceux perpétrés avec des agents de nature chimique.

En droit, le terme de bioterrorisme apparaît rarement dans l'intitulé des instruments juridiques qui lui sont dédiés. Quand c'est le cas comme pour le *Bioterrorism Act* américain de 2002 ou la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2004⁹⁶, aucune définition du bioterrorisme n'est donnée dans le corps du texte. Quand ce n'est pas le cas, le terme bioterrorisme est souvent remplacé par l'expression d'« *attaques par des agents biologiques et chimiques* »⁹⁷, de « *menace biologique* »⁹⁸ ou de menace pour « *la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire* »⁹⁹.

En définitive, la définition communément admise du bioterrorisme est large puisque le terme désigne la dissémination délibérée d'agents biologiques, chimiques, radiologiques ou nucléaires¹⁰⁰ susceptibles d'entraîner une contamination massive des personnes et de l'environnement dans un but terroriste¹⁰¹. Dans ces conditions, la politique de lutte contre les attaques bioterroristes vise à assurer la protection des populations contre « *les attentats (...)*

⁹⁵ Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 au Conseil et au Parlement européen *relative à la coopération dans l'Union européenne concernant la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques*, COM (2003) 320 final.

⁹⁶ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 1367 (2004) du 2 mars 2004 sur le « *Bioterrorisme : une menace sérieuse pour la santé des citoyens* ».

⁹⁷ Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 au Conseil et au Parlement européen, *op. cit.*

⁹⁸ Commission européenne, Livre vert du 11 juil. 2007 *sur la préparation à la menace biologique*, COM (2007) 399 final.

⁹⁹ Commission européenne, Communication du 24 juin 2009 au Parlement européen et au Conseil *sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire dans l'Union européenne - Un plan d'action de l'Union européenne dans le domaine CBRN*, COM (2009) 273 final.

¹⁰⁰ Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 au Conseil et au Parlement européen, *op. cit.*

¹⁰¹ Sur la liste des finalités terroristes : Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre du 13 juin 2002 *relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 164, 22 juin 2002, p. 3.

utilisant des moyens non conventionnels »¹⁰² et dépasse la question de l'utilisation d'armes non conventionnelles ou d'armes de destruction massive dans un contexte militaire.

Les attaques bioterroristes au charbon perpétrées sur le territoire américain en 2001 ne doivent pas faire oublier que le recours à l'arme biologique ne date pas d'hier.

Histoire du bioterrorisme - Comme le note un auteur¹⁰³, « *l'acte bioterroriste n'est pas récent* ». Tout a commencé¹⁰⁴ par le recours aux agents biologiques en temps de guerre. Que l'on songe aux Assyriens qui, au VI^e siècle avant notre ère, empoisonnaient les puits de leurs ennemis avec de l'ergot de seigle. Que l'on songe encore aux Tatares qui, au XIV^e siècle, jetèrent les cadavres morts de la peste par-dessus les murs de la ville de Caffa où les Génois étaient assiégés, pour entraîner leur perte. Que l'on pense enfin à l'armée britannique qui, au XVIII^e siècle, extermina plusieurs tribus amérindiennes en leur offrant des couvertures contaminées par la variole. Puis vint le moment de la réglementation de l'usage des agents biologiques et chimiques en temps de guerre dont l'un des textes phares fut le protocole de Genève de 1925 interdisant ce type d'armes.

Après avoir servi comme arme de guerre, les agents chimiques ou biologiques vont être utilisés par des terroristes pour intimider la population. En 1952, un mouvement nationaliste kenyan attaque le bétail des fermiers britanniques en l'empoisonnant à l'arsenic. Beaucoup plus tard, les esprits ont surtout été marqués par l'attaque au gaz sarin perpétrée par la secte Aum dans le métro de Tokyo en 1995. Cet acte de bioterrorisme a causé la mort de douze personnes et l'intoxication de plus de 5000 autres, montrant qu'une telle forme de terrorisme présentait une capacité de destruction massive, ce qu'a confirmé l'attaque à l'anthrax sur le sol américain en 2001 à l'origine d'une véritable terreur planétaire catalysée par les attentats du 11 septembre.

Depuis, la menace d'utilisation des agents bioterroristes est jugée « *plausible du fait que le coût de production des armes biologiques est 2000 fois inférieur à celui des armes conventionnelles à efficacité comparable* »¹⁰⁵. A quoi il faut ajouter une accessibilité parfois aisée à certains agents chimiques et biologiques¹⁰⁶. Surtout, le risque d'attentats bioterroristes serait-il « *statistiquement faible* »¹⁰⁷ mérite d'être traité avec attention dans la mesure où les conséquences de tels actes peuvent être « *désastreuses* »¹⁰⁸.

Réactions internationales face au bioterrorisme - Face aux actes de bioterrorisme perpétrés en 2001 aux Etats-Unis, les réactions ne se sont pas fait attendre. A l'échelle internationale, une réunion a rassemblé à Ottawa le 7 novembre 2001 les ministres de la santé du groupe de pays formant le G7 auxquels se sont associées d'autres personnalités

¹⁰² Commission européenne, Communication du 24 juin 2009 au Parlement européen et au Conseil, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰³ T. Garcia, préface à A. Fabre, *Politique et droit de la sécurité face au bioterrorisme*, L'Harmattan, 2005, p. 7.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 23 et s.

¹⁰⁵ D. Raoult, *Rapport sur le bioterrorisme*, La documentation française, 2003, p. 20.

¹⁰⁶ O. Lepick, J.-F. Daguzan, *Le terrorisme non conventionnel*, PUF, 2003, p. 21. Plus précisément sur le terrorisme chimique, pp. 52 et s., sur le terrorisme biologique, pp. 81 et s.

¹⁰⁷ Commission européenne, Livre vert du 11 juil. 2007 *sur la préparation à la menace biologique*, COM (2007) 399 final, p. 3.

¹⁰⁸ *Ibid.*

pour convenir de mesures concertées à l'échelle mondiale afin de lutter contre la menace de terrorisme international de nature biologique, chimique ou radionucléaire¹⁰⁹.

Déjà un peu plus tôt en Europe, le Conseil européen réuni à Gand le 19 octobre 2001 avait invité le Conseil et la Commission à « *préparer un programme visant à améliorer la coopération entre les Etats membres en matière d'évaluation des risques, d'alerte et d'intervention, de stockage des moyens, et dans le domaine de la recherche. Ce programme devra porter à la fois sur la détection et l'identification des agents infectieux et toxiques, et sur la prévention et le traitement des agressions chimiques ou biologiques* ».

Depuis, les communications¹¹⁰ et autres livres¹¹¹ de la Commission qui traitent directement ou indirectement de la menace bioterroriste se sont multipliés. A l'échelle du Conseil de l'Europe, l'assemblée parlementaire a adopté une résolution en 2004 consacrée spécialement au bioterrorisme perçu comme « *une menace sérieuse pour la santé des citoyens* »¹¹², notamment en ce qu'« *à la suite de la chute de l'Union soviétique, les contrôles sur l'utilisation des matières chimiques, biologiques et nucléaires se sont considérablement relâchés, tandis que, dans le même temps, les scientifiques disposant d'une certaine expérience dans le domaine des armes de destruction massive accédaient au marché international* »¹¹³.

En France, le gouvernement a adopté un plan « *Biotox* » dès le mois d'octobre 2001 définissant la responsabilité des départements ministériels concernés par la prévention, la surveillance, l'alerte et l'intervention contre le terrorisme biologique.

Le gouvernement français a par ailleurs classé plusieurs agents pathogènes comme ceux du charbon, de la peste ou encore de la variole sur la liste I des substances vénéneuses, réglementé le commerce de certaines toxines¹¹⁴ et ajouté le charbon à la liste des maladies à déclaration obligatoire¹¹⁵. Le gouvernement français a aussi sollicité un biologiste français de renom, spécialiste des maladies infectieuses, afin qu'il émette des recommandations en matière de lutte efficace contre le bioterrorisme¹¹⁶.

Les Etats-Unis ont quant à eux adopté, en plus du *Patriot Act* du 26 octobre 2001, un texte spécifique aux menaces de criminalité par des agents chimiques ou biologiques appelé

¹⁰⁹ Deux Protocoles du 14 octobre 2005 sur la navigation maritime et sur les plates-formes fixes, adoptés sous l'égide de l'Organisation maritime internationale définissent les infractions pouvant être commises avec des armes biologiques, chimiques et nucléaires (les armes « BCN ») : W. Gehr, « Le cadre juridique universel de la lutte contre le terrorisme nucléaire », *Bulletin de droit nucléaire*, n° 79, 2007, pp.5-15, spéc. p. 12.

¹¹⁰ Commission européenne, Communication au Conseil et au Parlement européen du 28 nov. 2001 : « *Protection civile - Etat d'alerte préventive contre les urgences éventuelles* », COM (2001) 707 final ; Commission européenne, Communication du 11 juin 2002 au Conseil et au Parlement européen : « *Protection civile - Progrès dans la mise en œuvre du programme de préparation aux urgences éventuelles* » COM (2002) 302 final ; Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 relative à la coopération dans l'Union européenne concernant la préparation et la réactions aux attaques par des agents biologiques et chimiques, COM (2003) 320 final.

¹¹¹ Commission européenne, Livre vert du 11 juil. 2007 sur la préparation à la menace biologique, *op. cit.* qui envisage notamment les actes criminels intentionnels à caractère biologique.

¹¹² Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 1367 (2004) du 2 mars 2004 sur le « *Bioterrorisme : une menace sérieuse pour la santé des citoyens* », *op. cit.* ; D. Jacquat, Rapport du 9 févr. 2004 de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille sur le projet de résolution relative au bioterrorisme, Doc. 10067.

¹¹³ M. Murat Mercan, Rapport du 27 janv. 2004 de la commission des questions politiques, « Le terrorisme : une menace pour les démocraties », Doc. 10056.

¹¹⁴ Arrêté du 22 sept. 2001, JORF 26 sept. 2001.

¹¹⁵ Décret et Arrêté 5 du oct. 2001, JORF du 6 oct. 2001.

¹¹⁶ D. Raoult, *Rapport sur le bioterrorisme, op. cit.*

Bioterrorism Act du 12 juin 2002 destiné à coordonner les politiques de prévention de diverses agences nationales et à organiser la réaction à une attaque bioterroriste.

Caractéristiques du risque bioterroriste - L'homme du XX^e siècle en acquérant des biopouvoirs¹¹⁷ est devenu du même coup créateur de biorisques, autrement dit de menaces pour le vivant¹¹⁸ dans sa globalité. Dans cette perspective, les actes de bioterrorisme peuvent être rattachés au concept de « *crime globalisé* »¹¹⁹, et ce à un double point de vue.

D'une part, le bioterrorisme est un crime global en raison de l'objet qu'il menace. Il s'agit certes de la santé humaine puisque les agents biologiques sont capables de « *contaminer des milliers d'individus* »¹²⁰, mais au-delà encore, l'utilisation de tels agents pathogènes « *pourrait aussi occasionner, dans des proportions imprévisibles, un dommage durable aux ressources naturelles, et notamment à l'eau, à la production agricole et à la chaîne alimentaire, entraînant ainsi des conséquences non seulement pour la santé humaine, mais aussi pour l'environnement* »¹²¹.

Cela a conduit l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à souligner dans sa résolution de 2004 que le bioterrorisme risquait aussi de « *porter atteinte à l'environnement* ». Où l'on voit ici que l'enjeu de la lutte contre le terrorisme relève d'une double approche sanitaire et environnementale. Pour autant, on ne trouve pas dans les textes européens relatifs à la lutte contre le bioterrorisme de volonté de protéger l'environnement en raison de sa valeur intrinsèque. Il s'agit avant tout de garantir la préservation de la santé humaine menacée par des agents biologiques qui ont pour vecteur l'environnement.

Dans ce cas, la valeur reconnue à l'environnement est simplement instrumentale. Quoi qu'il en soit et eu égard à la portée du bioterrorisme potentiellement dommageable pour l'ensemble du vivant, une politique efficace en la matière requiert d'être « *trans-sectorielle* »¹²², c'est-à-dire de croiser et de coordonner les systèmes de gestion de crise dans les domaines du terrorisme, de la santé, de la protection civile et de l'environnement.

D'autre part, le bioterrorisme est un risque global en raison de sa dimension transfrontière. En effet, en la matière « *les risques sont planétaires. Il n'y a pas de frontières à la diffusion de la variole, de la peste (...)* »¹²³. En conséquence, la réponse à apporter au bioterrorisme « *doit être concertée, au niveau régional et mondial* »¹²⁴. Autrement dit, en raison du caractère universel de la menace, « *la riposte pour y faire face doit être universelle* »¹²⁵. L'enjeu est de taille et malgré cela la solidarité internationale a parfois du mal à dépasser la simple pétition de principe.

Pour preuve en matière de menaces transfrontières graves pour la santé d'origine non malveillante, l'épidémie de SRAS en 2003, la pandémie de grippe H1N1 en 2009, ou encore

¹¹⁷ M. Foucault, *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Seuil, Gallimard, 1997, pp. 213 et s.

¹¹⁸ L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, n° 18 et n° 27.

¹¹⁹ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, I. Le relatif et l'universel, Seuil, 2004, p. 285.

¹²⁰ Commission européenne, Livre vert sur la préparation à la menace biologique, *op. cit.*, p. 2.

¹²¹ L. Toshev, Rapport du 16 févr. 2004 à propos du projet de résolution du Conseil de l'Europe sur le bioterrorisme, Doc. 10095.

¹²² Commission européenne, Communication du 22 nov. 2010 au Parlement européen et au Conseil portant sur la stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre, COM (2010) 673 final.

¹²³ D. Jacquat, Rapport du 9 févr. 2004 de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille sur le projet de résolution relative au bioterrorisme, Doc. 10067, n° 18.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ D. Jacquat, rapport *op. cit.*, n° 19.

l'apparition de foyers d'infection à E. Coli en 2011 ont montré que les mécanismes existants ne permettaient pas une coordination suffisante des réactions propres à limiter le risque de propagation de ces épidémies¹²⁶.

Or, comme le souligne la Commission elle-même, « *bien qu'il incombe aux Etats membres de gérer les crises de santé publique à l'échelon national, aucun pays ne peut à lui seul combattre une crise internationale en matière de santé publique* »¹²⁷. Or, la pandémie de grippe H1N1 a montré que les Etats de l'Union européenne se faisaient mutuellement concurrence pour acquérir des vaccins qui n'étaient disponibles qu'en quantité limitée¹²⁸, quand l'apparition de foyers d'infection à E. coli en 2011 s'est soldée par des pertes de vies humaines en raison notamment d'un manque de coordination au niveau de l'Union européenne¹²⁹. Si les mêmes épidémies avaient pour cause la malveillance de bioterroristes, la réactivité européenne et internationale serait-elle plus efficace ?

D'une manière générale, la prise en compte du caractère transfrontière de la menace terroriste se manifeste par la conclusion de nombreux accords de coopération à l'image de ceux passés entre l'Union européenne et les Etats-Unis¹³⁰, sans qu'il existe d'accord spécifique en matière de bioterrorisme. A l'avenir, nul doute qu'un renforcement de la « *coopération transfrontière* »¹³¹ s'imposera dans ce domaine, tant les mesures qui existent pour garantir la biosécurité devront être adaptées « *pour parer à des attaques délibérées* »¹³².

Valeurs sous-jacentes dans la lutte contre le bioterrorisme - Pour la Commission européenne, « *si la plupart des Européens peuvent vaquer à leurs occupations quotidiennes dans un environnement relativement sûr, des menaces graves pour la sécurité, d'une ampleur et d'une sophistication croissantes, pèsent actuellement sur nos sociétés (...). Quatre Européens sur cinq réclament plus d'action au niveau de l'UE contre (...) le terrorisme* »¹³³.

De tels propos permettent de mettre en évidence, en creux, l'une des justifications de la lutte contre le terrorisme. Il s'agit du paradigme de la peur. Certes, comme le reconnaît la Commission européenne : « *le risque d'attentats bioterroristes est statistiquement faible, mais les conséquences de ces actes peuvent être désastreuses* »¹³⁴. En luttant contre ce risque, l'Union européenne cherche à « *renforcer la sécurité* »¹³⁵ sur son territoire. Reste à savoir si les mécanismes mis en place au sein de l'Union européenne servent efficacement un tel objectif. Pour le savoir, une diversité de sources présentant des natures juridiques différentes existe.

¹²⁶ Commission européenne, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 8 déc. 2011 relative aux menaces transfrontières graves pour la santé, COM (2011) 866 final.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Commission européenne, Communication du 24 juin 2009 au Parlement européen et au Conseil sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire dans l'Union européenne, COM (2009) 273 final, p. 11.

¹³¹ Commission européenne, Livre vert sur la préparation à la menace biologique, *op. cit.*, p. 5.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Commission européenne, Communication du 22 nov. 2010 au Parlement européen et au Conseil relative à la stratégie de la sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre, *op. cit.*

¹³⁴ Commission européenne, Livre vert sur la préparation à la menace biologique, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁵ Commission européenne, Communication du 22 nov. 2010 au Parlement européen et au Conseil relative à la stratégie de la sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre, *op. cit.*

Sources du droit de la lutte contre le bioterrorisme - Les instruments européens qui ont pour objet de lutter d'une manière ou d'une autre contre le bioterrorisme n'ont pas, pour la plupart, de portée contraignante pour les Etats membres. Il s'agit de communications de la commission dont l'une d'entre elles définit un plan d'action dans le domaine de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire¹³⁶, d'un livre vert consacré à la préparation à la menace biologique ou encore d'une proposition de décision du Parlement européen et du conseil relative aux menaces transfrontières graves pour la santé¹³⁷.

Quant à la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002¹³⁸ relative à la lutte contre le terrorisme, modifiée en 2008¹³⁹, elle invite chaque Etat membre à prendre les mesures nécessaires pour considérer comme des infractions les actes intentionnels à visée terroriste comme « *la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation (...) d'armes nucléaires, biologiques ou chimiques* » ou « *la libération de substances dangereuses (...) ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines* ». Pour l'essentiel, les institutions européennes définissent un cadre de mesures administratives destinées à prévenir le risque d'attaques bioterroristes et, le cas échéant, à coordonner la gestion des effets d'un attentat de ce type.

En outre, l'Union pose les jalons d'un rapprochement de la définition des infractions bioterroristes pour tous les Etats membres. Dans ces conditions, la compréhension de la politique européenne de lutte contre le bioterrorisme passe par l'étude de la gestion du risque d'attaque bioterroriste en amont et en aval de la réalisation d'un tel risque, c'est-à-dire *ex ante* et (I) *ex post* (II).

I- La gestion *ex ante* du bioterrorisme

Les normes européennes qui participent à la lutte contre le bioterrorisme relèvent essentiellement d'une politique de prévention des risques puisque dans ce domaine où la sécurité sanitaire et environnementale est en jeu, il vaut mieux prévenir que guérir. Cette politique préventive repose sur des fondements spécifiques (A) et met en œuvre des règles (B) qu'il convient de présenter ici.

A- Fondements juridiques de l'action préventive de l'Union européenne pour la lutte contre le bioterrorisme

Compétence de l'Union en matière de sécurité sanitaire, civile, intérieure et environnementale - Le caractère global et multisectoriel de la menace bioterroriste explique que la politique de l'Union européenne en la matière puise sa source dans diverses

¹³⁶ Commission européenne, Communication du 24 juin 2009 au Parlement européen et au Conseil *sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 6. La Commission européenne y indique : « *Le plan d'action dans [ce] domaine (...) n'est pas un instrument juridique. Seuls d'éventuels futurs instruments juridiques d'exécution du plan d'action pourraient avoir pour l'UE des conséquences budgétaires et juridiques directes* ».

¹³⁷ Commission européenne, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 8 déc. 2011 *relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, *op. cit.*

¹³⁸ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*

¹³⁹ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008 modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002, JO L 330 du 9 déc. 2008, p. 21.

dispositions du droit primaire. D'abord, l'Union tire le pouvoir de prendre des mesures de prévention de la criminalité¹⁴⁰ en général, et donc du bioterrorisme, en particulier, des dispositions consacrées à la poursuite d'un niveau élevé de sécurité dans l'espace européen. Ensuite, l'Union a une compétence partagée avec les Etats membres en ce qui concerne l'environnement¹⁴¹ et les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique¹⁴².

Enfin, l'Union dispose d'une compétence d'appui pour soutenir, coordonner ou compléter l'action des Etats membres dans le domaine de la protection et de l'amélioration de la santé humaine¹⁴³ ainsi que dans celui de la protection civile¹⁴⁴. Enfin, dans le domaine de l'environnement, la politique de l'Union qui doit tendre vers un niveau de protection élevé peut se fonder sur le principe d'action préventive.

Subsidiarité - Les conséquences dommageables d'une attaque bioterroriste peuvent atteindre une dimension transfrontière. Comme le note la Commission, « *dans une société mondialisée, les personnes et les marchandises traversent les frontières, et les maladies et produits contaminés peuvent se répandre en quelques heures sur la planète entière* »¹⁴⁵. Dans ce cas et en particulier quand les menaces sont délibérément créées à des fins malveillantes, « *il importe que les mesures (...) soient compatibles et coordonnées pour prévenir la propagation et réduire le plus possible les conséquences de ces menaces* »¹⁴⁶.

Pour la Commission, les mesures adoptées individuellement par un Etat membre pour faire face à ces menaces peuvent « *porter préjudice aux intérêts des Etats membres, voire s'avérer contraires aux objectifs et principes fondamentaux de l'Union européenne si elles ne sont pas cohérentes* »¹⁴⁷. Cela explique la proposition de la Commission de faire application du principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité sur l'Union européenne¹⁴⁸ pour prévenir efficacement les menaces transfrontières graves pour la santé et dès lors les menaces bioterroristes d'origine biologique, chimique et environnementale¹⁴⁹, étant donné que cet objectif ne peut, selon la Commission, être réalisé de manière satisfaisante par les seuls Etats membres.

Et la Commission de solliciter le pouvoir d'adopter des actes délégués conformément à l'article 290 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne les mesures nécessaires pour compléter l'action des Etats membres à l'égard des aspects transnationaux de la lutte contre les menaces transfrontières graves pour la santé en cas de situations d'urgence¹⁵⁰, et le pouvoir d'adopter des actes d'exécution conformément à l'article 291 du même traité en ce qui concerne notamment « *les procédures de coordination, d'échange d'information et de consultation mutuelle en matière de planification de la préparation et de l'intervention* »¹⁵¹.

¹⁴⁰ Article 67, § 3 TFUE.

¹⁴¹ Article 4, § 2, point e), TFUE.

¹⁴² Article 4, § 2, point k) TFUE.

¹⁴³ Article 6, point a) TFUE.

¹⁴⁴ Article 6, point a) TFUE.

¹⁴⁵ Commission européenne, Proposition du 8 déc. 2011 de décision du Parlement européen et du Conseil *relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴⁹ *Ibid.*, article 2, 1.

¹⁵⁰ *Ibid.*, considérant 20.

¹⁵¹ *Ibid.*, considérant 21.

B- Régime de l'action préventive de l'Union européenne pour la lutte contre le bioterrorisme

Action pluri- et trans-sectorielle – L'efficacité de la prévention du risque d'attaque bioterroriste dans l'espace européen passe par une adaptation des différentes politiques sectorielles concernées par ce type d'attaque aux fins de coller aux caractéristiques spécifiques qui sont les siennes, ainsi que par une coordination de ces politiques au service d'une approche intégrée fondée sur une appréciation commune du risque bioterroriste.

Politiques sectorielles adaptées à la lutte contre le bioterrorisme – Il existe une pluralité d'instruments juridiques ou non juridiques de l'Union européenne pertinents pour la lutte contre le bioterrorisme et qui ont trait aux biens et technologies à double usage, ainsi qu'à la sécurité civile, sanitaire et environnementale.

Contrôle des exportations des biens à double usage – Les biens dits « à double usage » s'entendent des « *produits (...) susceptibles d'avoir une utilisation tant civile que militaire* »¹⁵². Ils recouvrent un très large éventail¹⁵³ incluant notamment les produits chimiques et biologiques ou encore les technologies nucléaires.

Comme le souligne la Commission européenne, le contrôle des exportations de tels biens joue « *un rôle clé dans la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive* » afin « *d'éviter que des produits ou technologies utilisés autrement dans des buts pacifiques ne parviennent (...) à des organisations susceptibles de s'en servir à des fins terroristes* »¹⁵⁴. C'est pourquoi, le règlement communautaire du 5 mai 2009¹⁵⁵ prévoit que les biens à double usage soient soumis à un contrôle efficace lorsqu'ils sont exportés de l'Union ou transitent par celle-ci ou lorsqu'ils sont livrés dans un pays tiers grâce à un service de courtage fourni par un intermédiaire résidant ou établi dans l'Union.

A cette fin, il est mis en place une procédure spécifique d'autorisation, laquelle, lorsqu'elle est accordée, prévoit l'interdiction d'exporter les biens concernés vers un certain nombre d'Etats s'il est établi que ces biens peuvent être destinés entièrement ou en partie à « *contribuer au développement, à la production, au maniement, au fonctionnement, à l'entretien, au stockage, à la détection, à l'identification ou à la dissimulation d'armes chimiques, biologique ou nucléaires (...)* »¹⁵⁶.

La garantie de ces exigences communautaires qui participent à la prévention du bioterrorisme est assurée par la détermination par les Etats membres de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives¹⁵⁷. Au-delà du contrôle des exportations des biens à double

¹⁵² Conseil, Règlement 428/2009/CE du Conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit des biens à double usage, JO L 134 du 29 mai 2009, p. 1.

¹⁵³ Commission européenne, Communication du 18 déc. 2006 relative à la révision du régime communautaire de contrôles des exportations des biens et technologies à double usage, COM (2006) 828 final.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵⁵ Conseil, Règlement n° 428/2009/CE du Conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit des biens à double usage, *op. cit.*

¹⁵⁶ Parlement européen et Conseil, Règlement n° 1232/2011/CE du 16 nov. 2011 portant modification du Règlement n° 428/2009, Annexe II b, JO L 326/26, 8 déc. 2011.

¹⁵⁷ Article 24 du Règlement n° 428/2009, *op. cit.*

usage, la politique européenne de lutte contre le bioterrorisme passe également par l'adaptation de la politique sanitaire de l'Union.

Adaptation de la politique sanitaire européenne à la lutte contre le bioterrorisme – Le caractère transfrontière et potentiellement catastrophique de la menace bioterroriste justifie-t-il un transfert des compétences des Etats membres à l'Union européenne ? Jusque-là, les instruments destinés à adapter la politique sanitaire de l'Union aux spécificités du risque bioterroriste relevaient de la compétence d'appui de l'Union. A la suite des attaques au charbon sur le sol américain en septembre 2001, la Présidence de l'Union a établi des conclusions¹⁵⁸ demandant à la Commission de mettre en place un programme d'action concernant la coopération en matière de préparation et de réaction aux menaces biologiques et chimiques.

L'importance d'une action commune destinée à compléter les mesures nationales en matière de lutte contre le bioterrorisme¹⁵⁹ a entraîné la création, le 26 octobre 2001, d'un comité de sécurité sanitaire et la mise sur pied, en 2002, d'une task-force composée d'experts nationaux et de fonctionnaires de la Commission, chargée de mettre en œuvre un programme d'action visant à renforcer la sécurité sanitaire. Le comité sanitaire a adopté le 17 décembre 2001 un programme concernant la coopération sur la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques désigné sous le nom de code « *BICHAT* ». Ce bio-réseau européen d'alerte et de gestion de crise comprend 25 actions qui s'articulent autour de quatre objectifs :

- a) instaurer un mécanisme d'échange d'informations, de consultation et de coordination pour la gestion des questions d'ordre sanitaire liées à des attaques ;
- b) créer à l'échelle de l'Union européenne des capacités de détection et d'identification opportunes des agents biologiques et chimiques susceptibles d'être utilisés dans des attaques, ainsi que de repérage et de diagnostic rapides en cas de contamination ;
- c) créer une base de données relative aux stocks de médicaments et aux services de santé ainsi qu'un système de secours permettant de disposer de médicaments et de personnel de soin spécialisé en cas d'attaques présumées ou avérées ;
- d) définir des règles et diffuser des conseils sur la manière de faire face à des attaques du point de vue sanitaire et de coordonner une réponse sanitaire ainsi que les relations avec les pays tiers et les organisations internationales.

Avec le temps, la politique de l'Union s'est renforcée en matière de lutte contre le bioterrorisme en prenant la forme d'un plan d'action dans le domaine de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire (CBRN)¹⁶⁰. Les mesures préventives constituent l'axe central de ce plan d'action. Il s'agit notamment de faire en sorte que l'accès non autorisé à des matières chimiques, biologiques, radiologiques et nucléaires soit le plus difficile possible. Quoiqu'il en soit, le plan d'action de l'Union européenne dans ce domaine « *n'est pas un instrument juridique* ». Seuls d'éventuels futurs instruments juridiques d'exécution pourraient avoir des conséquences budgétaires et juridiques directes¹⁶¹.

¹⁵⁸ Conseil de l'Union européenne, Conclusions de la Présidence du 15 nov. 2001, C/01/415, 13826/01.

¹⁵⁹ Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 *relative à la coopération concernant la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques*, *op. cit.*

¹⁶⁰ Communication européenne, Communication du 24 juin 2009 au Parlement européen et au Conseil *sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 6.

A ce titre, la proposition de décision du Parlement et du Conseil déposée par la Commission le 8 décembre 2011 et relative aux menaces transfrontières graves pour la santé¹⁶² notamment applicable aux menaces bioterroristes¹⁶³ poursuit plusieurs objectifs¹⁶⁴ :

Premièrement, dans le domaine de la planification de la préparation aux menaces transfrontières graves pour la santé, la proposition prévoit que la Commission assurera la coordination des efforts des Etats membres en ce qui concerne notamment le transport, l'énergie et la protection civile.

Deuxièmement, afin de fournir les informations et données nécessaires à l'évaluation des risques et à la surveillance des menaces nouvelles, un réseau *ad hoc* devrait être mis en place lorsqu'un Etat membre signalera une menace grave autre qu'une maladie transmissible.

Troisièmement, la proposition de décision étend l'utilisation du système actuel d'alerte précoce et de réaction pour qu'il couvre toutes les menaces graves pour la santé et pas uniquement les maladies transmissibles comme c'est le cas aujourd'hui.

Quatrièmement, la proposition prévoit la réalisation coordonnée d'évaluations nationales ou européennes des risques que présentent pour la santé les menaces d'origine biologique, chimique, environnementale ou inconnue en situation de crise.

Enfin, la décision officialise le comité de sécurité sanitaire existant.

On peut percevoir dans la proposition de décision du Parlement et du Conseil déposée par la Commission, une volonté de l'Union d'étendre les instruments contraignants en faveur de la lutte contre le bioterrorisme. Pour cela, l'Union peut compter sur la compétence partagée dont elle dispose à propos des « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique »¹⁶⁵ qui vient s'ajouter à la compétence d'appui dont elle disposait déjà avant le traité de Lisbonne pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres dans le domaine de la protection de la santé humaine¹⁶⁶.

L'article 168 du traité sur le fonctionnement de l'Union est venu préciser le domaine de cette compétence en ce qu'il dispose que « l'action de l'Union, qui complète les politiques nationales, porte sur (...) la prévention (...) des causes de danger pour la santé (...). Cette action comprend (...) la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci ». La politique de l'Union européenne dans la lutte contre le bioterrorisme trouve également appui sur sa compétence en matière de protection des populations civiles.

Adaptation de la politique de sécurité civile dans la lutte contre le bioterrorisme – Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la protection des populations civiles contre les catastrophes de toute nature et en particulier contre les attaques bioterroristes relevait de la compétence de chacun des Etats membres. A la suite des actes terroristes qui ont frappé les Etats-Unis le 11 septembre 2001, l'Union européenne a établi¹⁶⁷ un mécanisme de protection civile afin de soutenir et de faciliter la mobilisation et la coordination

¹⁶² Commission européenne, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 8 déc. 2011 *relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, *op. cit.*

¹⁶³ Excepté celles liées à l'exposition radiologique ou nucléaire.

¹⁶⁴ Commission européenne, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 8 déc. 2011 *relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁵ Article 4, § 2, point k) TFUE.

¹⁶⁶ Article 6 a), TFUE.

¹⁶⁷ Commission européenne, Communication au Conseil et au Parlement européen du 28 nov. 2001 : « *Protection civile – Etat d'alerte préventive contre les urgences éventuelles* », *op. cit.*

des secours dans les situations d'urgence majeure survenant notamment à l'intérieur de l'Union.

A cette époque, en l'absence de base juridique spécifique, la politique communautaire en matière de protection civile était fondée sur l'article 308 TCE et sur l'article 203 du traité Euratom. Dans sa décision du 8 novembre 2007 instituant un mécanisme communautaire de protection civile¹⁶⁸, le Conseil a mis en place une série d'éléments et d'actions afin d'améliorer la coordination de l'intervention des services de secours de la protection civile dans les cas d'urgence majeure, notamment lié à un acte terroriste. L'organe opérationnel du mécanisme est le centre de suivi et d'information ou MIC (*Monitoring and Information Center*) qui est basé à Bruxelles et disponible 24 heures sur 24 pour faciliter la mobilisation des moyens de protection civile des Etats membres en cas d'urgence.

Avec le Traité de Lisbonne, la protection civile est devenue une compétence européenne d'appui aux Etats membres¹⁶⁹. Un titre spécifique du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lui est consacré : le titre XXIII qui comprend l'article 196 aux termes duquel « *l'Union encourage la coopération entre les Etats membres afin de renforcer l'efficacité des systèmes de prévention des catastrophes (...) d'origine humaine et de protection contre celles-ci* ». Nul doute qu'une telle compétence permet de renforcer davantage le pouvoir de l'Union européenne dans sa politique de lutte contre le bioterrorisme, une politique qui peut aussi se déployer dans le domaine de la sécurité environnementale.

Adaptation de la politique de sécurité environnementale dans la lutte contre le bioterrorisme – Comme l'a souligné la Commission dans sa communication de 2003 relative à la coopération dans l'Union européenne concernant la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques¹⁷⁰, le bioterrorisme « *a des conséquences directes non seulement sur la population mais aussi sur l'environnement, la chaîne alimentaire* »¹⁷¹.

Dans ces conditions, la prévention des actes de bioterrorisme nécessite des mesures et actions qui concernent la sécurité environnementale¹⁷². Cela ressort du programme commun adopté par le Conseil et la Commission le 20 décembre 2002 qui fait le point sur ces mesures et actions à propos de la sécurité des animaux, des végétaux ou encore de l'eau, en constatant qu'il n'y a pas lieu de mettre en place de nouveaux systèmes mais simplement d'« *adapter les*

¹⁶⁸ Conseil de l'union européenne, Décision 2007/779/CE, Euratom du 8 novembre 2007 *instituant un mécanisme communautaire de protection civile*, JO L 314 du 1^{er} déc. 2007, p. 9.

¹⁶⁹ Article 6 f) TFUE.

¹⁷⁰ Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 au Conseil et au Parlement européen *relative à la coopération dans l'Union européenne concernant la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques*, *op. cit.*

¹⁷¹ Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 au Conseil et au Parlement européen *relative à la coopération dans l'Union européenne concernant la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷² Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 au Conseil et au Parlement européen *relative à la coopération dans l'Union européenne concernant la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques*, *op. cit.*, p. 22 et s. La Commission envisage la sécurité des animaux, des végétaux ou encore de l'eau.

mécanismes actuels afin d'améliorer leur fonctionnement en tenant compte de la menace du bioterrorisme »¹⁷³.

Quoi qu'il en soit, la menace bioterroriste n'est pas visée en tant que telle dans la partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacrée à l'environnement qui fixe des objectifs relativement larges en la matière, notamment la protection de l'environnement et la protection de la santé des personnes¹⁷⁴. Il semblerait donc que la politique de l'Union pour la prévention de la menace bioterroriste fasse une place limitée à la préservation de l'environnement en tant que tel. La sécurité environnementale relève davantage d'une valeur instrumentale au service de la santé publique comme le démontre l'article 168 § 2 indice b) TFUE selon lequel le Parlement et le Conseil peuvent statuer selon la procédure législative ordinaire en adoptant des « *mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique* ».

Une chose est l'adoption de mesures sectorielles de prévention du risque de bioterrorisme, une autre est leur cohérence et leur efficacité commune. La garantie d'une telle efficacité passe par une coordination des politiques sectorielles à l'intérieur de l'espace européen.

Coordination trans-sectorielle – Dans sa stratégie pour la sécurité intérieure de 2010¹⁷⁵, la Commission européenne invite à « *interconnecter les différents centres de reconnaissance des situations* ». La Commission européenne devait ainsi consolider en 2012 les systèmes sectoriels d'alerte précoce et les mécanismes de coopération en cas de crise notamment dans le domaine du terrorisme. Par ailleurs, elle continuera à utiliser et à développer le système général d'alerte rapide ARGUS¹⁷⁶ et les procédures connexes relatives aux crises plurisectorielles à risques multiples. L'efficacité de la politique de prévention contre le bioterrorisme peut aussi passer par l'action du Comité permanent de coopération opérationnelle en matière de sécurité intérieure chargé de promouvoir et de renforcer la coopération opérationnelle des autorités compétentes des États membres¹⁷⁷.

Pour être complète, la politique européenne de lutte contre le bioterrorisme doit non seulement comporter un volet préventif, mais aussi un volet curatif destiné à réagir en cas d'attaque avérée.

II- La gestion *ex post* du bioterrorisme

Si la politique de l'Union européenne ne parvenait pas à prévenir une attaque bioterroriste, quels seraient alors les mécanismes en jeu pour en guérir les conséquences ? La stratégie susceptible d'être mise en œuvre implique d'une part, une réaction face aux actes de bioterrorisme (A), et d'autre part, une sanction des terroristes eux-mêmes (B).

¹⁷³ Commission européenne, Communication du 2 juin 2003 au Conseil et au Parlement européen *relative à la coopération dans l'Union européenne concernant la préparation et la réaction aux attaques par des agents biologiques et chimiques*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷⁴ Article 191, § 1, TFUE.

¹⁷⁵ Commission européenne, Communication du 22 nov. 2010 au Parlement européen et au Conseil portant sur *la stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre*, *op. cit.*

¹⁷⁶ Commission européenne, Communication du 23 déc. 2005 au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions *portant sur les dispositions de la Commission relatives au système général d'alerte rapide «ARGUS»*, COM (2005) 662 final.

¹⁷⁷ Article 71 TFUE.

A- La réaction face aux actes de bioterrorisme

Gestion des conséquences en matière de terrorisme – En cas d'attaque bioterroriste, il appartient avant tout aux Etats membres touchés de réagir. Néanmoins, il importe de veiller à ce que l'Union européenne soit en mesure d'apporter une réponse solidaire à une situation d'urgence extrême susceptible de dépasser les moyens d'un Etat membre isolé et de constituer une menace grave pour l'Union dans son ensemble¹⁷⁸.

Pour ce faire, le Conseil a mis en place un programme intitulé « *Prévention, préparation et gestion des conséquences en matière de terrorisme et autres risques liés à la sécurité* »¹⁷⁹ en partie fondé sur le principe de subsidiarité. Ce programme envisage les modalités de réaction optimales en cas de crise terroriste en général et donc bioterroriste en particulier. Il s'attache à : « a) *encourager, promouvoir et soutenir les échanges de savoir-faire et d'expériences pour définir les bonnes pratiques en vue de coordonner les mesures d'intervention et d'établir une coopération entre les différents acteurs chargés de la gestion de crises et des mesures de sécurité ;* b) *promouvoir l'organisation d'exercices conjoints et l'élaboration de scénarios pratiques comprenant des éléments relatifs à la sécurité et à la sûreté, afin d'accroître la coordination et la coopération entre les acteurs compétents au niveau européen* »¹⁸⁰.

L'idée sous-jacente ici est le dépassement de la règle du chacun pour soi. Les principales réalisations¹⁸¹ en ce sens relèvent du mécanisme de protection civile de l'Union européenne qui assure une réponse coordonnée à toute crise, notamment aux attaques bioterroristes, en s'appuyant sur les capacités des Etats membres. Il s'agit alors de tirer pleinement parti de la clause de solidarité consacrée dans le Traité de Lisbonne¹⁸² qui prévoit l'obligation juridique pour l'Union européenne et ses Etats membres de se prêter assistance lorsqu'un Etat membre subit une attaque terroriste¹⁸³ par exemple.

On pourrait également rattacher à la clause de solidarité l'encouragement des Etats membres à mettre en place une procédure conjointe de passation de marché relative à des contre-mesures médicales et destinée à améliorer la disponibilité des vaccins, notamment en cas d'attaque bioterroriste, et à assurer un accès plus équitable à ces produits pour les Etats membres qui prendraient part à cette procédure¹⁸⁴.

En outre, les crises sanitaires comme l'épidémie de SRAS en 2003 ou la pandémie de grippe H1N1 en 2009 ont mis en évidence la nécessité d'« améliorer la vitesse de déploiement et l'adéquation des actions, la coordination opérationnelle et politique et la visibilité de la

¹⁷⁸ Conseil de l'Union européenne, Stratégie de l'Union européenne du 30 nov. 2005 *visant à lutter contre le terrorisme*, doc. 14469/4/05.

¹⁷⁹ Conseil de l'Union européenne, Décision 2007/124/CE, Euratom du 12 févr. 2007 *établissant, pour la période 2007-2013, dans le cadre du programme général Sécurité et protection des libertés, le programme spécifique Prévention, préparation et gestion des conséquences en matière de terrorisme et autres risques liés à la sécurité*, JO L 58 du 24 févr. 2007, p. 1.

¹⁸⁰ *Ibid.*, article 4, § 3.

¹⁸¹ Commission européenne, Communication du 20 juil. 2010 « La politique antiterroriste de l'UE : principales réalisations et défis à venir », COM (2010) 386 final, p. 11.

¹⁸² Article 222 TFUE.

¹⁸³ Article 222, § 2 TFUE.

¹⁸⁴ Commission européenne, Proposition du 8 déc. 2011 de décision du Parlement européen et du Conseil *relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, *op. cit.*, article 5.

réponse de l'Union européenne aux catastrophes »¹⁸⁵. Pour cela, l'Union « *devrait se doter d'une capacité européenne de réaction d'urgence fondée sur des ressources mises à disposition à l'avance par les Etats membres et des plans d'urgences pré-approuvés* »¹⁸⁶.

Poursuite des bioterroristes – La lutte contre le terrorisme en général et contre le bioterrorisme en particulier implique des moyens efficaces d'enquête et de poursuite à l'intérieur des frontières de l'Union et au-delà¹⁸⁷. Plus particulièrement, le mandat d'arrêt européen facilite le transfèrement entre Etats membres de personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions et notamment des actes de terrorisme¹⁸⁸.

Quant au mandat européen d'obtention de preuves, il rend l'obtention de preuves par un autre Etat membre plus aisée¹⁸⁹, et concerne les actes de bioterrorisme. Il faut ajouter qu'Europol contribue de plus en plus à la stratégie de lutte contre le terrorisme, notamment grâce à une coopération renforcée avec Eurojust. Par ailleurs, Europol contribue à la mise au point d'instruments stratégiques comme le système d'alerte précoce concernant les matières chimiques, biologiques, radiologiques et nucléaires. En cas de crimes transfrontières, il a même été proposé de créer des équipes communes d'enquête¹⁹⁰.

L'efficacité de la politique de lutte contre le bioterrorisme passe donc par un renforcement des mesures de poursuite des criminels impliqués dans des actes de cette nature. Une telle politique mérite aussi d'être prolongée par une protection optimale des victimes touchées.

Aide aux victimes – Comme l'annonce le Conseil de l'Union européenne en 2005 dans sa Stratégie de lutte contre le terrorisme¹⁹¹, « *la solidarité, l'assistance et l'indemnisation des victimes du terrorisme et de leurs familles fait partie intégrante de la réponse à apporter au terrorisme au niveau national et européen* ». Pour soutenir les victimes du terrorisme en général, la Commission finance un réseau d'associations de victimes qui a pour principal objectif de stimuler la coopération transnationale entre les associations et d'accroître la représentation des intérêts des victimes au niveau de l'Union.

Ainsi entre 2000 et 2005, 5 millions d'euros ont été engagés par la Commission en ce sens¹⁹². Au-delà d'un soutien financier, les victimes d'actes de terrorisme font l'objet d'une attention particulière de l'Union comme l'illustre la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002

¹⁸⁵ Commission européenne, Communication du 22 nov. 2010 au Parlement européen et au Conseil « *La stratégie de la sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre* », COM (2010) 673 final, p. 16.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸⁷ Conseil de l'Union européenne, Stratégie de l'Union européenne du 30 nov. 2005 *visant à lutter contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 12 ;

¹⁸⁸ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 *relative au mandat européen et aux procédures de remise entre Etats membres*, JO L 190 du 18 juil. 2002, p. 1.

¹⁸⁹ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/978/JAI du 18 déc. 2008 *relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales*, JO L 350 du 30 déc. 2008, p. 72.

¹⁹⁰ Conseil de l'Union européenne, Stratégie de l'Union européenne du 30 nov. 2005 *visant à lutter contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁹² Commission européenne, Communication du 20 juil. 2010 : « *La politique antiterroriste de l'UE : principales réalisations et défis à venir* », *op. cit.*, p. 12.

relative à la lutte contre le terrorisme¹⁹³ qui comporte un article 10 intitulé « *Protection et assistance apportées aux victimes* ». Pour autant, la politique de protection des victimes du terrorisme en général et du bioterrorisme en particulier mérite d'être consolidée.

L'Union européenne a pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice dont la pierre angulaire est le principe de la reconnaissance mutuelle des jugements et autres décisions d'autorités judiciaires en matière civile et pénale dans l'Union¹⁹⁴. Pour faciliter cet objectif, le Parlement européen et le Conseil peuvent statuer par voie de directive, notamment dans le domaine des droits de victimes de la criminalité¹⁹⁵.

Tel est l'objet de la proposition de directive du 18 mai 2011 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité¹⁹⁶. Cette proposition qui définit un cadre horizontal pour répondre aux besoins de l'ensemble des victimes de la criminalité, indépendamment de la nature de l'infraction, précise toutefois qu'il convient d'analyser les lacunes dans la protection des victimes du terrorisme afin d'améliorer leur sort en Europe.

Plus précisément, la proposition de directive prévoit que « *les victimes du terrorisme peuvent avoir besoin de services d'aide spécialisés en raison des caractéristiques de l'infraction qu'elles ont subie* »¹⁹⁷ ou encore qu'elles « *nécessitent une attention particulière* » lors de l'évaluation de leur vulnérabilité aux fins de formulation de mesures d'aide adaptées. Où l'on voit que la nature spécifique de l'acte de terrorisme, justifie un soutien particulier aux victimes. Les modalités d'un tel soutien sont encore à établir, avec certainement une attention particulière à avoir en fonction de la nature spécifique de l'attaque terroriste et notamment de son caractère conventionnel ou non.

B- La sanction des bioterroristes

Politique pénale contre le bioterrorisme – A crime global, répression globale. C'est ainsi que l'on pourrait résumer la politique criminelle de l'Union européenne en matière de lutte contre le bioterrorisme. En principe la législation pénale relève de la compétence des États membres. Toutefois le droit européen permet une intervention de l'Union pour harmoniser les règles en la matière si certaines conditions sont remplies¹⁹⁸. Dès avant le Traité de Lisbonne, l'Union pouvait adopter des mesures d'harmonisation dans le cadre du troisième pilier consacré à la coopération judiciaire et policière.

Ainsi, l'article 31 point e) TUE disposait que « *l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à (...) adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue* ».

¹⁹³ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*

¹⁹⁴ Article 82 TFUE.

¹⁹⁵ Article 82, 2, c) TFUE.

¹⁹⁶ Commission européenne, Proposition de directive du 18 mai 2011 au Parlement européen et au Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, COM (2011) 275 final.

¹⁹⁷ *Ibid.* Considérant n°13.

¹⁹⁸ Ex-article 29 TUE.

Sur ce fondement, le Conseil a arrêté la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁹⁹ destinée à élaborer un cadre commun à tous les Etats membres avec notamment une définition harmonisée des infractions terroristes, dans la mesure où « *le terrorisme appelle une réponse globale* »²⁰⁰. Aux termes de cette décision-cadre, chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels à visée terroriste et notamment « *la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation (...) d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement* » ou encore « *la libération de substances dangereuses (...) ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines* ».

En outre, la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme a pour objectif d'harmoniser les sanctions infligées aux auteurs d'actes incriminés qui devraient être passibles de « *sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives* »²⁰¹. Pour les infractions relevant des actes de bioterrorisme, il est prévu de les sanctionner « *de peines privatives de liberté plus sévères que celles prévues par le droit national* »²⁰² pour les mêmes infractions sans visée terroriste.

Au-delà de cette décision-cadre de 2002 qui traite des infractions terroristes de manière directe, la politique européenne de lutte contre le bioterrorisme se trouve renforcée, de manière indirecte, par les règles de droit européen consacrées à la préservation de l'environnement. Plus précisément, la directive 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal²⁰³ invite les Etats membres à faire en sorte de sanctionner pénalement « *le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux, causant ou susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore* »²⁰⁴. De tels actes commis intentionnellement et à des fins terroristes peuvent certainement être qualifiés d'infractions bioterroristes.

Avant le Traité de Lisbonne, la lutte contre le bioterrorisme ainsi que la lutte contre la délinquance environnementale²⁰⁵ ont constitué des forces convergentes en faveur du renforcement de la compétence européenne d'harmonisation du droit pénal des Etats membres. Certes les Etats membres avaient compétence pour déterminer le niveau des sanctions applicables en cas d'acte de bioterrorisme, mais cette compétence était largement encadrée²⁰⁶.

¹⁹⁹ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 *relative à la lutte contre le terrorisme*, modifiée par la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2008 (2008/919/JAI), *op. cit.*

²⁰⁰ Conseil et Commission européenne, Plan d'action 2005/C198/01 du 12 août 2005 *mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne*, JO C 198, 12 août 2005, p. 1.

²⁰¹ Article 5, § 1.

²⁰² Article 5, § 2.

²⁰³ Parlement européen et Conseil, Directive 2008/99/CE du 19 nov. 2008 *relative à la protection de l'environnement par le droit pénal*, JO L 328 du 6 déc. 2008, p. 28.

²⁰⁴ *Ibid.*, Article 3, a).

²⁰⁵ C. Haguenu-Moizard, Le droit communautaire *in* O. Boskovic (sous la dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 93, spéc. p. 102.

²⁰⁶ M.-M. Vlaicu, « Sécurité, liberté, justice et lutte contre le bioterrorisme dans l'espace de l'Union européenne », *in* C. Girard (sous la dir.), *La lutte contre le terrorisme. L'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant-Larcier, coll. Les travaux du Credho, 2012, pp. 125 s.

Avec le Traité de Lisbonne²⁰⁷ cette compétence d'harmonisation pénale applicable à « *la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière* » a été étendue à d'autres domaines de la criminalité. Par ailleurs, cette compétence a été renforcée dans la mesure où les directives d'harmonisation en matière pénale sont adoptées selon la procédure législative ordinaire qui n'impose pas l'unanimité des Etats membres. La lutte contre le terrorisme a même été l'occasion de passer d'une politique d'harmonisation à une politique d'unification européenne puisque le Parlement européen et le Conseil peuvent statuer par voie de règlements pour définir un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements dans ce domaine²⁰⁸.

Sanction du bioterrorisme en droit français – En droit français, le législateur n'a pas attendu les attaques bioterroristes de 2001 pour incriminer les actes de bioterrorisme. Ainsi, le nouveau Code pénal français issu de la loi du 22 juillet 1992 a créé un crime autonome qui sanctionne le fait d'« *introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel* »²⁰⁹.

Cette disposition conforte l'idée suivant laquelle l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement font partie des « *intérêts fondamentaux de la Nation* » visés par le Code pénal français²¹⁰. A la suite des attaques de 2001, le législateur français²¹¹ a augmenté les peines²¹² prévues en cas de bioterrorisme, puisque les peines sont passées de 15 ans à 20 ans de réclusion criminelle et de 225 000 euros à 350 000 euros. A ce jour, aucune poursuite n'a été engagée en France sur le fondement de l'infraction de bioterrorisme. Les simples plaisanteries dépourvues de toute intention criminelle à visée terroriste n'entrent bien évidemment pas dans le cadre de cette incrimination spécifique²¹³.

Laurent Neyret

²⁰⁷ Article 83, TFUE.

²⁰⁸ Article 75, TFUE.

²⁰⁹ Article 421-2 du Code pénal

²¹⁰ Article 410-1 du Code pénal.

²¹¹ Article 46, Loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 sept. 2002 (JO, 10 sept., spéc. p. 14943)

²¹² Article 421-4, alinéa 1 du Code pénal.

²¹³ Cour d'appel de Toulouse, 21 févr. 2002, RSC 2002, p. 587, obs. Y. Mayaud : relaxe d'un dentiste poursuivi pour violence qui, par plaisanterie, avait adressé à un ami une enveloppe contenant de la poudre blanche à l'époque des attaques bioterroristes au bacille du charbon sur le sol américain. De la poudre s'était échappée de l'enveloppe au centre de tri postal déclenchant le plan Biotox en raison de la crainte de la contamination d'une employée. Pour la Cour d'appel, le dentiste n'avait pas de volonté de commettre un acte de brutalité envers l'employée. Cour d'appel de Nîmes, 15 janv. 2002, *JCP G* 2003, IV, 1268 : condamnation pour violences involontaires de la personne ayant envoyé une enveloppe de poudre blanche à un ami, dans la mesure où les faits avaient suscité chez la victime une réaction de prudence. Cour d'appel d'Angers, 22 oct. 2002, RG 02/00363, relaxe d'un pompier qui avait répandu dans les casiers destinés au courrier du personnel de la caserne une poudre blanche dans des conditions de nature à déclencher le plan Biotox, dans la mesure où aucun de ses collègues n'avait subi de choc émotionnel, tous ayant pensé à une plaisanterie.

Solidarité et lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne

Le terrorisme est, dans un sens commun, défini comme « l'ensemble des actes de violence qu'une organisation politique exécute dans le but de désorganiser la société existante et de créer un climat d'insécurité tel que la prise du pouvoir soit possible »²¹⁴. Violence, désorganisation d'une société, insécurité, prise illégitime du pouvoir, autant de termes qui illustrent *a priori* une contradiction évidente entre les notions de terrorisme²¹⁵ et de solidarité²¹⁶. A la solidarité dans l'Union européenne seraient plutôt associés (toujours communément) les termes de paix, d'interdépendance et de responsabilité mutuelle, d'assistance réciproque. La solidarité renvoie à l'existence d'une communauté justifiant l'organisation de l'aide entre ses membres, co-obligés « *naturels* », statutaires ou contractuels²¹⁷.

Les appels à la solidarité qui généralement font écho aux actes de terrorisme renvoient d'ailleurs directement à l'idée d'une demande d'aide, d'assistance aux États et aux victimes subissant ces attaques²¹⁸. La solidarité invoquée se confondrait presque alors avec la notion de générosité dont elle se distingue²¹⁹, tant les actes terroristes contribueraient à des réactions de « *repli sur soi* », sans aucun doute antinomiques avec l'entraide et la communauté d'intérêts qu'implique la notion de solidarité.

Cette apparente contradiction entre solidarité et terrorisme se lève cependant dès lors que l'on prend en considération la communauté de peurs que le terrorisme crée en raison de la gravité de la menace qu'il fait peser sur ses victimes, réelles ou potentielles. Or cette terreur a historiquement eu pour cible la contestation de la légitimité d'un pouvoir s'exerçant sur un territoire national et elle ne conduisait pas nécessairement à identifier, au-delà du territoire visé, une communauté de valeurs ou d'intérêts.

²¹⁴ Dictionnaire CNRTL.

²¹⁵ Sur la définition juridique du terrorisme dans le cadre international et européen, v. la contribution de L. Rodriguez de las Heras Ballell, A. Alcoceba Gallego, E. Saulnier-Cassia, S. Sava-Albaladéjo, p. 27, dans le présent rapport ; L. Hennebel et G. Lewkowicz, « Le problème de la définition du terrorisme », in L. Hennebel et D. Vandermeersch (sous la dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, 2009, pp. 17 et s. ; L. Henry et M. Delmas-Marty (sous la dir.), *Terrorismes, Histoire et droit*, CNRS éditions, 2010 ; G. Chaliand, et A. Blin (sous la dir.), *Histoire du terrorisme : de l'Antiquité à Al Qaïda*, Bayard, 2006.

²¹⁶ Sur la notion de solidarité, V. M. Borgetto, « Solidarité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 1427. Sur la notion en droit de l'Union, V. C. Boutayeb (sous la dir.), *La solidarité dans l'Union européenne, Eléments constitutionnels et matériels*, Dalloz, 2011 et K. Abderemane, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne*, Thèse Poitiers, 2010.

²¹⁷ Dans l'ordre, on pense à la communauté primitive qu'est la famille (qui a vu naître en son sein l'origine des premières obligations de solidarité, en droit civil, soit celles qui ont transformé l'obligation de vengeance en une obligation pour les membres de la famille de racheter la vengeance, le *Wehrgeld*) à celle, institutionnelle, du mariage et enfin à celle, contractuelle, du PACS.

²¹⁸ Par exemple, les termes de la déclaration de la Présidence du Conseil de sécurité de l'ONU du 4 mai 2012.

²¹⁹ La distinction entre générosité et solidarité s'apprécie principalement en fonction de la contrepartie que n'exige pas la première et que requiert la seconde. La contrepartie d'un régime fondé sur la solidarité n'équivaut pas cependant à celle entendue dans le cadre de la réciprocité. Elle s'apprécie considérant l'équilibre entre les avantages et les charges résultant de l'appartenance à une communauté. V. K. Abderemane, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne*, op. cit. A contrario, D. Dero, *La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européenne*, collection Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2006 ; V. P. Mbongo (sous la dir.), *La générosité publique : dons, mécènes, entre droit et politique*, collection de la faculté de droit et des sciences sociales de la faculté de droit de Poitiers, 2006.

Le terrorisme contribuerait à la revendication ou à la formation d'une identité qui serait *a priori* enfermée dans celle d'une communauté politique nationale²²⁰. L'histoire du terrorisme nous rappelle en effet toute la singularité de la « *globalisation* » de la notion de terrorisme, telle qu'elle intervient après les attentats du 11 septembre. Reconnu comme une menace mondiale par l'ONU, il ne pourrait bénéficier d'une telle qualification selon les historiens que depuis le début du XX^{ème} siècle.

Certes, ce phénomène est lié à celui dit de la mondialisation des conflits, la globalisation du terrorisme faisant volontiers référence à l'organisation même du terrorisme : « *façon d'évoquer l'organisation selon des réseaux qui utilisent les moyens de la globalisation économique, technologique et financière pour relier des individus ou des groupes terroristes indépendamment de leur base territoriale* »²²¹. Cette *globalisation* s'entend surtout de la portée transfrontière de ces actes²²² : non seulement en raison du dépassement des frontières de l'Etat où la terreur se manifeste (ou menace de se manifester) mais également en raison de la reconnaissance d'une violation des valeurs *universelles* que ces actes provoqueraient.

Ainsi ladite globalisation donne naissance à une forme d'ambivalence constructive entre terrorisme et solidarité. Elle réinterroge la place du territoire dans l'appréciation de la légitimité d'exercice de la solidarité qu'impliquerait l'appartenance à une communauté menacée. Le terrorisme porte-t-il atteinte à une communauté de valeurs ou à une communauté d'intérêts ? La solidarité, dans ce cas, puiserait-elle sa légitimité dans l'appartenance à une communauté nationale, européenne, militaire, humaine ? Ladite globalisation renouvelle la question de l'assise territoriale justifiant l'exercice de la solidarité. Plus exactement, alors que le terrorisme provoquerait *a priori* une désarticulation des rapports entre le territoire, la communauté et la solidarité, la *déterritorialisation* de l'action terroriste solliciterait plutôt une réorganisation de ces rapports dans le droit de l'Union.

Dans cette perspective, les attentats du 11 septembre 2001 ont plus, selon nous, reflété l'évidence des intérêts communs défendus dans le cadre d'Etats appartenant à une même alliance, l'OTAN, qu'ils ne constituaient *per se* une attaque contre une communauté de valeurs universelles²²³. On se souviendra que l'expression de la solidarité européenne envers les Etats-Unis à l'issue des attaques du 11 septembre, intervenait tel un élan évident là où la guerre

²²⁰ Mais il ne doit pas occulter les caractères de ses manifestations passées, qui à l'instar des cas historiques de la *conjuración* ou de *carbonarisme*, par exemple, expriment « *l'inspiration républicaine ou libérale de l'Europe d'après 1815 (...) celles des tentatives d'insurrection* », in H. Laurens, « Le terrorisme comme personnage historique », in *Terrorismes, Histoire et droit*, H. Laurens et M. Delmas-Marty, (dir.), CNRS éditions, 2010, pp. 12-13.

²²¹ M. Delmas-Marty, « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs ? », in *Terrorismes, Histoire et droit*, *op. cit.*, p. 177 s.

²²² L'ambivalence du terrorisme se lit dans l'indiscutable caractère transfrontière de ses répercussions. L'attaque ciblée sur les seuls centres d'intérêts politiques d'un Etat, pourrait se lire comme celle d'une déclaration de guerre d'un Etat à un autre. Mais le terrorisme se distingue, aujourd'hui, précisément par l'identification difficile de ses auteurs et la volonté réitérée de manifester une révolte contre le pouvoir siégeant légitimement sur ce territoire.

²²³ Certes les réactions de l'Union européenne à l'issue des attentats de Madrid s'appuient sur des valeurs universelles comme l'énoncent les termes de la *Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du Conseil européen du 25 mars 2005*. v. également F. Terpan, « La PESC et le terrorisme international », in *La sécurité internationale entre rupture et continuité, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Guilhaudis*, Bruylant, 2007, p. 597.

en Irak avait suscité une forte discorde entre Etats membres de l'Union européenne et les Etats-Unis et, surtout, au sein de l'Union²²⁴.

Les questions de politique étrangère, de défense et de sécurité sont précisément celles pour lesquelles la solidarité (au sens de l'interdépendance, de la communauté d'intérêts et de l'assistance) a toujours paru nécessaire mais où, dans le cadre de l'Union européenne, elle n'a que rarement et difficilement réussi à s'organiser voire à s'imposer²²⁵. La globalisation du terrorisme apparaît alors comme une construction : celle qui consacre sa « *déterritorialisation* » au profit de la reconnaissance, par l'Union et par l'ONU, d'une communauté de valeurs universelles.

Néanmoins la consécration de cette communauté avait surtout pour objectif d'améliorer les moyens de la lutte contre le terrorisme, exigeant donc une certaine coopération entre Etats, un partage des informations ainsi qu'une généralisation voire une mutualisation des moyens. Sans négliger l'intérêt des instruments adoptés à l'échelle de l'ONU, il faut reconnaître que l'action européenne de lutte contre le terrorisme fait œuvre de modèle et présenterait une spécificité indéniable. L'Union met en œuvre une politique globale susceptible de mobiliser l'ensemble des politiques au nom et sur la base de clauses légales de solidarité²²⁶.

Et c'est là que les rapports entre solidarité et terrorisme (pour lesquelles le territoire et la communauté sont les critères médiats d'interprétation voire de qualification) s'inversent. Bien que les attaques du 11 septembre aient donné lieu à l'adoption de premiers instruments renforçant, par exemple, la coopération judiciaire, pénale et policière dans l'Union européenne²²⁷, il faudra attendre les attentats de Madrid du 11 mars 2004 (puis de Londres en 2005) pour que l'Union mette en œuvre des dispositifs législatifs et opérationnels significatifs.

L'action terroriste (commise à Madrid par des résidents tiers de longue durée) ayant frappé le territoire européen (régé par le principe de libre circulation dans un espace de liberté, de sécurité et de justice), la nature de la solidarité exprimée devait évoluer du constat d'une solidarité de fait à l'exigence d'organiser une solidarité de droit²²⁸ sans laquelle le territoire et les citoyens européens se retrouveraient dans une fragilité inacceptable. Le terrorisme fait alors surgir l'évidence d'un territoire de l'Union et la solidarité déclarative devient impérative²²⁹.

²²⁴ A propos des dissensions politiques et des relations transatlantiques dans l'Union européenne lors de la crise irakienne. V. F. Terpan, *op. cit.*, p. 596 s.

²²⁵ De l'échec de la CED au consensus qu'implique la solidarité militaire dans le cadre de la PSDC dans le traité de Lisbonne. Pour une présentation de la diversité des positions entre Etats membres de l'Union, V. A. Dumoulin, R. Mathieu et G. Sarlet, *La politique européenne de sécurité et de défense : de l'opérateur à l'identitaire*, Bruylant, 2003.

²²⁶ La diversité des contributions dans le présent rapport illustre sans équivoque la variété des domaines où s'exerce la lutte contre le terrorisme dans le droit de l'Union.

²²⁷ On pense bien entendu ici à l'adoption rapide du mandat d'arrêt européen dont la mise en œuvre est prévue dans la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 *relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres*, modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009. V. sur ce point la contribution d'A. Mégie, « Adoption et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen : entre exploitation du contexte politique et institutionnalisation d'un espace pénal européen », p. 130.

²²⁸ Evolution assez classique pour la notion, V. K. Abderemane, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration*, Thèse Poitiers, 2010, *Introduction*.

²²⁹ Ce que résume l'affirmation solennelle du Conseil européen du 25 mars 2005 : « *Le terrorisme ne sera vaincu que par la solidarité et l'action collective* » in *Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du Conseil européen* du 25 mars 2005.

La solidarité n'est cependant pas une notion qui retient une définition univoque²³⁰. Pour certains, « *par solidarité, on entend des relations de réciprocité, de complémentarité qui refusent l'antagonisme comme rapport constant entre les membres d'un collectif* »²³¹. Pour d'autres, c'est une notion qui renvoie à la fois à l'interdépendance (c'est-à-dire l'existence de liens de dépendance réciproque²³²) reconnue en raison des liens d'appartenance à une communauté²³³ ainsi qu'à la notion corrélatrice de responsabilité collective²³⁴. Bien que le droit de l'Union européenne reconnaisse à la solidarité une place spécifique²³⁵, il faut reconnaître que le terrorisme suscite, dans un premier temps, les éléments classiques attachés à la notion de solidarité : ceux liés à l'aide et à l'assistance²³⁶.

Pourtant, l'étude des rapports entre la solidarité et le terrorisme renvoie à une réalité plus complexe et plus riche dans le droit et dans la jurisprudence de l'Union européenne. Cette complexité se comprend grâce à la place qu'occupe la solidarité dans la construction juridique et politique de l'Union. En effet, l'organisation de la solidarité dépasse les seuls liens d'assistance tels qu'ils prévalent dans le cadre de la solidarité dite internationale. Alors que cette dernière exprime généralement une manifestation de la générosité, un soutien moral (souvent) et matériel (parfois) aux victimes, la solidarité communautaire, loin d'être une (simple) vertu, traduirait plutôt l'obligation des membres d'une même communauté à porter secours à ceux de ses membres qui se retrouvent en difficulté, considérant leur intérêt commun, parfois même lointain²³⁷.

Il s'agit alors de mettre en évidence les mécanismes et les mesures mises en œuvre au nom de la solidarité européenne, c'est-à-dire au nom des liens de solidarité qui unissent les Etats membres et leurs citoyens du fait de leur appartenance à l'Union. La solidarité dans le droit de l'Union bénéficie d'une fonction intégrative et se distingue ainsi de la solidarité internationale, tant du point de vue de son champ d'application que de celui de sa portée juridique. Or le terrorisme met précisément en évidence l'existence, pour la sécurité de

²³⁰ La notion emprunterait même « *une trajectoire à éclipses* », V. M.-C. Blais, *La solidarité, histoire d'une idée*, Gallimard, 2007, p. 10 ; M. Borgetto, « Solidarité », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*

²³¹ S. Cartier, *Chronique d'un déluge annoncé, crise de la solidarité face aux risques naturels*, Grasset, 2002, p. 84.

²³² V. la place prédominante de cette interdépendance organique et mécanique dans la doctrine du solidarisme principalement développée par Durkheim, Fouillée et Léon Bourgeois, V. E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 1893 ; L. Bourgeois, *Solidarité*, Colin, 1886 ; A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1885.

²³³ C'est la notion d'interdépendance, consubstantielle à celle de solidarité, qui implique la reconnaissance de ces liens de dépendance réciproque. Ce sont les raisons de cette dépendance réciproque qui peuvent être variables, soit qu'elles trouvent une justification dans l'existence d'une communauté d'intérêts, soit qu'elles s'expliquent par la consécration d'une communauté primitive (la famille) ou légale.

²³⁴ Du moins dans le (premier) sens civil, la solidarité renvoie à l'idée de responsabilité individuelle pour le tout.

²³⁵ La spécificité s'entend ici non pas quant à un éventuel changement des termes constitutifs de la définition de solidarité mais des régimes juridiques que la notion détermine au regard de la place fondatrice qui lui est reconnue dans l'ordre juridique de l'Union. v. C. Boutayeb (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne, Eléments constitutionnels et matériels*, Dalloz, 2011, p. 5 et K. Abderemane, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne, op. cit.*, p. 507.

²³⁶ Sur le droit des Etats à l'humanitaire à l'aune de la solidarité, v. T. Garcia, « Un droit fondamental des Etats à l'Humanitaire ? », in *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), Bruylant, 2010.

²³⁷ La solidarité régionale, par exemple, renvoie aux efforts, notamment financiers, susceptibles d'être menés au regard de l'objectif de cohésion économique, sociale et territoriale, exigence dont les bénéficiaires visent, à terme, l'Union dans son ensemble. Sur l'appréciation médiate de l'intérêt des Etats membres à la solidarité, V. K. Abderemane, *Thèse op. cit.*, p. 200.

l'Union, d'un problème commun justifiant, dans l'intérêt de chacun, l'action commune et la responsabilité collective.

L'analyse des rapports entre solidarité et lutte contre le terrorisme dans le droit de l'Union européenne exige par conséquent de tenir compte non seulement des mécanismes de solidarité instaurés et mis en œuvre en réaction aux actes terroristes, mais elle commande également l'analyse de la portée de la mobilisation, au nom de la solidarité européenne, des instruments et politiques de l'Union au profit de la lutte contre le terrorisme. Or ladite lutte, notamment par les mécanismes de solidarité qu'elle instaure, favorise le déploiement de politiques renforçant l'obligation d'une coopération entre Etats membres et Union, déclinant dans des domaines régaliens où les Etats membres restent souverains, une intégration normative et opérationnelle favorable à l'émergence d'une politique commune de sécurité de l'Union.

C'est pourquoi, sans prétendre à une analyse exhaustive, deux aspects principaux des rapports entre solidarité et lutte contre le terrorisme méritent ici d'être mis en perspective. Il s'agit tout d'abord de mesurer l'existence et l'étendue de la solidarité pour les politiques européennes de lutte contre le terrorisme. Cadre d'exercice desdites politiques, la solidarité recouvre des réalités juridiques différentes qu'il convient de distinguer (I). Il s'agit, ensuite, de souligner la portée du terrorisme au regard du processus d'intégration européenne. La lutte contre le terrorisme concourt, en raison notamment des mécanismes de solidarité sur lesquels elle s'appuie, à un approfondissement du degré d'intégration, nécessaire à la formation d'une politique de sécurité commune de l'Union²³⁸ (II).

I- La solidarité : un cadre d'exercice des politiques de lutte contre le terrorisme dans l'Union

La solidarité déclarative, telle qu'elle s'exprime à Madrid en 2005, formule avant tout le *caractère impérieux de l'organisation d'une solidarité au niveau de l'Union européenne*. Plus qu'une simple tentative « *d'exprimer la solidarité* »²³⁹, le droit de l'Union va progressivement reconnaître la solidarité comme cadre légal de la lutte contre le terrorisme (A). Cette consécration n'efface pas cependant toutes les difficultés persistantes que pose l'organisation opérationnelle d'une telle solidarité entre les Etats membres et l'Union (B).

A- La solidarité : un cadre légal confirmé pour la lutte contre le terrorisme dans l'Union

Depuis 2001 et surtout depuis 2004, la solidarité européenne est déclarée impérative mais on pouvait légitimement se demander dans quelle mesure celle-ci avait été entérinée par le droit de l'Union. Cette consécration a été plus particulièrement introduite par le traité de Lisbonne. Elle se décline en l'instauration innovante de clauses générales de solidarité ainsi que par le développement de dispositions spécifiques de solidarité concourant à la lutte contre le terrorisme.

²³⁸ La lutte contre le terrorisme, de façon générale, concourt fortement, selon nous, au développement d'un *droit de la sécurité de l'Union*.

²³⁹ L'évolution des discours souligne la nécessité *d'exprimer* des solidarités face à la gravité du terrorisme (v. les premières déclarations) à la nécessité de donner une expression tangible de la solidarité. Par exemple, dans le cas du Fonds de sécurité intérieure, COM (2010)750 final, p. 9.

I- L'innovation du traité de Lisbonne : les « clauses générales » de solidarité

La lutte contre le terrorisme est une politique globale qui se compose en réalité du concours de différentes politiques. L'introduction des clauses générales de solidarité dans le traité de Lisbonne marque par conséquent un ancrage significatif de la solidarité comme source et cadre légal de la lutte contre le terrorisme. Valeur de l'Union et des Etats membres ou « clauses générales », la solidarité occupe une place distincte dans les traités.

a) La solidarité en tant que valeur commune de l'Union dans la lutte contre le terrorisme

La première ambivalence du recours à la solidarité dans la lutte contre le terrorisme se rattache à une dialectique classique relative à la conciliation parfois délicate entre la sécurité humaine et collective. Alors que la première appréhende la sécurité par le prisme de la protection des droits de l'homme (mettre l'homme à l'abri de l'insécurité économique), la seconde, l'envisage plutôt au sens de la défense d'un territoire, considérant l'insécurité comme celle pesant plutôt sur les Etats²⁴⁰.

L'introduction de la solidarité dans le droit primaire de l'Union européenne ne tranche précisément pas entre ces deux concepts. Elle aurait même vocation à les concilier. La solidarité en tant que valeur universelle, aurait en effet pour avantage de favoriser un certain dépassement de la seule question de la souveraineté (territoriale). Du moins la solidarité justifierait-elle, par son caractère universel, la reconnaissance d'une responsabilité des États et de l'Union de garantir la sécurité. Cependant si l'ONU comme l'Union européenne s'appuient sur ladite solidarité afin de condamner les actes terroristes, ce n'est que dans le droit de l'Union que celle-ci sert avant tout à légitimer l'action européenne et à assurer la légalité de décisions, souvent restrictives des droits et libertés.

- La valeur universelle de solidarité : source de la condamnation du terrorisme au niveau international : C'est plus particulièrement à l'occasion des attentats de Madrid que l'Union européenne a, dans un premier temps, pu affirmer avec vigueur que « *les actes terroristes sont des attaques contre les valeurs sur lesquelles est fondée l'Union* ». La décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme²⁴¹ avait donné l'occasion de préciser explicitement dans quelle mesure le terrorisme constitue une violation grave des valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (au même titre que le principe de la démocratie, de l'Etat de droit, principes communs aux Etats membres).

L'universalité de ces valeurs, et plus particulièrement la reconnaissance à ce titre de la solidarité, contribue à identifier la lutte contre le terrorisme comme composant le destin

²⁴⁰ V. B. Sierpinski, « La sécurité collective confrontée à la sécurité humaine », in R. Kherad (sous la dir.), *Mélanges en l'honneur du Doyen Dominique Breillat, La sécurité humaine*, Pedone, 2010, p. 51.

²⁴¹ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, en annexe au présent rapport.

commun des Etats membres, destin partagé et accepté dans l'Union²⁴². La solidarité cependant ne bénéficie d'une réelle garantie que dans le cadre du droit des Etats membres de l'Union et, sur la base de l'article 2 TUE, dans le droit de l'Union européenne.

Certes on notera l'effort des Nations Unies (et plus particulièrement de la Commission des droits de l'homme) qui reconnaissent que l'interdépendance des droits et libertés fondamentaux ainsi que l'importance du droit au développement dans la formation des institutions démocratiques²⁴³ sont deux éléments justifiant pleinement la pertinence de la référence à la solidarité parmi les valeurs pour lesquelles le terrorisme représente une menace²⁴⁴.

Cette promotion de la solidarité est envisagée sur la base d'une meilleure coopération internationale et a été confiée à un expert chargé d'étudier et d'élaborer *un projet de déclaration sur les droits des peuples et la solidarité internationale*²⁴⁵. Bien que ladite coopération reste au niveau international au stade embryonnaire²⁴⁶, on soulignera cependant tout l'intérêt de reconnaître la violation de la valeur solidarité par les actes terroristes permettant de considérer, dans ce cadre, la protection des droits dits de troisième génération. L'influence des résolutions du Conseil de sécurité dans l'interprétation de la validité des actes de l'Union étant bien considérée, leur portée en la matière demeure cependant faible²⁴⁷.

- La valeur solidarité source de légalité des actes de l'Union en matière de lutte contre le terrorisme : La solidarité bénéficie d'une consécration générale à l'article 2 TUE mais également (pour le cadre de l'action extérieure de l'Union) à l'article 21, §1 TUE au titre des valeurs reconnues et garanties dans le droit de l'Union et sur lesquelles repose son action. La question de l'étendue des droits et obligations attachés à la valeur solidarité n'est certes pas un champ d'investigation clos²⁴⁸. La référence à la valeur solidarité a cependant pour fonction essentielle d'assurer la légitimité de l'action de l'Union dans le développement de sa politique de sécurité²⁴⁹. Les actions de lutte contre le terrorisme s'appuient en effet sur un arsenal de dispositions restrictives des libertés. Et l'enjeu principal de l'invocation de la

²⁴² Tels sont en tout cas les termes retenus par le Comité économique et social européen à propos, notamment, de la clause de solidarité politique introduite par le traité constitutionnel. V. l'Avis du Comité économique et social européen à l'intention de la « *Conférence intergouvernementale de 2003* », JO C 10 du 14 janv. 2004, p. 43.

²⁴³ A. Sen, *Development as freedom*, Oxford University Press, 1999.

²⁴⁴ V. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Résolution n° 2005/55 du 20 avr. 2005.

²⁴⁵ M. R. M. Rizki, (Indonésie) 2005-2011 ; Mme V. Dandan (Philippines), juil. 2011 à aujourd'hui.

²⁴⁶ V. les appels de l'ONU à un renforcement de la coopération internationale en ce domaine, in : *Déclaration du Conseil de sécurité* CS/10636 du 4 mai 2012.

²⁴⁷ V. CJUE (Grde ch.), 16 nov. 2011, *Bank Mellî Iran c. Conseil*, aff. C-548/09 P, nep au Rec. V. pour commentaire, D. Simon, « Mesures de gel des fonds », Europe, 2012, janv. comm. 1, J. Rideau, « Réflexions sur la jurisprudence Kadi et Yusuf El Barakaat : quand le professeur retourne à l'école... de droit », *RAE*, 2009-2010, p. 489.

²⁴⁸ Sans que cela ne représente une source exhaustive, la solidarité telle qu'elle est identifiée dans le titre IV de la Charte des droits fondamentaux peut servir de cadre utile de référence, notamment quant à l'étendue du contrôle juridictionnel sur ces actes de l'Union. V. C. Picheral, « La solidarité dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union », in *La solidarité dans l'Union européenne, Eléments constitutionnels et matériels*, C. Boutayeb (dir.), Dalloz, 2011, p. 93 ; K. Lenaerts, « La solidarité ou le chapitre IV de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTDH*, n° 82, avr. 2010, p. 217 ; L. Hennebel et D. Vandermeersch (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, op. cit.

²⁴⁹ Exigence rappelée fermement par la Commission (in *La stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre*, COM (2010) 673, du 22 nov. 2010, p. 3) et par le Parlement européen in 2011/2713 (RSP) du 9 juin 2011.

solidarité en tant que valeur se révèle aujourd'hui plutôt être celui de la recherche d'un équilibre entre les restrictions aux libertés faites au nom du terrorisme et le respect de la solidarité au titre des valeurs et droits fondamentaux²⁵⁰.

Si la solidarité est consacrée en tant que valeur par le droit de l'Union, ce sont surtout lesdites clauses générales de solidarité qui présentent un intérêt particulier pour l'identification de la place de la solidarité comme cadre légal de l'action anti-terroriste dans le droit de l'Union. « *Vraies-fausses* » clauses générales, elles organisent un entrelacs constructif de la solidarité dans le droit de l'Union.

b) L'entrelacs constructif des clauses générales de solidarité dans le traité de Lisbonne

L'intérêt d'une étude relative aux rapports entre la solidarité et la lutte contre le terrorisme s'est particulièrement accentué à compter de l'inscription dans le traité de Lisbonne de deux clauses générales de solidarité : celle désignée comme telle à l'article 222 TFUE, ainsi que ladite clause de défense mutuelle prévue à l'article 42, §7 TUE²⁵¹. Contrairement aux dispositions sectorielles jusqu'alors reconnues dans le droit de l'Union, ces clauses consacrent des mécanismes explicites de solidarité susceptibles de servir de fondement à l'action européenne en ce domaine.

Générales, elles s'inscrivent cependant dans un dispositif global qu'elles n'épousent pas entièrement mais à laquelle elles concourent. L'étude des droits et obligations qu'elles organisent permet par conséquent de désigner une certaine ambivalence, constructive, des solidarités civiles et militaires qui en découlent. Désignées comme étant des clauses générales de solidarité, encore peut-on se poser la question de savoir quelles solidarités elles organisent au niveau de l'Union et dans quelle mesure celles-ci formeraient un cadre contraignant à l'action des Etats membres et de l'Union.

- **La clause de solidarité de l'article 222 TFUE : une solidarité européenne civile** : Expressément formulée *clause de solidarité*, l'article 222 TFUE offre un ancrage explicite à un mécanisme spécifiquement dédié au cas où un Etat membre ferait l'objet d'une attaque terroriste ou serait victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine. A l'instar des formulations retenues dans le cadre de la solidarité politique mutuelle qui doit animer la définition, la conduite et la mise en œuvre de la PESC (article 24, §2 TUE), c'est dans un *esprit de solidarité* qu'en cas d'attaque terroriste frappant un Etat membre, l'Union et ses Etats membres doivent agir conjointement. En dépit de cette formulation, l'article 222 TFUE décline bien un ensemble d'obligations qui pèsent sur les Etats et sur l'Union dans le cas spécifique où un Etat membre serait l'objet d'une attaque terroriste.

L'aspect novateur de la clause s'apprécie ici au regard des obligations générales de solidarité qui sont mises à la charge de l'Union et des Etats membres sur la base de l'article 222, §1 TFUE. Le traité impose ainsi aux Etats membres et à l'Union d'agir conjointement en

²⁵⁰ CJUE 29 avr. 2010, *M e.a. c. Her Majesty's Treasury*, aff. C-340/08, Rec. 2010, p. I-03913, pt. 74, illustre l'inapplication des mesures restrictives liées à l'établissement de listes noires « *aux prestations de sécurité sociale ou d'assistance versées par l'Etat à l'épouse d'une personne désignée* ». Du moins « *au seul motif que cette épouse vit avec ladite personne désignée et qu'elle destinera ou pourra destiner une partie de ces prestations à l'achat de biens ou de services que cette personne désignée consommera ou dont elle bénéficiera également* ».

²⁵¹ Cette dichotomie s'explique par les réticences qui ont pu être exprimées à l'égard de la proposition franco-allemande relative à une clause de solidarité et de sécurité collective, V. S. Myrdal et M. Rhinard, « The European Union's Solidarity Clause: Empty Letter or Effective Tool? », 2010, *Occasional UL Papers*, n° 2, 2010.

cas d'attaque terroriste (tout comme en cas de survenance de catastrophe naturelle ou d'origine humaine). Celui-ci définit en effet une obligation générale d'action conjointe des Etats membres et de l'Union.

Sa généralité s'apprécie plus particulièrement au regard, tout d'abord, des obligations mises à la charge de l'Union. Plus qu'une déclinaison d'un ensemble d'obligations spécifiques, il s'agit ici plutôt de formuler une base générale de l'action législative et opérationnelle de l'Union en matière de lutte contre le terrorisme. La solidarité sert donc ici de justification à la généralité et à la globalité d'une politique qui dépasse le simple volet « *réaction* » à laquelle la Stratégie de l'Union européenne semblait la cantonner²⁵². L'action de l'Union doit ainsi se manifester par la mobilisation de tous les instruments, y compris les moyens militaires mis à sa disposition par les Etats membres.

Certes la globalité de l'action européenne pourrait être relativisée considérant que celle-ci se déclenche à l'occasion d'une attaque terroriste. Cette mobilisation cependant doit intervenir afin de *prévenir* la menace sur le territoire des Etats membres, de protéger les institutions démocratiques et la population civile d'une *éventuelle* attaque terroriste. Seul le dernier tiret de l'article 222, § 1, a) TFUE est relatif à l'obligation d'assistance de l'Union à un Etat membre sur son territoire, à la demande de ses autorités publiques dans le cas d'une attaque terroriste.

Bien qu'aujourd'hui aucune disposition législative n'ait été encore adoptée sur cette base²⁵³, il est manifeste que le traité de Lisbonne consacre, dans le TFUE, la solidarité entre les Etats membres et l'Union (telle qu'elle est par ailleurs consacrée aux articles 4, §2 et 13, §2 TUE)²⁵⁴ comme source de la légitimité de l'action législative et opérationnelle de l'Union dans la lutte contre le terrorisme. Si l'adjonction de ces dispositions à celles consacrées aux catastrophes naturelles ou d'origine humaine était avant tout une question d'opportunité²⁵⁵, la clause de solidarité, par ces termes, dépasse la « *simple* » question de la solidarité plus classiquement reconnue dans les hypothèses de gestion des situations d'urgence.

Plus classiquement, l'article 222, §2 TFUE définit par ailleurs des obligations de solidarité à la charge des Etats membres, celles-ci se déclinant en une obligation d'assistance, conditionnée cependant par la demande des autorités politiques de l'Etat, objet de l'attaque terroriste. La solidarité ici est *interétatique*, l'obligation d'assistance étant couplée à une obligation générale de coordination au sein du Conseil. L'organisation de cette solidarité interétatique prend ainsi, compte tenu des dispositions de l'article 222, §1 TFUE, une dimension européenne.

L'intérêt et la portée de la clause de solidarité de l'article 222 TFUE s'apprécie enfin au regard de celle prévue à l'article 42, §7 TUE dans le cadre spécifique de la PSDC. Seule la

²⁵² Le volet « *réaction* » de la stratégie fait explicitement référence à *l'esprit de solidarité* selon lequel doit s'organiser l'action de l'Union afin de « *faire face aux conséquences d'un attentat terroriste et à les atténuer le plus possible en améliorant nos capacités de gérer : les effets de l'attentat, la coordination de la réaction et les besoins des victimes* ».

²⁵³ On signalera cependant l'adoption imminente de la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil *relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, COM (2011) 866 final, du 08/12/2011.

²⁵⁴ Sur les rapports entre solidarité communautaire, coopération loyale entre les Etats membres et les institutions, V. K. Abderemane, *Thèse op. cit.*, p. 764.

²⁵⁵ La question ne s'est pas tant posée de savoir si un acte terroriste pouvait être qualifié *d'agression armée* que de savoir si d'autres mécanismes, hors PSDC, pouvaient être utilisés afin de répondre aux actes terroristes. La réalité de l'intrication des menaces relevant tant de la sécurité interne que de la sécurité externe est ainsi régulièrement invoquée afin de justifier une approche globale de la politique de sécurité. V. *infra* II A.

lecture combinée de ces deux clauses permet en effet de donner toute la dimension de l'intrication des solidarités interétatiques, européennes, civiles et militaires qui sont susceptibles plus particulièrement de caractériser les actions de l'Union et des Etats membres dans le champ de la lutte contre le terrorisme.

- **La clause de défense mutuelle : une solidarité interétatique civile et militaire** : L'article 42, §7 TUE vise les cas où un Etat membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire. On sait que les actes terroristes ne se limitent pas à ces hypothèses et recouvrent un ensemble beaucoup plus large d'actes et de menaces. Ils ne peuvent cependant pas être exclus, dans leur ensemble, du champ d'application de cette disposition. L'article 42, §7 TUE définit les termes d'une clause de défense mutuelle organisant deux, voire trois niveaux de solidarité dans l'Union.

Elle organise tout d'abord une *solidarité interétatique* qui se décline par l'énoncé d'obligations d'aide et d'assistance entre les Etats membres en cas d'agression armée sur le territoire de l'un d'entre eux. Bien que se limitant aux dispositions de la PSDC, les Etats peuvent satisfaire leurs obligations de manière large, ces derniers pouvant mobiliser tous les moyens (civils et militaires) en leur pouvoir. On pourrait dans ce cas envisager que les moyens civils déployés dans le cadre de la clause de défense mutuelle fussent respecter les obligations d'assistance et de coordination, telles qu'elles sont définies à l'article 222 TFUE.

Le cadre légal de leurs actions reste cependant conditionné au respect des dispositions de l'article 51 de la Charte des Nations Unies précisant le droit de légitime défense des Etats en cas d'agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait adopté les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationale. La solidarité interétatique définie ici au niveau de l'Union doit ainsi être organisée en conformité avec les obligations internationales des Etats, telles qu'elles découlent de la Charte des Nations Unies²⁵⁶.

L'article 42, §7 TUE organise ensuite les *conditions de l'articulation de la solidarité européenne et de la solidarité transatlantique dans le cadre de la PSDC*, dont on sait que l'ensemble des missions telles qu'elles sont largement définies à l'article 43, §1 TUE 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. La solidarité interétatique ne s'apprécie, par conséquent, pas exclusivement dans les relations entre les Etats membres. La lutte contre le terrorisme confirme l'importance de l'organisation de la solidarité européenne en dehors de ses frontières et dans le cadre des relations avec les tiers²⁵⁷.

Ces différents articles précisent ensemble la complexité de l'intrication des solidarités qui peuvent intervenir au titre des différents engagements des Etats en matière de sécurité internationale. L'inscription de la clause de défense mutuelle dans les traités puise en effet en partie son origine dans la volonté pour les Etats membres et l'Union de ne pas lier leur stratégie de défense à la seule sécurité collective telle qu'elle est organisée dans le cadre de l'OTAN²⁵⁸. Le terrorisme a favorisé en ce sens un renouvellement des dispositifs nécessaires

²⁵⁶ M. Beulay, « Les arrêts Kadi et Al Barakaat international foundation : réaffirmation par la Cour de justice de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit international », *RMCUE*, n° 524, janv. 2009, p. 32. T. Olson et P. Cassia, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, 2006.

²⁵⁷ Les clauses anti-terroristes dans les accords avec les tiers se déclinent en une assistance technique et opérationnelle aidant lesdits Etats à mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme.

²⁵⁸ Cette problématique loin d'être nouvelle pour la construction européenne a cependant été renouvelée précisément suite aux attentats du 11 septembre 2001 ayant révélé non seulement l'importance et le changement

au développement d'une PSDC²⁵⁹. La clause de défense mutuelle par la solidarité qu'elle implique entre les Etats membres et l'Union soulève donc nécessairement la question de la compatibilité entre la solidarité européenne qu'elle organise et la solidarité transatlantique avec laquelle elle *doit* être compatible²⁶⁰. Considérant la difficulté pour les vingt-sept Etats membres de l'Union de s'accorder en ces domaines, on comprend mieux l'intérêt pour l'Union de développer une politique et des instruments autonomes de lutte contre le terrorisme, notamment sur la base de l'article 222 TFUE.

Ces dispositions générales justifient, par la solidarité, le développement d'une politique européenne de lutte contre le terrorisme. Certaines dispositions spécifiques peuvent encore être citées traduisant également l'organisation de la politique de lutte contre le terrorisme de l'Union par des mécanismes de solidarité entre les Etats membres et l'Union.

2- La confirmation des dispositions spécifiques de solidarité

Le caractère global de la politique européenne de lutte contre le terrorisme est aujourd'hui entériné. Il serait difficile de réunir l'ensemble des dispositifs qui y *concourent* (c'est-à-dire sans que celle-ci n'en soit un objet explicite) et qui visent à organiser la solidarité entre les Etats membres et l'Union. La stratégie de l'Union européenne les répartit en quatre « *piliers* » : prévention, protection, poursuite et réaction²⁶¹.

Le volet « *protection* » offre une gamme intéressante des dispositifs spécifiques fondés explicitement sur la solidarité. L'objectif de l'Union se définit dans ce cadre comme le devoir de « *renforcer la protection des cibles essentielles en réduisant la vulnérabilité aux attentats et également en limitant les conséquences de ceux-ci* »²⁶². Il s'agit donc de *protéger à la fois les personnes et les infrastructures critiques*. Les objectifs prioritaires de ce volet se concentrent donc sur le renforcement de la sécurité des frontières (*Frontex*: analyse efficace des risques, fonds pour la sécurité intérieure), des transports et des infrastructures critiques (EPCIP, CIWIN, CBRN).

C'est *l'interdépendance de fait* qui justifie, selon la stratégie et pour l'ensemble de ces questions, que soit organisée une action collective au niveau de l'Union pour la plupart des domaines touchant à ce volet²⁶³. Deux exemples tenant à la sécurité des frontières, d'une part, et à la sécurité énergétique d'autre part, nous permettent d'illustrer comment cette interdépendance de fait se traduit par des dispositifs explicitement fondés sur la solidarité entre les Etats membres et l'Union.

Concernant la sécurité des frontières, celle-ci s'organise principalement par la *gestion intégrée des frontières*, soit celle progressivement organisée dans le cadre de l'ELSJ. Les

des menaces qui pèsent sur les Etats mais aussi les risques susceptibles d'être encourus pour l'Union européenne à ne pas mener de politique de défense autonome.

²⁵⁹ Il a donné l'occasion de réorganiser les solidarités transatlantiques et européennes (voire constitutionnelles) en matière de défense. Nous pensons ici au cas des Etats membres dits neutres.

²⁶⁰ V. J.-P. Hébert, « Les relations transatlantiques entre divorce et refondation », in *La sécurité internationale entre rupture et continuité, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Guilhaudis*, Bruylant, 2007, p. 269 ; sur l'intrication complexe des solidarités en matière de sécurité et de défense, V. K. Abderemane, *Thèse op. cit.*, pp. 815-820.

²⁶¹ Conseil de l'Union européenne, *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme* du 30 nov. 2005, 14469/4/05 REV 4.

²⁶² *Ibid.*, p. 10

²⁶³ Cet impératif avait été particulièrement souligné dans le cadre du programme révisé *de solidarité de l'Union européenne face aux conséquences des menaces et des attentats terroristes* adopté par le Conseil le 2 déc. 2004.

politiques *FAI*, par exemple, relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, sont explicitement fondées sur le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les Etats membres, y compris sur le plan financier (articles 67, §2 et 80 TFUE). La lutte contre le terrorisme est d'ailleurs considérée comme étant un des objectifs prioritaires justifiant une meilleure gestion, notamment, du contrôle des frontières extérieures²⁶⁴.

On citera plus particulièrement l'adoption prochaine, dans le cadre du *Fonds pour la sécurité intérieure*²⁶⁵ de la création de deux instruments instituant un mécanisme de solidarité financière de l'Union à l'appui des actions des Etats membres dans les domaines de la *coopération policière, de la prévention et de la répression de la criminalité, de la gestion des crises*, ainsi que dans le domaine *des frontières extérieures et des visas*²⁶⁶. Par ailleurs, sans que la solidarité ne se réduise au seul soutien financier²⁶⁷, il faut reconnaître que, plus particulièrement depuis l'adoption du programme révisé *de solidarité de l'Union européenne face aux conséquences des menaces et des attentats terroristes* adopté par le Conseil le 2 décembre 2004 ainsi que du *programme-cadre « Solidarité et flux migratoire »*, l'approche globale et équilibrée de l'action de l'Union en matière de gestion des flux migratoires doit s'appuyer sur la solidarité financière de l'Union²⁶⁸.

La sécurité énergétique offre un autre exemple de dispositifs spécifiques explicitement fondés sur la solidarité et concourant directement à la lutte contre le terrorisme dans l'Union. Celle-ci répond à des enjeux stratégiques qui ne peuvent bien entendu être réduits à ceux de la lutte contre le terrorisme. Cependant il s'agit d'un domaine où la menace doit être anticipée, le caractère transfrontière rendant l'action collective impérative. La sécurité énergétique se traduit donc plus particulièrement dans le cadre de mesures visant à garantir la protection des

²⁶⁴ V. Conseil européen de Laeken des 14 et 15 déc. 2001. Sur la portée intégrative de la lutte contre le terrorisme par les mécanismes de solidarité, V. *infra* §II A.

²⁶⁵ Ce fonds s'inscrit dans le cadre financier pluriannuel pour la période 2014-2020. Associé au second volet « Asile et immigration », « *qui lui permettra de soutenir la mise en œuvre des cinq objectifs stratégiques définis par la stratégie de sécurité intérieure: perturber les réseaux criminels internationaux, prévenir le terrorisme et s'attaquer à la radicalisation et au recrutement des terroristes, accroître le niveau de sécurité des citoyens et des entreprises dans le cyberspace, renforcer la sécurité par la gestion des frontières, et renforcer la résilience de l'Europe aux crises et aux catastrophes* ». Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 nov. 2011 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et la répression de la criminalité, ainsi qu'à la gestion des crises, COM (2011) 753 final.

²⁶⁶ V. les deux propositions de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et la répression de la criminalité, ainsi qu'à la gestion des crises, COM (2011) 753 final et celui portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des *frontières extérieures et des visas*, COM (2011) 750 final du 15 nov. 2011.

²⁶⁷ Elle prend surtout appui sur l'application uniforme des mesures, le renforcement de la coopération entre les Etats membres, notamment par l'échange des informations, voire la centralisation au niveau de centres ou agences européennes des données ou autres ressources opérationnelles. V. *infra* B. V. aussi la contribution de D. Blanc dans le présent rapport, « Les agences européennes Europol et Eurojust et la lutte contre le terrorisme. Entre coopération et... coopérations », p. 103.

²⁶⁸ Pour une position ferme de la Commission : V. Commission européenne, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 06 avr. 2005 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », COM (2005) 123 final.

infrastructures critiques²⁶⁹ ou encore la sécurité de l'approvisionnement. Cette dernière compte parmi les objectifs de la politique énergétique de l'Union qui, selon les termes de l'article 194 TFUE, doit s'organiser « *dans un esprit de solidarité entre les Etats membres* », « *esprit* » qui s'est traduit par des mesures concrètes²⁷⁰.

La sécurité de l'approvisionnement énergétique fait ainsi l'objet de la directive 2009/72/CE²⁷¹, ainsi que des règlements 715 et 714/2009/CE²⁷², pris sur la base du nouvel article 194 TFUE. Ces actes organisent notamment la solidarité entre les Etats membres et les entreprises au niveau de l'Union, plus particulièrement pour les situations de crise. En réalité, la solidarité se décline en l'organisation de la *responsabilité conjointe* des entreprises et des Etats membres, répartissant ainsi les charges pouvant résulter de crises causant les difficultés d'approvisionnement en gaz et susceptibles de peser plus particulièrement sur les Etats membres se trouvant dans des situations géographiques ou géologiques moins favorables.

La directive organise surtout la coordination et la coopération entre les Etats membres et les entreprises d'approvisionnement de sorte que celles-ci, *en situation d'urgence* (le terrorisme n'étant jamais cité expressément), puissent bénéficier d'une répartition équitable des charges. Les mesures d'urgence bénéficient d'une procédure communautaire dirigée par la Commission (et non plus par le Conseil, tel que cela est prévu par l'article 122 TFUE) et visant à protéger l'intérêt communautaire, ce qui peut se traduire (et c'est en principe l'intérêt de la notion de solidarité) par la protection de l'intérêt d'un Etat membre en difficulté particulière²⁷³. La sécurité de l'approvisionnement en gaz s'appuie également sur l'organisation de secours relevant de la protection civile, fournis par l'Union et les Etats membres, secours dont la coordination est assurée par le mécanisme de protection civile institué en 2007 dans le cadre de l'EURATOM.

Répondant à la nécessité d'organiser dans l'Union une solidarité jusque-là restée essentiellement déclarative, le traité de Lisbonne confirme incontestablement la place de la solidarité comme cadre légal, général ou spécifique, de la lutte contre le terrorisme dans l'Union. Cette consécration formelle n'écarte pas cependant les critiques persistantes quant à

²⁶⁹ V. Commission européenne, Communication du 12 déc. 2006 : « *un programme européen de protection des infrastructures critiques* », COM (2006) 786 final.

²⁷⁰ V. les mesures de recensement et désignation des infrastructures critiques européennes et l'adoption de plan de sécurité d'opérateur qui doivent être adoptées selon la directive 2008/114/CE du Conseil du 8 déc. 2008 s'inscrivant dans le cadre plus large du programme européen de protection des infrastructures critiques.

²⁷¹ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive 2009/72/CE du 13 juil. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JO L 211 du 14 août 2009, p. 55.

²⁷² Parlement européen et du Conseil, Règlement n° 714/2009/CE du 13 juil. 2009 *sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement n° 1228/2003/CE*, JO L 211 du 14 août 2009, p. 15.

²⁷³ V. article 10, § 4 de la directive prévoyant par exemple que la Commission puisse exiger dans un bref délai (trois jours) la modification d'une action menée par un Etat membre ou une entreprise de gaz naturel lorsque celle-ci « *constitue une menace grave pour la situation dans un autre Etat membre* » ; *Dans cette perspective (au regard de l'intérêt communautaire et de celui d'un Etat membre), les actions de rétorsion ou du moins de repli national ne peuvent être envisagées. En effet, les autorités nationales ou les entreprises de gaz naturel ne peuvent à aucun moment introduire de mesures visant à restreindre le flux de gaz au sein du marché intérieur (art. 10, §5), les Etats membres devant par ailleurs veiller au maintien de l'accès transfrontaliers aux installations de stockage, sans pouvoir non plus introduire de dispositions juridiques qui restreignent indûment les flux de gaz vers les marchés affectés (art. 10, §6)*. Pour une analyse plus précise, V. K. Abderemane, *Thèse op. cit.*, pp. 187-193.

la réalité et à la pertinence d'un cadre opératoire nécessaire à la mise en œuvre de ces obligations de solidarité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

B- Les difficultés liées à l'organisation d'un cadre opérationnel pour la solidarité dans la lutte contre le terrorisme

Malgré certaines ambivalences, l'identification des mécanismes de solidarité a été facilitée par le traité de Lisbonne. En pratique, cependant, la lutte contre le terrorisme souffre encore d'un manque de clarification de l'organisation formelle (du point de vue décisionnel) et matérielle (du point de vue opérationnel) de la solidarité. Sans doute ces difficultés sont-elles propres à la nature transversale de la lutte contre le terrorisme, mais elles sont surtout révélatrices du caractère parfois épineux de l'organisation décentralisée de la solidarité européenne au niveau des Etats membres (1). Face au silence actuel des propositions, il faut (ré)inventer l'opérationnel (2).

1- Organiser la coopération loyale : l'épineuse question de l'organisation décentralisée de la solidarité européenne

La consécration, au niveau de l'Union, de la solidarité entre les Etats membres répondait certes à une exigence s'expliquant par l'impossibilité de traiter (seuls) cette question qui dépasse les frontières étatiques dans des domaines (la sécurité interne, externe, la justice, la police, la gestion des frontières, etc.) où les Etats restent souverains et où ils conservent par conséquent une compétence de principe. L'action solidaire et conjointe est donc apparue comme nécessaire, se distinguant précisément, par ces caractères, de la coopération intergouvernementale²⁷⁴. Inscrire, dans les traités, la solidarité pour la lutte contre le terrorisme présentait certes l'avantage de la « rendre visible », mais il s'agissait surtout de la rendre obligatoire. Reste aujourd'hui à savoir comment, en pratique, l'organiser.

La réelle difficulté en effet (celle qui sans doute va irriguer encore longtemps les crises européennes) est de s'accorder sur les modalités d'organisation de cette solidarité tant lorsqu'elle concerne l'assistance, l'échange d'informations, la mutualisation des moyens ou, de façon générale, la coopération entre les Etats²⁷⁵. Dépassant cependant la simple coopération intergouvernementale, la solidarité impliquerait en effet une organisation de la responsabilité conjointe des actions, selon une coopération dite loyale. Or, et l'histoire de la dimension financière de la solidarité nous le montre aujourd'hui encore²⁷⁶, ce n'est pas tant la solidarité *verticale*, c'est-à-dire celle qui lie les Etats membres à l'Union, qui est difficile à instaurer et à

²⁷⁴ L'inscription de ces différentes actions dans un seul cadre institutionnel, celui de l'UE, avait déjà été reconnue lors de la ratification du traité d'Amsterdam comme un progrès significatif dès lors qu'elle favorise la soumission de l'ensemble des actions aux obligations de coopération loyale. Restait à organiser la question du contrôle juridictionnel des actes liés à la coopération intergouvernementale. Une fois encore, l'important est de rendre la solidarité obligatoire.

²⁷⁵ Par exemple, en matière militaire, V. A. Dumoulin, R. Mathieu, G. Sarlet, *La politique européenne de sécurité et de défense (PESD) de l'opérateur à l'identitaire : genèse, structuration, ambitions, limites*, Bruylant, 2003, pp. 165 s. et 493 s.

²⁷⁶ La question du montant et de la répartition des dépenses du budget de l'Union pose toujours des difficultés mais (et les réticences liées à l'adoption d'une solidarité financière lors de la crise économique et financière nous le montre), ce qui est problématique c'est l'organisation de la solidarité horizontale. Soit celle que tente d'organiser, par exemple, le TSCG.

mettre en œuvre mais bien la solidarité *horizontale*, soit celle qui concerne les relations coopératives entre les États membres ainsi que la coopération entre les institutions de l'Union.

Le traité de Lisbonne offre pourtant un cadre clarifié à la lecture de ces obligations. Ainsi, les États membres et les institutions de l'Union sont soumis, sur la base des articles 4, §3 TUE et 13, §2 TUE, à l'ensemble des obligations positives et négatives qui donnent, en principe, effet utile à la coopération loyale²⁷⁷. Dès lors que l'application du droit de l'Union repose sur le principe de l'administration indirecte, le respect de ces obligations est essentiel à celui de la solidarité. Si la coopération loyale se distingue formellement du principe même de la solidarité dans l'Union²⁷⁸, la solidarité est un principe sur la base duquel ces obligations de loyauté ne peuvent qu'être utilement interprétées dans le droit de l'Union²⁷⁹.

Le refus de fournir des informations aux institutions de l'Union ou encore d'appliquer correctement le droit de l'Union est certes une violation, aujourd'hui consacrée, des obligations de coopération loyale²⁸⁰. Seront ainsi sanctionnées l'inaction et/ou la mauvaise application du droit de l'Union. Cependant la coopération loyale n'offre pas *de jure* ou *de facto* de solutions, institutionnelles ou matérielles, à la mise en œuvre de la solidarité.

C'est qu'il n'existe pas de solution unique à ces difficultés caractéristiques de l'organisation décentralisée de compétences nationales de principe, nécessaires à la mise en œuvre de politiques communes ! Recueil incomplet de solutions mixtes, la lutte contre le terrorisme offre un terrain favorable à l'expérimentation voire à l'invention d'une solidarité opérationnelle.

2- Inventer l'opérationnel : des solutions croisées entre centralisation, coordination et méthode communautaire

Presque dix ans après les attentats de Madrid et de Londres, quels enseignements peut-on tirer de ladite mise en œuvre de la solidarité ? Le bilan est pour le moins contrasté, sinon décevant. De larges chantiers restent ouverts. Seules les situations d'urgence offrent un laboratoire de la solidarité opérationnelle où la *méthode communautaire* apparaîtrait comme une solution palliative.

²⁷⁷ Sur l'analyse des différentes obligations de coopération, collaboration, loyauté et selon l'auteur de solidarité, attachées à la coopération loyale, V. M. Blanquet, *L'article 5 du Traité C.E.E., Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, BDIC, T. 108, LGDJ, 1994 ; L'ex-article 5 TCEE (ex-article 10 TCE, nouvel article 4, § 3 TUE) comme contenant une obligation de coopération, une obligation de collaboration, une obligation de loyauté et enfin une obligation de solidarité.

²⁷⁸ Ces deux principes, distincts, doivent selon nous être lus dans le sens où le principe de coopération loyale exigeant des États membres qu'ils prennent des *mesures appropriées* à l'application du droit de l'Union concourt au respect de l'obligation générale (fondée sur la solidarité communautaire) de prendre toutes les *mesures nécessaires* en vue d'appliquer le droit de l'Union. C'est en ce sens, et parce que le principe de coopération loyale a pu être défini comme une forme de solidarité, que nous précisons qu'il s'agit d'un principe autonome, expression de la solidarité communautaire. Sur l'identification et la distinction de ces deux notions, V. A. Berramdane, « Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne », in *La solidarité dans l'Union européenne, Éléments constitutionnels et matériels*, C. Boutayeb (sous la dir.), Dalloz, 2011, p. 53.

²⁷⁹ La solidarité communautaire qui lie les États membres entre eux et avec l'Union est appréciée par la Cour de justice comme justifiant un ensemble de droits et obligations attachées au statut de l'État membre de l'Union. C'est notamment sur cette base qu'est consacrée une large portée au principe d'application uniforme ainsi que l'effet utile aux obligations de coopération loyale dans l'Union.

²⁸⁰ Pour exemples : CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Belgique*, aff. C-266/03, Rec. 2005 p. I-4805, pts 53 et s. ; CJCE 14 juil. 2005, *Commission c. Allemagne*, aff. C-433/03, Rec. 2005, I-4805.

a) *Les chantiers*

L'insertion *anticipée* de la clause générale de solidarité de l'article 222 TFUE et l'attente (depuis) des actes visant à la mettre en œuvre illustrent parfaitement toute la difficulté, la complexité voire l'illusion de la solidarité dans le champ de la lutte contre le terrorisme (sinon de la solidarité dans le droit de l'Union). Cette nouvelle politique de l'Union a révélé la complexité « *des nouvelles réalités* » qui, selon l'avis de certains membres de la Commission, « *existaient mais dont nous ne nous rendions pas compte tout au moins sur le plan opérationnel* »²⁸¹. La difficulté tient en effet à la complexité de l'organisation décisionnelle de politiques réparties entre différents « piliers »²⁸², répondant donc à des processus décisionnels distincts. Cela exige une coordination, parfois difficile, entre différents services de l'Union, ainsi qu'entre ceux des différents Etats membres. « *La solidarité opérationnelle* » s'entend par conséquent, principalement, par la gestion verticale (UE-Etats membres) *et* horizontale (entre Etats membres et entre institutions de l'Union) de la solidarité.

Concernant les relations verticales Union-Etats, c'est la centralisation de la stratégie et des données ainsi que la coordination qui ont été entérinées. Ces méthodes cependant relèvent encore du vœu pieu plutôt que d'une réalité tangible. On peut néanmoins citer à ce sujet l'importance politique de la stratégie européenne de sécurité de 2003, suivie en 2010 de celle relative à la sécurité intérieure, ces dernières favorisant l'évaluation commune des risques et l'interconnexion des centres de reconnaissance de situations. Au-delà des fichiers communs, on est encore loin de la mutualisation souhaitée des ressources que piloteraient les institutions de l'Union. Par exemple, la mise à disposition de certaines données, dans le cas d'une nécessaire interopérabilité entre les actions civiles et militaires que requiert la protection civile, n'exige pas le transfert de toute information, les Etats membres ayant la liberté de choisir le niveau d'informations qu'ils souhaitent transmettre²⁸³.

Plus délicate encore est l'organisation de la solidarité horizontale : celle qui concerne la coordination des institutions mêmes de l'Union, ainsi que celle concernant la coordination des ressources des différents Etats membres.

Concernant la solidarité horizontale interinstitutionnelle, la création du poste de coordinateur pour la lutte contre le terrorisme révèle tout l'intérêt et la nécessité surtout d'organiser une coopération entre les différentes institutions de l'Union, tant la globalité de la lutte contre le terrorisme ne doit pas non plus tendre à la confusion de l'action européenne²⁸⁴. L'intérêt général européen est sans doute utilement défendu par le coordinateur dès lors que celui-ci favorise, par la réunion et la synthèse des informations, le dépassement des clivages interinstitutionnels et interétatiques que cause nécessairement l'éclatement des centres de décision et d'expertise.

²⁸¹ D. Spence, dans un entretien à l'Académie de Paix et de la Sécurité Internationale, Consulter le site internet : <http://www.geopolitis.net/STRATEGIES/L%27UNION%20EUROPEENNE%20FACE%20AU%20TERRORISME.pdf>.

²⁸² Au sens où ils désigneraient des champs distincts de degré d'intégration normative.

²⁸³ V. A. Cammilleri-Subrenat, *Le droit de la politique européenne de sécurité et de défense dans le cadre du traité de Lisbonne*, Lavoisier, éditions Tec et Doc, 2010, p. 75 ; J. Auvret-Finck (sous la dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme, état des lieux et perspectives*, Larcier, 2010, p. 34.

²⁸⁴ V. in stratégie de sécurité intérieure (Com 2010 673) le rôle d'assistance des Etats membres. On notera par ailleurs la peine rencontrée au sein de l'ONU afin « d'exporter » le modèle européen. V. Conseil de sécurité du 4 mai 2012, CS/10636.

La multiplicité du champ d'action de l'Union exige donc une coordination pour laquelle, à l'instar des propositions formulées en matière de protection civile, la position de la Commission pourrait se voir consacrer afin d'assurer la garantie de l'intérêt général de l'Union. On signalera cependant ladite « *sous-instrumentalisation* » de la Commission et le rôle pivot parallèlement reconnu au SEAE. En raison précisément de sa position interinstitutionnelle, ce dernier se verrait confier un rôle spécifique et serait notamment « *responsable des actions de réaction aux crises au titre de l'instrument de stabilité ainsi que des ressources civiles et militaires de gestion des crises, qui peuvent être chargées de tâches humanitaires et d'appui aux secours* »²⁸⁵.

La présidente du SEAE garantirait ainsi un équilibre, du moins serait-elle susceptible d'organiser une certaine unité des actions de l'Union couvrant à la fois la sécurité intérieure et extérieure. Il semble cependant que, dans ce domaine, son efficacité n'ait pas encore fait ses preuves (on pense ici au rôle décisif qu'elle serait susceptible de jouer en tant que co-législateur avec la Commission) !

In fine, c'est toujours au sein du Conseil et de ses différents groupes de travail que la coopération s'exerce. Le *Terrorism Working Party* (TWP) pour la partie policière, et le *COTER* pour l'aspect relations internationales (avec les représentants des ministères des affaires étrangères) restent les centres de coopération intergouvernementale.

La question de la coordination des différentes ressources des Etats membres enfin ne manifeste qu'une faible solidarité, au sens d'un large champ de coopération loyale et obligatoire. L'action de l'Union repose sur celle des Etats membres. Le déploiement des ressources militaires illustre, par exemple, la non-autonomie qui caractérise les moyens de l'Union. Seul est européen le niveau où est défini, par exemple, le cadre général pour l'utilisation des moyens de transport militaires ou affrétés par l'armée dont disposent les Etats membres ainsi que les outils de coordination PESD à l'appui de la capacité de réaction de l'Union aux catastrophes !

Dès lors que l'identification et la coordination des moyens et capacités disponibles est essentielle à la rapidité et au caractère opérationnel de la réaction européenne d'urgence²⁸⁶, on peut se demander si ce niveau européen suffit à organiser la responsabilité conjointe qui qualifie (dans le cadre de la coopération européenne) la solidarité.

Alors que la lutte contre le terrorisme doit s'en remettre à l'organigramme complexe du processus décisionnel lié à la transversalité des politiques y concourant, les situations d'urgence mettent à l'épreuve l'efficacité de ces choix opérationnels, encore discutables.

b) Les situations d'urgence : un laboratoire de la solidarité opérationnelle en matière de lutte contre le terrorisme (l'exemple de la protection civile)

Malgré les exhortations des différentes institutions de l'Union, la clause générale de solidarité de l'article 222 TFUE, reste inappliquée et la capacité européenne de réaction d'urgence, encore un projet²⁸⁷. Pourtant, il s'agissait bien là de pouvoir favoriser une

²⁸⁵ Commission européenne, Communication du 26 oct. 2010 : « *Vers une capacité de réaction renforcée de l'UE en cas de catastrophe : le rôle de la protection civile et de l'aide humanitaire* », COM (2010) 600 final.

²⁸⁶ V. Commission européenne, Communication du 22 janv. 2010 : « *La stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre* », COM (2010) 673 final, p. 16.

²⁸⁷ Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil : « *Renforcer la capacité de réaction de l'Union européenne en cas de catastrophes* », COM (2008) 130 final.

application facilitée des mécanismes préventifs et de réaction en cas de menace ou d'attaque terroriste. Face à cette lacune, le dispositif de protection civile, consacré à l'article 196 TFUE, est sans doute celui qui supplée le mieux l'organisation de la solidarité pour ce domaine d'intervention. Il organise une solidarité européenne d'assistance, reposant principalement sur des mécanismes de coordination et sur une action complémentaire de l'Union.

Basé sur la décision du Conseil 2007/779/CE du 08/11/2007²⁸⁸, celui-ci a, dès ses origines, pour vocation d'instituer un *mécanisme communautaire* visant à favoriser une coopération renforcée dans le cadre des interventions de secours relevant de la protection civile. Selon l'article 1, §2 de la décision, la protection qu'organise ce mécanisme peut être déclenchée dans les cas de catastrophes naturelles et causées par l'homme *ainsi qu'en cas d'acte de terrorisme*. Il vise donc là encore à « rendre visible la solidarité européenne »²⁸⁹, plus particulièrement à améliorer la cohérence et l'efficacité de la coopération en situation d'urgence.

Le succès de ce mécanisme, régulièrement mobilisé depuis sa création, repose sur la possibilité, à la demande d'un Etat en difficulté, de lui apporter un soutien dans les situations d'urgence majeure²⁹⁰ ainsi que de contribuer à l'amélioration de la coordination des interventions de secours menées par les Etats membres et par l'Union, ce sous la responsabilité de l'Etat demandeur (article 7, §4). La *coordination* des différentes actions repose principalement sur l'organisation, au niveau de la Commission, de *l'échange d'informations* voire, dans certains cas, d'une obligation de transmettre l'information (article 6, en cas d'urgence risquant d'entraîner des effets transfrontaliers)²⁹¹. La coordination a été confiée à une structure de protection civile communautaire composé d'un centre de suivi et d'information, accessible et prêt à intervenir 24/24h, et d'un système commun de communication et d'information d'urgence (CECIS) géré par la Commission, ainsi que par des points de contact dans les Etats membres. Le recours au MIC n'est cependant pas obligatoire (article 7, §1).

Ainsi le choix de la centralisation, au niveau d'une structure communautaire et de la Commission²⁹², a-t-il été favorisé. Elle supplée la mise en place d'une capacité de réaction rapide européenne « fondée sur les modules de protection civile des Etats membres ». La solidarité européenne se manifeste par l'organisation d'une assistance mutuelle entre les Etats membres, assistance qui repose donc sur l'aide apportée au niveau de l'Union par la mise à disposition de ressources en matériel, transports et informations ainsi que par le concours des services de protection civile des différents Etats membres et dont la coordination est assurée au niveau de la Commission. La solidarité est par conséquent, et selon les termes de l'article

²⁸⁸ Le mécanisme communautaire de protection civile actuel est le résultat d'une refonte d'un mécanisme instauré initialement en 1985 et, dans sa forme actuelle, selon les modifications successives de la décision 2001/792/CE.

²⁸⁹ Conseil de l'Union européenne, Décision Euratom 2007/779/CE du 8 nov. 2007 *instituant un mécanisme communautaire de protection civile*, JO L 314 du 1^{er} déc. 2007, p. 9, attendu 4.

²⁹⁰ La notion d'urgence majeure est entendue largement, c'est-à-dire par « toute situation qui a ou peut avoir des effets néfastes sur les personnes, l'environnement ou les biens et qui peut donner lieu à une demande d'aide au titre du mécanisme ».

²⁹¹ L'information peut s'entendre également pour le volet préventif de l'aspect essentiel relatif à l'analyse des risques.

²⁹² La solidarité d'urgence, lorsqu'elle s'exprime à l'extérieur de l'Union, et qu'elle a été déclenchée par le biais du MIC, sera dirigée par « l'Etat membre qui assume la présidence du Conseil de l'Union (...) tout en respectant les fonctions de coordination opérationnelle de la Commission » (article 8, § 2 du règlement).

196 TFUE, essentiellement complémentaire²⁹³ et tend, ce qui n'est pas négligeable, à garantir l'efficacité du secours apporté mutuellement par les différents d'Etats membres²⁹⁴.

Le mécanisme de protection civile, s'il préfigure l'organisation de la solidarité européenne, sur la base de l'article 222 TFUE, il ne saurait totalement la suppléer dès lors que l'assistance mutuelle qu'organise la protection civile ne vise qu'à coordonner les forces de réaction rapide et d'urgence. Or, même obligatoire, on peut se demander s'il s'agit là bien toujours de solidarité. En guise de réponse, on rappellera que les propositions du rapport Barnier visaient en effet la mise en place d'une force civile européenne²⁹⁵, basée non pas sur la seule coordination des actions nationales mais visant plutôt une *mutualisation des moyens* au niveau de l'Union ainsi que l'organisation de « *protocoles d'actions systématiques* » confortant la capacité de réaction européenne²⁹⁶.

En réalité, les propositions renvoient cependant plus à une *rationalisation de l'utilisation des différentes ressources* de l'Union, dès lors que le premier principe auquel serait soumise cette force est le « *principe dit de la double subsidiarité* » aux Etats membres et à l'ONU. Sans que ce principe ne soit contestable, on relèvera néanmoins qu'il affaiblit la qualification d'une protection civile européenne autonome. La vitesse, l'adéquation ainsi que la coordination opérationnelle et politique comptent parmi les priorités d'une réponse européenne en cas de catastrophe ou d'actes terroristes. Or, la globalité de l'action pour la lutte contre le terrorisme éclate en réalité les moyens d'action entre éléments relevant, par exemple, de la PESC ou de la protection civile.

Enfin, comptent au titre des instruments opérationnels de la solidarité européenne développés dans ce domaine, les différents instruments financiers, tels que le fonds de solidarité pour l'Union européenne créée de façon anticipée (à la clause générale de solidarité) à la suite des violentes inondations ayant dévasté différents territoires en France, en Allemagne, en République tchèque et en Autriche. On citera encore l'instrument financier pour la protection civile, accompagnant la décision créant le mécanisme de protection civile²⁹⁷.

On remarquera que ces instruments de solidarité financière ont bénéficié, au regard de l'urgence ayant motivé leur adoption, d'un large champ d'application²⁹⁸. Bien qu'on puisse regretter que la solidarité financière ne trouve ici à s'appliquer qu'au regard de situations d'urgence majeure, on se félicitera cependant de sa pérennisation, là où auparavant le système des réserves d'aide d'urgence était le seul recours. L'existence de ces instruments financiers ne supplée pas cependant l'absence de financement au niveau de l'Union de l'indemnisation des victimes, mais illustre l'intérêt des outils communautaires pour leur efficacité.

Si la lutte contre le terrorisme favorise la mise en évidence de la solidarité comme base légale à son développement, il faut reconnaître que cette place reconnue à la solidarité conforte

²⁹³ Son intervention est toujours soumise à l'autorisation ou la demande de l'Etat membre concerné.

²⁹⁴ Parmi les dispositions garantissant l'efficacité d'un tel secours : l'inventaire des équipes d'intervention, l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de formation. On notera l'intérêt de l'assistance consulaire qui peut être apportée, dans le cadre d'activités de protection civile aux citoyens de l'Union confrontés à de telles situations d'urgence dans des pays tiers... « *si les autorités consulaires des Etats membres en font la demande* » (article 2, al. 10 de la décision).

²⁹⁵ V. Rapport Barnier, *Pour une force européenne de protection civile : Europe aid*, mai 2006, proposant la création d'une force européenne de protection civile.

²⁹⁶ En ce sens voir également COM (2010) 600, *op. cit.*

²⁹⁷ Conseil de l'Union européenne, Décision 2007/162/CE, Euratom du 5 mars 2007 *instituant un instrument financier pour la protection civile*, JO L 71 du 10 mars 2007, p. 9.

²⁹⁸ Le Fonds de solidarité pour l'Union européenne a ainsi vu ses bénéficiaires élargis aux Etats dont l'adhésion était en cours.

également la fonction intégrative que celle-ci est susceptible de jouer pour le processus d'intégration de l'Union. La lutte contre le terrorisme est, en effet, un exemple significatif du développement par la solidarité d'une politique commune de sécurité de l'Union.

II- La lutte contre le terrorisme : un exemple du développement par la solidarité d'une politique de sécurité commune de l'Union

A l'instar du marché dans les années soixante, la lutte contre le terrorisme ne serait-elle pas devenue l'un des nouveaux « *piliers* » du processus d'intégration européenne ? Cette formulation, quelque peu excessive²⁹⁹, soulève une réalité intéressante de l'évolution du droit de l'Union qu'aura provoqué la lutte contre le terrorisme : un exemple de développement *par la solidarité* de l'intégration européenne, plus particulièrement d'une politique de sécurité de l'Union³⁰⁰. Deux aspects justifient notre interrogation.

Le premier concerne la *communautarisation* (du moins le renforcement de l'intensité d'intégration normative) d'une politique commune de sécurité (externe et interne) de l'Union (A). Le second concerne l'amorce du développement d'une politique de *securityfare* dans l'Union européenne (B). Alors que dans le premier cas, le terrorisme est appréhendé comme une menace justifiant le développement de la législation européenne de prévention, le second (corrélatif) s'appuie plutôt sur le terrorisme envisagé en tant que risque, justifiant qu'une politique de socialisation du risque terroriste soit reconnue. Pour chacun de ces phénomènes, la solidarité assure une justification voire une légitimation à une plus grande intensité de l'intégration d'une politique commune de sécurité dans le droit de l'Union.

A- La menace terroriste : source d'une intégration par la solidarité des politiques de sécurité (interne et externe) de l'Union

Les différents instruments relatifs à la prévention et à la lutte contre le terrorisme dans le droit de l'Union européenne, sans s'y résoudre, s'attachent tous au développement de politiques et de mécanismes relatifs à la sécurité de l'Union. Cette dernière se comprend d'un point de vue *externe*, c'est-à-dire considérant les interventions des Etats membres et de l'Union s'appuyant sur les dispositifs prévus dans le cadre de la PESC et de la PSDC. Elle se comprend également, de façon plus innovante, au regard des dispositifs de sécurité *interne* susceptibles d'être mis en œuvre, au titre de la politique de lutte contre le terrorisme, dans le cadre de l'ELSJ.

Ces deux aspects soulignent l'intérêt de l'inscription de la lutte contre le terrorisme dans ces différentes politiques de l'Union, celui de favoriser le développement d'une politique de sécurité commune. Or cette évolution du droit de l'Union, bien qu'elle manifeste une intégration normative très inégale, se réalise à la faveur de dispositifs de solidarité traduisant dans l'ensemble un approfondissement du degré et des moyens de l'intégration juridique dans l'Union. Si les obligations de solidarité qui pèsent sur les Etats membres renforcent de façon

²⁹⁹ Les règles du marché continuent de favoriser le développement du processus d'intégration de l'Union européenne. La comparaison se limite donc ici à l'impulsion manifeste que favoriserait le terrorisme dans ledit processus, à l'instar du marché dès les années 60. Sur les rapports entre solidarité et intégration du marché, V. K. Abderemane, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration*, Thèse *op. cit.*, Partie 1.

³⁰⁰ Enjeu intimement lié à la définition d'une identité de la sécurité européenne, V. A. Cuille, *Quelles solidarités européennes faut-il renforcer face aux défis de la mondialisation ?*, avis du CES, 16 avr. 2008, p. 23.

limitée l'intégration normative du volet externe de la sécurité de l'Union (1), celle-ci est remarquable concernant les questions de sécurité interne (2). La solidarité favorise enfin une certaine unité de ces politiques distinctes dont les degrés d'intégration restent, en effet, variables et la compétence de principe, nationale (3).

1- Un renforcement limité de l'intégration normative de la sécurité externe de l'Union

La PESC, dont les dispositions sont aujourd'hui intégrées dans le champ de l'action extérieure de l'Union, ne constitue plus depuis le traité de Lisbonne un pilier distinct du droit de l'Union, bien que ces dispositions ainsi que les actes pris dans le cadre de ces missions bénéficient toujours globalement d'un statut particulier³⁰¹. Le renforcement de l'intégration normative de la PESC que favorise la lutte contre le terrorisme doit donc s'apprécier de façon prudente, du moins relative. Plusieurs dispositions justifient principalement et de façon corrélative cette analyse.

C'est tout d'abord, en reconnaissant à l'article 43, §1 TUE que les missions PESC, plus particulièrement de la PSDC, peuvent contribuer à la lutte contre le terrorisme que le traité de Lisbonne offre ici un ancrage à une forme d'intégration normative, jusque-là limitée, dans le domaine de la sécurité de l'Union. Alors que la lutte contre le terrorisme bénéficie d'un champ large et transversal, l'article 43, §1 TUE consacre le recours aux moyens civils *et* militaires de la PSDC au profit de ladite politique. Cette contribution s'entend au sens large, dès lors que les missions PSDC pourront également être déployées afin de soutenir les pays tiers pour combattre le terrorisme sur leur territoire. Sa portée intégrative ne peut cependant s'apprécier qu'au regard des autres dispositions du TFUE, offrant une base juridique communautaire à la lutte contre le terrorisme.

Sans négliger les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 24 TUE qui précisent que la PESC est fondée sur « *un développement de la solidarité politique mutuelle des Etats membres* », la fonction intégrative de la solidarité au regard de la politique de sécurité commune de l'Union s'illustre tout particulièrement par la clause de solidarité de l'article 222 TFUE³⁰².

Contrairement aux mesures de rétorsion qui avaient pu, jusqu'à présent, être utilisées comme moyens d'action supplétive par défaut d'une solidarité politique commune en matière de PESC, la clause de solidarité prévoit explicitement, au regard de la lutte et de la prévention contre le terrorisme, de faire entrer certains domaines relevant de la PESC au champ d'action plus intégré de l'Union. Cette mixité du champ de compétences se lit en effet clairement tant par l'inscription de la clause de solidarité dans le cadre de l'action extérieure de l'Union que par la reconnaissance explicite de la contribution de la PSDC à la lutte contre le terrorisme, pour laquelle ladite clause représente l'un des mécanismes d'entraide.

En reconnaissant qu'en cas d'attaque terroriste, l'Union mobilise tous les instruments à sa disposition, y compris les moyens militaires, la clause de solidarité offre ainsi un ancrage, dans les dispositions du TFUE, au recours à ces moyens et aux missions PSDC qu'exige la

³⁰¹ Le champ de l'immunité juridictionnelle des actes PESC (article 24, § 1, al. 2 TUE) est, depuis le traité de Lisbonne, limité ; cependant ces derniers bénéficient toujours d'un régime contentieux d'exception. Pour une approche de cette question au regard de la fonction intégrative de la solidarité, V. K. Abderemane, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne*, Thèse *op. cit.*, pp. 794-803.

³⁰² En ce sens, V. les conclusions de l'avocat général Bot sur l'affaire C-130/10, *Parlement européen c. Conseil*, présentées le 31 janv. 2012, pt 65.

lutte contre le terrorisme. Cette première insertion dans le corpus TFUE est une marque d'une plus forte intégration de la politique de lutte contre le terrorisme, mais surtout un élément de la *communautarisation* de la politique de sécurité, jusqu'à alors (explicitement) cantonnée au champ des dispositions PESC. Enfin, les missions susceptibles d'être couvertes par la clause de solidarité (notamment afin de prévenir la menace terroriste et de protéger les institutions démocratiques et la population civile d'une éventuelle attaque) confortent, voire sont susceptibles, d'élargir le champ des missions PSDC.

Certes le caractère opérationnel discutable de la clause de solidarité ne rassure pas quant à l'intérêt, en pratique, de cet ancrage. Cependant, le processus décisionnel ainsi que le contrôle juridictionnel susceptible d'être exercé sur le recours à ces dispositions offrent, formellement, une meilleure garantie non seulement du respect de la solidarité qui doit présider à l'ensemble de ces missions mais également aux missions PSDC, elles-mêmes.

2- Une intégration normative remarquable et circonscrite des questions de sécurité interne de l'Union

Politiquement, le développement (au bénéfice de la lutte contre le terrorisme) d'une politique *interne* de sécurité commune est tôt apparue comme une condition nécessaire à l'efficacité de celle développée, au niveau externe, avec les partenaires de l'Union et notamment les Etats-Unis. Au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, Jean-Claude Juncker dénonçait ainsi le caractère lacunaire et inappropriée de la réaction militaire à la lutte contre le terrorisme en invoquant son évidente globalité ainsi que l'impérieuse solidarité dont a besoin l'Union, tant à l'intérieur de son territoire qu'à l'extérieur, par ses actions militaires³⁰³. Cet appel politique s'est explicitement traduit par diverses dispositions du traité de Lisbonne qui illustrent une forme d'intégration normative de la politique de sécurité interne de l'Union, à la faveur de mécanismes basés sur la solidarité.

De façon générale tout d'abord, l'intégration normative de ladite sécurité interne se mesure au regard de la contribution de la réalisation de l'ELSJ à la lutte contre le terrorisme. La gestion intégrée des frontières, basée sur divers mécanismes de solidarité au niveau de l'Union³⁰⁴, ainsi que les dispositions favorables à la mise en place d'un espace judiciaire pénal (articles 83, § 1 TFUE et 88 TFUE) traduisent un renforcement salué de l'intensité intégrative des politiques de sécurité de l'Union.

Les articles 75 et 215 TFUE entérinent ensuite de façon spécifique le recours aux instruments communautaires pour le développement de la politique de sécurité, plus particulièrement dans le cas de la lutte contre le terrorisme. Alors que l'article 215 TFUE prévoit la possibilité pour le Conseil d'adopter des mesures restrictives (également individuelles, ce qui est une innovation) sur la base de décisions PESC, l'article 75 TFUE, dans le cadre des objectifs de l'ELSJ, offre une base juridique au Parlement et au Conseil pour adopter des règlements encadrant les mesures financières restrictives individuelles, telles que le gel des fonds. Ces deux dispositions ne bénéficient pas du même champ d'application et relèvent d'un cadre procédural distinct manifestant un différent degré d'intégration.

³⁰³ J.-C. Juncker, *Deutsche Rundfunk*, 2001. http://www.dradio.de/dlf/sendungen/interview_dlf/153882/.

³⁰⁴ Pour un rappel de la synergie de ces dispositifs de solidarité dans le cadre de la gestion intégrée des frontières : Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil *portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et des visas*, *op. cit.*

Elles sont cependant une illustration (dont la pratique est ancienne) du recours à des instruments communautaires (bénéficiant donc de l'application uniforme) et susceptibles *explicitement* de concourir à l'efficacité voire à l'effectivité des actes PESC (et au regard de l'arrêt *Parlement européen contre Conseil* du 19 juillet 2012 seulement pour les mesures de l'article 215 TFUE). En somme, ces actes communautaires par l'effet juridique qui leur est attaché contribuent à rendre efficace la solidarité politique souvent difficile à mettre en œuvre (voire à définir) en matière de PESC !

Etant donné le caractère flou des contours du domaine de l'action européenne en matière de lutte contre le terrorisme et de ces *activités connexes* (ce que n'infirme pas l'article 43, §1 TUE), l'article 75 TFUE manifeste clairement l'intégration normative dont bénéficient les actions de lutte contre le terrorisme qui ne sont plus cantonnées au domaine de la PESC, mais bénéficient par ces dispositions d'une base autonome³⁰⁵ justifiant (notamment au regard des droits fondamentaux) l'adoption d'un cadre aux mesures restrictives individuelles qu'impliquerait la sécurité (interne et non externe)³⁰⁶ de l'Union.

Les dispositions de l'article 75 TFUE sont par ailleurs susceptibles de contribuer aux missions qu'encadre la clause de solidarité de l'article 222 TFUE. En effet, la clause ouvre un large champ de compétences législatives de l'Union lui permettant d'intervenir au regard de l'ensemble des objectifs visés à l'article 67 TFUE, en ce qui concerne la prévention du terrorisme et des activités connexes. Soit, concernant la réalisation de l'ELSJ, s'agissant des politiques relatives au franchissement des frontières de l'Union, de l'asile et de l'immigration, des politiques de prévention de la criminalité et de coopération policière et judiciaire (également en matière pénale).

Le traité de Lisbonne ancre ainsi dans le TFUE l'adoption des mesures économiques ou financières restrictives. Il semblait par conséquent mettre un terme à la querelle qu'avait soulevée auparavant l'adoption des sanctions économiques sur la base des ex-articles 60 et 301 TCE³⁰⁷. Cette querelle (relative aujourd'hui à l'articulation des articles 75 et 215 TFUE) a cependant inévitablement rejailli³⁰⁸, la Cour de justice « *recadrant le débat* » dans son arrêt *Parlement contre Conseil* du 13 juillet 2012³⁰⁹.

La jurisprudence récente de la Cour de justice semble avoir en effet mis un terme relatif et en certains points critiquables, à la fonction intégrative que jouerait la lutte contre le terrorisme dans le développement d'une politique de sécurité commune de l'Union. La Cour prend précisément position en tranchant en faveur de la dichotomie qu'introduisent les articles

³⁰⁵ Les difficultés récurrentes liées à l'adoption des actes PESC, notamment au regard des résolutions du Conseil de sécurité, plaident favorablement pour l'autonomie de cette action devant tout particulièrement favoriser la protection des droits fondamentaux (V. en ce sens, les dispositions des articles 75, § 3, 215, § 3 et 263, al. 4 TFUE). Le renforcement de la solidarité communautaire, en matière de politique de sécurité commune, s'avère en ce sens une priorité au regard des attermoissements et « *imperfections* » de la solidarité internationale !

³⁰⁶ Comme le relève l'avocat général Bot, les arguments en ce sens étaient excessifs, dès lors que « *contrairement à ce que certains arguments avancés par le Parlement laissent penser* », la lutte contre le terrorisme peut tout à fait être menée par l'Union dans le cadre de ses actions en matière de PESC », in conclusions de l'avocat général BOT sur l'affaire 130/10 présentées le 31 janv. 2012, pt. 65.

³⁰⁷ Quels que soient les conflits qui ont régulièrement pu émerger quant à la légitimation d'une action fondée sur les ex-articles 301 ou 60 TCE, l'adoption de sanctions économiques s'est toujours avérée être une expression, par les dispositifs entrant dans le champ d'application du droit communautaire, de la solidarité politique mutuelle souvent difficile à éprouver dans le champ des dispositions PESC.

³⁰⁸ Sur la lecture des différentes hypothèses qui opposent notamment le Parlement européen et le Haut représentant C. Ashton, V. K. Abderemane, Thèse *op. cit.*, pp. 834-35.

³⁰⁹ CJUE (Grde ch.), 19 juil. 2012, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-130/10, nep au Rec.

75 et 215 TFUE quant au champ d'application respectif de la politique de sécurité interne et externe de l'Union. Elle rejette dans cet arrêt l'interprétation extensive du champ d'application des dispositions de l'article 75 TFUE que défendait le Parlement européen, considérant dès lors que les mesures restrictives sont prises dans le cadre de la mise en œuvre d'actes PESC, que lesdites mesures ne sauraient s'appuyer que sur les seules dispositions de l'article 215 TFUE.

La solution de cet arrêt n'est pas en tout critiquable, dès lors qu'en l'espèce il s'agissait bien de mettre en œuvre des mesures restrictives sur la base de résolutions de l'ONU. Plus contestable est la distinction que la Cour formule entre les actes relevant du *terrorisme international* (sur la base de l'article 215 TFUE) et ceux relevant du *terrorisme interne*, soit les mesures susceptibles d'entrer dans le champ de la sécurité interne à l'Union sur la base des dispositions de l'article 75 TFUE. Selon la Cour, « *si la lutte contre le terrorisme et son financement est certes susceptible de relever des objectifs poursuivis par l'espace de liberté, de sécurité et de justice, tels qu'ils ressortent notamment de l'article 3, paragraphe 2, TUE, l'objectif visant à lutter contre le terrorisme international et son financement afin de préserver la paix et la sécurité au niveau international correspond toutefois aux objectifs des dispositions des traités relatives à l'action extérieure de l'Union* »³¹⁰. Cette position jurisprudentielle s'oppose à la conception globale de la lutte contre le terrorisme jusqu'alors retenue par l'Union.

La portée de cet arrêt doit cependant être lue de façon prudente. Tout en reconnaissant le caractère global des missions PESC susceptibles par conséquent d'intégrer la lutte contre le terrorisme³¹¹, l'article 75 TFUE ne saurait servir de base qu'aux seules mesures d'encadrement des décisions de restrictions financières.

Par conséquent, à moins de vider l'article 75 de sa substance, du moins d'en limiter fortement la portée (quel encadrement pour les mesures restrictives financières concernant la *seule* sécurité *intérieure* de l'Union ?), il semble que la Cour ait plutôt consacré (du moins cela est-il souhaitable) un fondement général à l'adoption de mesures restrictives, prises dans le cadre de l'action extérieure de l'Union, plus particulièrement sur la base de résolutions des Nations unies exécutés par des actes PESC. L'arrêt cependant laisse quelques zones d'ombre dans le cas où ces dispositions feraient défaut, le Parlement pourrait alors sans doute faire valoir la possibilité (le rattachement à la sécurité intérieure de l'Union de ces mesures ayant jusqu'alors toujours été confirmé) d'adopter des mesures restrictives financières en l'absence de toute mesure PESC et dès lors que la sécurité intérieure de l'Union (au regard notamment de la protection des droits fondamentaux) le justifierait.

In fine, la Cour rejette toute velléité de consacrer une fonction intégrative des politiques PESC par le biais de l'article 75 TFUE, ce qui relativise sans aucun doute la portée intégrative de la lutte contre le terrorisme dans le développement *d'une* politique commune de sécurité de l'Union. En rappelant les différences de degré d'intégration normative qu'illustre la répartition des compétences concernant la sécurité interne ou externe, cette jurisprudence contribue cependant également à une réaffirmation des frontières et du territoire de l'Union.

Si la lutte contre le terrorisme ne conduit pas à une unicité des politiques, la solidarité par laquelle celle-ci est notamment mise en œuvre favorise, enfin, une unité de lecture de ces dispositifs épars.

³¹⁰ CJUE, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-130/10, *op. cit.*, pt 61.

³¹¹ Comme le confirme notamment l'article 43, §1, pt. 62.

3- La solidarité : élément de garantie d'une unité des politiques de sécurité de l'Union

La fonction intégrative de la solidarité s'apprécie *in fine* grâce à l'unité des programmes et politiques liés au développement d'une politique de sécurité de l'Union. On parle volontiers de « *politiques en réseau* », en allemand *Netzwerkpolitik*, pour laquelle la cohérence et l'unité sont recherchées. Alors que certains auteurs rappellent que la « *mise en réseau* » de ces différentes politiques se distingue de la « *communautarisation* » (considérée comme prématurée ou non réaliste³¹²), la solidarité semble au contraire favoriser l'unité d'une politique dont les degrés d'intégration restent, en effet, variables et la compétence de principe, nationale.

Au-delà des éléments déjà observés, la fonction intégrative de la solidarité s'apprécie ici dans la recherche tout d'abord d'une meilleure complémentarité des instruments de solidarité, à laquelle la Commission exhorte dans le cadre, par exemple, du programme sécurité et liberté. Surtout, l'unité que favorise, ensuite, la solidarité se mesure par la définition, au niveau de l'Union, de nouvelles menaces justifiant le développement de programmes dont l'intérêt dépasse la seule lutte contre le terrorisme. Ainsi en est-il de la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil concernant les menaces transfrontières graves pour la santé³¹³, organisant un système de surveillance, d'alerte et de coordination de la réaction, là où la législation européenne ne portait que sur les menaces liées aux maladies transmissibles.

L'unité se présente sous un angle procédural : cette proposition illustrant là encore tout l'intérêt de la place de la Commission (et des comités de pilotage des actions nationales) dans la gestion et la coordination de ces politiques en réseau³¹⁴. C'est elle qui a vocation à assurer « *la coordination entre les systèmes de planification nationaux et entre les secteurs clés (...)* » ou encore elle qui « *soutiendra les Etats membres dans la mise en place d'une procédure conjointe de passation de marché relative à des contre-mesures médicales* ».

L'unité se présente également d'un point de vue matériel : la proposition relative aux menaces transfrontières illustre non seulement dans quelle mesure l'identification de ladite menace permet d'inclure la sécurité sanitaire à la stratégie européenne en matière de santé³¹⁵ mais elle souligne également sa contribution à la stratégie de sécurité intérieure consacrée à la gestion des catastrophes et des crises. C'est pourquoi cette proposition est *in fine* particulièrement illustrative du lien que réalise l'Union européenne entre l'identification d'une menace (que fait peser le terrorisme) et le développement d'une politique de sécurité basée, elle, sur l'évaluation d'un risque (pour la santé publique)³¹⁶.

La solidarité politique et les différentes dispositions de solidarité consacrées par le traité de Lisbonne en faveur de la lutte contre le terrorisme traduisent une forme d'intégration

³¹² A. Bendiek, « Die Terrorismusbekämpfung der EU. Schritte zu einer kohärenten Netzwerkpolitik », SWP-Studie, Berlin, août, 2006, p. 21.

³¹³ Commission européenne, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 8 déc. 2011 *relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, COM (2011) 866 final.

³¹⁴ V. le Centre de sécurité sanitaire ou encore le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC) assurant un rôle de coordination et de soutien pour répondre aux menaces sanitaires.

³¹⁵ Commission européenne, Livre blanc du 23 oct. 2007, *Ensemble pour la santé: une approche stratégique pour l'UE 2008-2013*, COM (2007) 630 final ; V. également le projet d'officialisation du comité de sécurité sanitaire, susceptible de favoriser au niveau de l'Union une meilleure coordination des réactions nationales en cas d'urgence de santé publique.

³¹⁶ V. Commission européenne, *La stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action: cinq étapes vers une Europe plus sûre*, COM (2010) 673 final du 22 oct. 2010.

normative d'une politique commune de sécurité de l'Union dont l'ancrage conventionnel est classiquement réparti entre les dispositions inégalement intégrées de l'ELSJ et de la PESC/PSDC. Ce développement d'une politique de sécurité intégrée que favorise la menace terroriste se lit également au regard de la fonction intégrative que joue la solidarité dans la formation d'une politique de socialisation du risque terroriste. La portée du droit de l'Union s'analyse en effet au regard de l'émergence prudente d'un *securityfare* européen.

B- La portée du droit de l'Union sur la politique de socialisation du risque terroriste : l'émergence prudente d'un *securityfare* européen

Le terrorisme est une menace, mais il est également un risque dont l'identification en tant que telle est justifiée par la nécessité économique d'indemniser les victimes³⁷. L'apport du droit de l'Union qui a favorisé une approche tous risques³⁸, se mesure dans ce cas plus par sa contribution à l'identification d'un risque majeur (1) dont l'accès au financement doit être garanti (2), que par le développement d'un mécanisme propre de financement. La place de la solidarité dans ce cas s'apprécie au titre du financement national de droits à indemnisation auxquels le droit de l'Union garantit l'accès, ce en s'appuyant, de façon médiane, sur la solidarité communautaire. C'est en ce sens que s'amorce une politique européenne encore embryonnaire de socialisation du risque, cette approche ayant été favorisée préalablement par une identification au niveau européen du risque terrorisme.

1- L'identification européenne du risque terrorisme : source de justification d'une politique européenne encore prudente de socialisation du risque

Les attentats de 2001 ont souligné la nécessité mais aussi la difficulté d'indemniser les victimes du terrorisme, le caractère majeur du risque interrogeant nécessairement sur le ratio dit de la « *masse critique* », utile au financement de la réparation. Autrement dit, il s'agit de s'intéresser aux conséquences économiques du terrorisme corrélatives à l'efficacité des politiques de réparation. L'importance des pertes humaines et matérielles (considérée à l'époque comme la plus coûteuse de l'histoire de l'assurance mondiale) avait alors donné lieu à un retrait des réassureurs de ce marché, entraînant par effet d'engrenage celui des assureurs privés (du moins aux Etats-Unis où la couverture de ce risque n'était pas obligatoire)³⁹.

En Europe, le caractère majeur des attentats du 11 septembre a incité les pays membres de l'OCDE à faire un effort de définition commune du « *risque terrorisme* ». Cet effort se traduit, par exemple, dans la liste indicative établie en 2004 par le Conseil de l'OCDE et ayant

³⁷ La dichotomie entre menace et risque ne doit pas être exagérée voire elle pourrait être contestée. N'est-ce pas sur la base d'une approche tous risques que sera développé par exemple le plan d'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire ? Autrement dit, l'approche tout risque du droit de l'Union conduit à s'interroger sur la pertinence d'une distinction formelle entre menace et risque. Sur la distinction, V. F. Lesieur, « Terrorisme, constitution et risque », in P. M. Mabaka (sous la dir.), *Constitution et Risque(s)*, pp. 65 et s. V. aussi la contribution de L. Neyret dans le présent rapport, p. 43 : « La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne ».

³⁸ Cette approche n'est pas nouvelle et apparaît même comme consubstantielle au développement des politiques de lutte contre le terrorisme au niveau de l'Union européenne. Sur la pertinence d'une telle approche, V. in *Programme Liberté et sécurité*, op. cit. V. également le plan CBRN et COM (2010) 673 final, op. cit.

³⁹ Contrairement à la France depuis la loi de 1986, V. E. Michel-Kerjan, « Assurance du terrorisme dans les pays de l'OCDE : où en sommes-nous ? », *Risques*, n° 84, déc. 2010.

pour objet de fixer un ensemble de « *critères visant à définir le risque terrorisme dans une perspective d'indemnisation* »³²⁰. Cette première approche est cependant prudente, et selon les termes de la recommandation du Conseil de l'OCDE, elle « *ne vise pas à fournir une définition générale des actes terroristes, mais une tentative de définition du concept de terrorisme dans la perspective de son indemnisation* »³²¹.

Les dispositions du droit de l'Union jusqu'alors adoptées ne proposent pas non plus *stricto sensu* de définition commune du terrorisme, du moins pas directement. Tout au mieux peut-on envisager l'harmonisation indirecte qui est réalisée à la faveur de la transposition de la décision-cadre de 2002 (modifiée en 2008) relative à la lutte contre le terrorisme³²² sur laquelle nous reviendrons. Sans doute la plus grande influence du droit de l'Union sur l'identification du risque tient-elle dans la priorité reconnue à la politique de prévention de l'Union et qui est imputable à l'idée même de socialisation du risque.

La menace terroriste soulève par conséquent, essentiellement, la question du droit à l'indemnisation et de son coût. Si les modalités de l'indemnisation du risque terroriste présentent un intérêt propre, c'est son identification au niveau de l'Union qui justifierait l'amorce d'une politique de socialisation européenne. Sa portée cependant se vérifie surtout dans la reconnaissance de la responsabilité des autorités publiques à développer une politique préventive plutôt qu'elle ne se mesure par le coût que l'indemnisation d'un tel risque majeur fait porter à l'ensemble des citoyens, au nom de la solidarité nationale ! Ces deux éléments s'entendent bien entendu de façon corrélative.

Et si le développement d'une politique européenne de sécurité favorise l'émergence, au niveau de l'Union, d'une politique de *socialisation*, celle-ci n'est pas une innovation communautaire. Basée principalement sur des mécanismes assurantiels, la couverture du risque repose, dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne, sur un système mixte alliant solidarité et assurance, assureurs privés, pool de co-réassurance et garantie de l'Etat. La réalité de ces systèmes est cependant variable³²³. Le terrorisme, par la gravité de ses conséquences et en raison de la difficulté à indemniser ses victimes (problème d'identification des auteurs ou encore de leur solvabilité) a donné lieu, en droit français, à un système de « *mutualisation élargie proche de la solidarité nationale* »³²⁴, déconnectant progressivement,

³²⁰ V. Recommandation du Conseil relative à l'établissement d'une liste de critères visant à définir le terrorisme dans une perspective d'indemnisation, 9 décembre 2004 - C(2004)63/REV2.

³²¹ *Id.* Parmi les critères liés à la qualification même du risque, sont posés ceux relatifs à « *l'assurabilité économique* » (dépendant de l'ampleur, de la nature et de la tarification des dommages potentiels) mais aussi quant aux possibilités d'indemnisation par l'Etat « *ne devant pas dépasser l'engagement financier maximal que l'Etat capable ou désireux de souscrire pour l'indemnisation des dommages provoqués par le terrorisme* ».

³²² Les rapports signalant l'évaluation tirée de la transposition de la décision-cadre 2002 (modifiée en 2008), dans les différents Etats membres sont édifiants quant à la variété des systèmes existants et à l'harmonisation indirecte qu'implique dans chaque Etat une telle transposition ! V. les rapports de la Commission fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, COM (2007) 681 final, JO C 2009 du 15 janv. 2008, Rapport de la Commission du 8 juin 2004 fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, COM (2004) 409 final, JO C 321 du 28 déc. 2004. Sur l'harmonisation impliquée par la directive par la définition de normes minimales communes pour l'indemnisation des victimes, V. Conclusions de l'avocat général Kokott sur l'affaire C-467/05, *Giovanni dell'Orto*, présentées le 08/03/2007, pt. 66.

³²³ V. E. Michel-Kerjan, « Assurance du terrorisme dans les pays de l'OCDE : où en sommes-nous ? », *op. cit.*

³²⁴ Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation du risque* - Rapport public, EDCE, 2005, p. 242.

comme le rappelle clairement le rapport de 2005 du Conseil d'Etat, la notion de responsabilité à celle de réparation³²⁵.

Si l'on se souvient que la sécurité sociale s'est construite précisément sur l'identification d'un certain nombre de risques pour lesquels la société reconnaît, sur le fondement de la solidarité, l'obligation de les prendre en charge. C'est dans cette perspective que l'on peut alors justement apprécier l'identification au niveau de l'Union du risque terrorisme. L'émergence d'un *securityfare* européen s'apprécie par conséquent tant au regard de l'obligation pour les autorités publiques de s'assurer de la prise en charge de ce risque que par leur responsabilité à limiter le risque ainsi reconnu. Or, ces deux volets sont progressivement garantis ou organisés par le droit de l'Union. On le sait, le droit de l'Union entérine la dimension sociale que revêt le terrorisme. Reste à souligner comment il en garantit l'indemnisation.

2- La garantie européenne de l'accès à l'indemnisation des victimes du terrorisme

L'émergence d'un *securityfare* européen pose les questions liées au droit, à l'accès et au financement du risque terrorisme. Dès lors que l'Union n'est pas à l'origine aujourd'hui d'un programme de financement de ce risque, c'est sur le terrain de la reconnaissance et de la protection du droit à l'indemnisation et de l'accès à ce droit que se mesure la portée du droit de l'Union. Or, l'influence du droit européen sur la question de l'indemnisation des victimes du terrorisme se mesure notamment à la portée médiane de la solidarité communautaire dans l'appréciation des conditions d'accès aux mécanismes nationaux d'indemnisation. C'est sur la base d'une interprétation extensive de l'égalité des citoyens de l'Union, justifiée par la solidarité (communautaire) que s'appuie la jurisprudence introduisant (sinon renforçant) l'obligation pour les Etats membres de garantir le droit pour les citoyens de l'Union de bénéficier de ces mécanismes d'indemnisation.

Le droit de l'Union européenne a en effet développé progressivement, et ce depuis la déclaration sur la lutte contre le terrorisme des 25 et 26 mars 2004, un droit à l'indemnisation des victimes du terrorisme. Plus exactement, la directive 2004/80/CE porte, de façon générale, sur la détermination de règles visant à garantir que les victimes de la criminalité et plus particulièrement du terrorisme puissent avoir accès à un régime d'indemnisation dans l'Union européenne³²⁶. Les dispositions visent plus particulièrement les situations transfrontières et selon les articles 1 et 2 de la directive garantissent, d'une part, que les victimes puissent introduire une demande d'indemnisation sur leur territoire de résidence, et que, d'autre part, l'indemnisation soit versée par l'autorité sur l'Etat sur lequel l'infraction a été commise.

Cependant, en reconnaissant à son article 12 de la directive que le régime européen d'accès à l'indemnisation dans les situations transfrontières fonctionnent sur la base des régimes en vigueur dans les Etats membres, l'article 12, §2 de la directive bénéficie d'une sorte *d'effet d'harmonisation impliquée* dès lors qu'il dispose que « *tous les Etats membres veillent à*

³²⁵ En France, le préambule de 1946 donne valeur constitutionnelle à une couverture des risques résultant des calamités nationales basée sur la solidarité et l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques. Entrant dans la catégorie des calamités nationales, le terrorisme est alors avant tout une charge dont le poids excessif doit être également réparti entre les citoyens. V. Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation du risque - op. cit.*, pp. 241 et s.

³²⁶ Conseil de l'Union européenne, Directive 2004/80/CE du 29 avril 2004 *relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité*, JO L 261 du 6 août 2004, p. 2.

ce que leurs dispositions nationales prévoient l'existence d'un régime d'indemnisation des victimes de la criminalité intentionnelle violente commises sur leurs territoires ».

Par conséquent, le droit d'accès à une telle indemnisation n'implique pas la reconnaissance d'une compétence communautaire en la matière, mais la directive va reconnaître l'obligation pour les Etats membres d'en consacrer l'existence et préciser, par ailleurs, les critères d'appréciation de la légalité de ces régimes garants d'un tel droit. C'est pourquoi tout en laissant les Etats membres responsables de la définition des régimes d'indemnisation, la directive impose-t-elle que ces derniers garantissent « une indemnisation juste et appropriée des victimes ». Par ailleurs, la directive organise un système de coopération entre les Etats membres (article 16 de la directive), s'appuyant principalement sur des dispositions relatives à l'information et à l'assistance des victimes³²⁷, éléments qui, avec l'existence des régimes nationaux d'indemnisation, contribuent à garantir l'effectivité du droit d'accès des victimes³²⁸.

La Cour de justice a confirmé l'interprétation extensive de ces dispositions. S'inscrivant dans le cadre de la jurisprudence encadrant le droit d'accès des citoyens mobiles aux prestations sociales dans un autre Etat membre, elle entend assurer l'égalité, dans l'accès à ces indemnisations, aux citoyens européens, victimes du terrorisme. L'influence de la solidarité se lit ici de façon médiane. Prestations fondées sur la solidarité nationale, le refus opposé à leur accès porte atteinte à l'égalité des citoyens devant le droit de l'Union, égalité dont la légitimité s'appuie notamment sur la solidarité communautaire qui lie les Etats membres et leurs citoyens à l'Union³²⁹.

Ce n'est donc que de façon prudente que s'amorce ici une politique européenne de socialisation des risques dès lors que le financement par la solidarité nationale de ces prestations ne saurait s'opposer à l'accès des ressortissants de l'Union à l'indemnisation que doivent prévoir les Etats pour les victimes du terrorisme. Les jurisprudences *Cowan*³³⁰, *Wood*³³¹ et (même) *Giovanni Dell'Orto et Giordani*³³² contribuent ainsi plus généralement au

³²⁷ Commission européenne, Décision 2006/337/CE du 19 avr. 2006 établissant des formulaires types pour la transmission des demandes et des décisions en vertu de la directive 2004/80/CE du Conseil relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, JO L 125 du 12 mai 2006, p. 25.

³²⁸ On comprend en ce sens les efforts opérés vers une meilleure communication des informations telle qu'elle doit être, par exemple, assurée par les points de contact nationaux. V. Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2004/80/CE du Conseil relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, COM(2009)170 final.

³²⁹ CJCE, 7 févr. 1973, *Commission c. Italie*, aff. 39/72, Rec. 1973, p. 101 et la lignée de jurisprudence à compter de l'arrêt CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, Rec. 2001, p. I-06193. Pour une analyse de cette jurisprudence au regard de la solidarité communautaire, V. K. Aderemane, Thèse *op. cit.*, pp. 242-277.

³³⁰ CJCE, 2 févr. 1989, *Cowan c. Trésor public*, aff. C-186/87, Rec. 1989, p. 195.

³³¹ CJCE, 5 juin 2008, *Wood*, aff. C-167/04, Rec. 2008, p. I-04143. Alors que contrairement à l'arrêt *Cowan*, l'indemnisation ici ne concernait pas l'indemnisation des victimes d'infractions commises sur le territoire national, mais à l'étranger, la Cour rejette les arguments visant à réserver aux nationaux le bénéfice de cette indemnisation.

³³² CJUE, 12 juil. 2012, *Maurizio Giovanardi e.a.*, aff. C-79/11, nep au Rec. Dans cet arrêt, contrairement aux conclusions de l'avocat général Sharpston (présentées le 15 mars 2012), « L'article 9, paragraphe 1, de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'un régime de responsabilité des personnes morales tel que celui en cause au principal, la victime d'une infraction pénale ne puisse pas demander réparation des préjudices directement causés par ladite infraction, dans le cadre de la procédure pénale, à la personne morale auteur d'une infraction administrative ». v. également CJUE, 28 juin 2007, *Giovanni dell'Orto*, aff. C-467/05, Rec. p. I-5607. La notion de « victime » au sens de la décision-cadre 2001/220/JAI du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre des procédures pénales, n'inclut pas les personnes morales

développement d'un statut européen de la victime. Or, comme le souligne l'avocat général Kokott, la directive 2004/80/CE doit en effet se lire dans le contexte de la décision-cadre 2001/220. Elle ne vise pas « *simplement à simplifier l'indemnisation transfrontalière des victimes, mais également à définir des normes minimales communes pour l'indemnisation des victimes* »³³³. L'harmonisation ainsi impliquée par la directive est plus particulièrement soulignée dans le rapport de la Commission³³⁴, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour en contrôlant l'application³³⁵.

On appréciera enfin le renforcement du droit à indemnisation des victimes de la criminalité que formulent les propositions de révision de la directive motivées non plus seulement dans la seule perspective d'une réalisation de l'ELSJ³³⁶, mais également dans le souci de garantir le respect des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans la Charte et la CEDH³³⁷.

En conclusion, c'est au regard de l'ensemble de ces différents éléments que peut être formulée l'idée de *securityfare*. Celle-ci met en évidence le caractère majeur du risque terrorisme afin de justifier le développement de politiques (préventives) de sécurité ainsi que la réorganisation de la question de la réparation des victimes, tenant compte également des atteintes que le terrorisme porte à la société elle-même. Par conséquent, la socialisation du risque terroriste s'intéresse certes aux mécanismes de solidarité ou d'assurance susceptibles de couvrir les dommages causés, mais elle vise également à mettre en évidence un recul sinon une transformation de la logique de solidarité au profit de celle de la responsabilité des Etats dans l'organisation desdits mécanismes nationaux³³⁸.

qui ont subi un préjudice directement causé par des actes ou des omissions enfreignant la législation pénale d'un Etat membre.

³³³ Conclusions de l'avocat général, Mme Kokott, présentées le 8 mars 2007, sur l'affaire C-467/05 *op. cit.*, pt 66.

³³⁴ Commission européenne, Rapport sur l'application de la directive 2004/80/CE du Conseil relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, COM (2009) 170 final ; V. également COM (2011) 588 final.

³³⁵ Selon le rapport de la Commission, la directive aurait reçu une transposition satisfaisante, sauf dans le cas de la Grèce. Saisie d'un recours en manquement sur manquement l'arrêt de la Cour est l'occasion de rappeler quelles sont les motivations justifiant l'application de la directive. En l'espèce, c'est, conformément au libellé de la directive 2004/80, et conformément à sa jurisprudence *Cowan*, que la non transposition de la directive est considérée comme une violation d'une liberté fondamentale « *en l'occurrence la libre circulation des personnes dans un espace unique de liberté, de sécurité et de justice* » justifiant l'imposition de somme forfaitaire dans cette procédure de manquement sur manquement. V. CJUE, 30 mars 2011, aff. 407/09, *Commission c. Grèce*, pts 38 et 39, nep au Rec. et CJCE, 18 juil. 2007, *Commission c. Grèce*, aff. C-26/07, Rec. 2007, p. I-00106.

³³⁶ Conseil de l'Union européenne et Commission, Plan d'action du 12 août 2005 mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 198 du 12 août 2005, p. 1.

³³⁷ Les propositions en cours s'inscrivent dans la perspective d'une amélioration du statut des victimes au regard des droits fondamentaux. V. COM (2011) 274 et 275 final. Elles confirment la reconnaissance de règles minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité comme étant un élément permettant d'améliorer les conditions nécessaires à la réalisation d'un espace judiciaire pénal européen qui repose sur la confiance mutuelle. V. Résolution du Conseil du 10 juin 2011 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits et la protection des victimes, en particulier dans le cadre des procédures pénales, JO C 187 du 28 juin 2011 p. 1 : invitant tout particulièrement un réexamen des procédures liées à l'indemnisation des victimes de terrorisme ; V. projet de loi du 4 mai 2012 renforçant la prévention et la répression du terrorisme, en transposition de la décision cadre.

³³⁸ On relira sans surprise ces dispositions au regard de l'évolution déjà constatée en ce sens par le Conseil d'Etat en 2005, rappelant comment « *à la logique de solidarité nationale organisée par l'Etat vient se superposer de plus en plus une logique de responsabilité des autorités publiques dans la prévention des risques majeurs* », in Rapport public du Conseil d'Etat, EDCE, La documentation française, 2005, p. 274.

La place consacrée aux mécanismes de solidarité dans la politique européenne de lutte contre le terrorisme contribue à organiser et à éclairer ce nouveau partage des responsabilités³³⁹. La lutte contre le terrorisme, et plus particulièrement la question de la socialisation du risque terroriste, soulignent sans ambages toute la portée du principe de solidarité dans le processus d'intégration de l'Union : non pas tant un principe de répartition des compétences qu'il n'est plutôt un principe de réorganisation de ces compétences au service d'un intérêt européen commun qui la justifie.

On désigne parfois le terrorisme comme l'acte théâtral de propagation de la peur. L'évidence de sa menace aura au moins suscité l'accélération de la coopération et de dispositifs intégratifs entre les Etats membres et l'Union dans des domaines (régaliens) où la solidarité pouvait sembler tout aussi difficile à décider et à articuler que lorsqu'il s'agit de répondre aux menaces économiques et financières...

Karine Abderemane

³³⁹ E. Michel-Kerjan, « Terrorisme à grande échelle : partage des risques et politiques publiques », *Problèmes économiques*, 9 juin 2004, p. 32.

La coordination de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme : une mission pour un Coordinateur ?

S'il est bien des fonctions d'apparence hybride, aux intitulés vagues ou inhabituels, créées pour combler des vides, des insuffisances institutionnelles, faisant confiance à ceux qui vont les porter, *et cetera*, le Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme est de celles-là.

Créé en 2004, soit plusieurs années après les attentats de New-York, mais en réaction directe aux attentats de Madrid, le Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme (*EU Counter-terrorism coordinator* en anglais³⁴⁰) est d'une part, d'emblée, l'aveu d'un échec d'une coordination efficace des actions préexistantes de lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne et d'autre part, le témoin d'une méfiance initiale de l'institutionnalisation d'une fonction venant nécessairement heurter des compétences et des prés carrés existants.

La fonction du Coordinateur est en outre largement inconnue ou mal connue³⁴¹ dans le cadre institutionnel de l'Union européenne, pourtant fécond d'organes divers. Il n'existe pas d'autres exemples de « coordinateur de l'Union européenne », si l'on s'en tient en tout cas au

³⁴⁰ La dénomination en langue anglaise de la fonction est plus souvent utilisée que le français et l'acronyme correspondant (CTC) également. La plupart des documents sur le site du Conseil de l'Union européenne consacrés à la lutte contre le terrorisme et au Coordinateur, ne sont d'ailleurs disponibles qu'en anglais.

³⁴¹ La fonction est largement ignorée des publications scientifiques consacrées au terrorisme dans l'Union européenne. Seule S. Lavaux y consacre 2 pages dans un article intitulé « La politique européenne en matière de lutte contre le terrorisme CBRN », *Cahiers de droit européen*, mai 2010, pp. 337-386, spéc. pp. 352-354, et sur 1156 pages d'un ouvrage anglo saxon récent (A. M. Salinas de Frias, K. Lh Samuel, Nigel D. White (ed.), *Counter-terrorism. International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012), trois paragraphes sont relatifs au « EU Counter-Terrorism Coordinator » dans le chapitre 35 par M. Coninx (« Strengthening Interstate Cooperation : The Eurojust Experience »), spéc. pp. 984-985. Ce dernier fait d'ailleurs naître improprement la fonction à 2007.

Elle est également passée sous silence par les instances politiques nationales. Par exemple, sur le site du Ministère française des affaires étrangères, la fonction est simplement mentionnée, qui plus est sans lien hypertexte renvoyant au site internet du Conseil (à la différence des agences Europol et Eurojust par exemple).

vocabulaire *stricto sensu*³⁴² ; bien que la notion de « coordination » soit en revanche largement usitée dans le cadre de référence³⁴³.

De fait, l'existence de ce Coordinateur placé d'une manière originale au sein des structures du Conseil de l'Union européenne, présentait un défi à ceux susceptibles de le devenir. Le poste, hybride sur le plan institutionnel³⁴⁴, et délicat sur le plan politique, était en quelques sortes à créer tant il était d'emblé contesté³⁴⁵, avec en outre le handicap d'une inexistence juridique³⁴⁶ et budgétaire³⁴⁷.

Le premier coordinateur nommé sur la proposition du Haut Représentant Javier Solana, à l'occasion du Conseil européen du 25 mars 2004³⁴⁸, deux semaines après les attentats de Madrid, fut le néerlandais Gijs de Vries, qui avait été parlementaire européen pendant une dizaine d'années (groupe libéral), puis Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'Intérieur des Pays-Bas, en charge de la protection civile. Lui a succédé, après sa démission³⁴⁹, à partir de 2007, M. Gilles de Kerchove, après plusieurs années passées auprès du Vice-Premier ministre belge et plus de 12 ans à la direction Justice et affaires intérieures du Conseil, parallèlement à une activité universitaire continue, M. de Kerchove a donné toute l'ampleur à la fonction de Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme.

³⁴² Depuis 2010 est en fonction un « Coordonnateur » européen de la lutte contre la traite des êtres humains. La différence peut paraître minime entre « coordinateur » et « coordonnateur », mais relève en réalité de deux logiques si l'on tire les définitions données par les dictionnaires. Ainsi le coordonnateur chercherait à mobiliser un grand nombre d'acteurs autour d'un projet commun, tandis que le coordinateur viserait à harmoniser les effets de l'application d'une politique qu'il n'a pas contribué à définir.

Par ailleurs, D. Blanc, dans la contribution suivante du présent rapport, considère néanmoins que le Contrôleur européen de la protection de données (CEPD) institué par le règlement 45/2001 du 18 déc. 2000 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel* par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, assure une mission de coordination comparable. V. sa contribution sur le rôle des agences, p. 104.

³⁴³ Citons à la Prévert, le récent et polémique Traité relatif à la Stabilité, la *Coordination* et la Gouvernance dans l'Union économique et monétaire (TSCG) ; la fameuse MOC ou Méthode ouverte de *coordination* et les directives nombreuses portant sur la *coordination* des dispositions législatives et réglementaires dans des matières très nombreuses (OPCVM, régimes de sécurité sociale, procédures de passation des marchés publics...)...

³⁴⁴ G. de Kerchove auditionné par le Sénat parle d'"innovation institutionnelle" : réunion du 31 janv. 2008.

³⁴⁵ A créer et à imposer dans la durée, car plusieurs fois son existence a été remise en cause de manière plus ou moins officielle par certains Etats membres et certaines directions d'institutions de l'Union. Le pays le plus virulent à l'origine fut l'Allemagne et en particulier le ministre de l'intérieur O. Schily si l'on en croit le rapporteur C. Philip de l'Assemblée nationale qui, dans un rapport de 100 pages sur "l'Union européenne et la lutte contre le terrorisme" a consacré moins d'une page à "la nomination d'un coordinateur européen de la lutte antiterroriste" (AN, rapport d'information de la délégation pour l'Union européenne, n° 2123, 2 mars 2005, pp. 61-62). Néanmoins, pour le député français « Il faut renforcer son rôle, afin qu'il exerce une mission de communication à la fois auprès des services policiers et judiciaires pour les convaincre de jouer le jeu de l'Union européenne, et auprès des populations pour les sensibiliser aux risques du terrorisme et leur montrer ce que l'Union peut apporter » (p. 73). Dans la discussion sur le rapport, un autre député, J. Myard, considère lui la fonction comme relevant du « gadget » (p. 77).

³⁴⁶ La fonction n'existe pas dans les traités.

³⁴⁷ Les moyens mis à la disposition du Coordinateur sont à l'image du soutien dont il bénéficie. Un bureau, un secrétariat, 4 collaborateurs...

³⁴⁸ Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du 25 mars 2004, pt 14 (Création du poste de coordinateur de la lutte contre le terrorisme), non publiée : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/79639.pdf.

³⁴⁹ M. G. de Vries a en réalité démissionné et M. de Kerchove ne lui a succédé officiellement que 6 mois plus tard. *The Economist*, « How not to fight terrorism », 1^{er} mai 2007.

Différentes priorités et obstacles se sont imposés aux deux Coordinateurs successifs, notamment celle de travailler suivant les grands axes transversaux présentés par le Conseil dès 2005 – après les attentats de Londres – dans un document intitulé *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme*³⁵⁰ et dont on a retenu sur le plan médiatique, quatre mots – Prévention, Protection, Poursuite, Réaction – qui deviendront ultérieurement quatre infinitifs – Prévenir, Poursuivre, Protéger et Répondre – servant depuis de cadre de référence à l'action de l'Union européenne contre le terrorisme.

De fait, si la mission du Coordinateur a pour rôle essentiel et officiel d'assurer la coordination des actions et réflexions du Conseil ayant trait à la lutte contre le terrorisme, la fonction est en réalité plus vaste et plus ambitieuse.

Le Coordinateur de la lutte contre le terrorisme doit en effet assurer un rôle particulier d'interface, aussi bien s'agissant de la coordination interne aux arcanes de l'Union européenne (et pas simplement cantonnée aux complexités institutionnelles du Conseil), que d'un positionnement externe, tant avec les Etats membres de l'Union européenne, que et peut être surtout, avec deux ensembles très disparates de pays tiers, que sont d'une part les Etats-Unis, d'autre part les Etats confrontés au terrorisme.

En schématisant les objectifs confiés au Coordinateur, une double mission s'affiche qui relève d'une double nécessité, celles 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 (I), tout en renforçant et encourageant une plus grande prévention des risques (II).

I- Rendre efficace la lutte contre le terrorisme par une action coordonnée dans l'Union européenne

Le terrorisme est par définition un phénomène polymorphe³⁵¹ qui concerne différentes politiques de l'Union européenne, faisant intervenir des compétences et des processus décisionnels divers et des institutions et organes nombreux. Ainsi, les institutions légitimes dans le processus décisionnel doivent plus encore sur des questions mettant en jeu la politique étrangère à la fois des Etats et de l'Union, composer entre elles, tout en gérant les rapports de force avec les Etats et en faisant place à de nouveaux organes aux missions bien circonscrites, parfois créées pour répondre à un manque ou un constat d'inefficacité du tissu institutionnel classique ou pour décharger ces dernières des aspects plus techniques. Le Coordinateur est celui qui doit créer le lien entre tous ces acteurs, sur l'objectif commun de lutte contre le terrorisme.

A- Le pivot de la lutte contre le terrorisme au sein du triangle institutionnel ?

Chaque mesure envisagée au niveau européen suscite nécessairement l'intérêt conjoint de différentes institutions ou de différentes directions ou formations au sein d'une institution. Il suffit de prendre pour exemple la question du blanchiment de l'argent dans le cadre de la

³⁵⁰ Conseil de l'Union européenne, 30 nov. 2005, *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme*, doc. 14469/4/05, 17 p.

³⁵¹ V. dans le présent rapport les propos introductifs, p. 13 et définir le terrorisme, p. 27.

lutte contre le terrorisme. La directive³⁵² a été adoptée au Conseil à la suite du concours des formations ministres des finances (pour ce qui concerne les capitaux *stricto sensu*), ministres de la justice et de l'intérieur (pour les aspects de coopération entre policiers et magistrats) et ministres des affaires étrangères (pour les liens avec les pays tiers concernés).

1- Le Coordinateur au cœur du Conseil

Placé au sein du Conseil européen, le Coordinateur est supposé travailler en pleine efficacité avec les différentes composantes de cette institution.

De fait, c'est un défi considérable pour un seul homme. Comme on le sait, le lieu le plus important au sein du Conseil, est le COREPER, au sein duquel plusieurs groupes de travail sont compétents sur la question de la lutte contre le terrorisme, dont trois portent dans leur intitulé l'objectif de lutte contre le terrorisme. Le plus visible – mais peut être pas le plus important – est le Groupe « Application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme » qui a pour mission de traiter des demandes d'inscription et de désinscription des fameuses listes récapitulant les personnes, groupes ou entités ayant un lien avec le terrorisme³⁵³ ; le deuxième est le Groupe « Terrorisme (aspects internationaux) » qui a pour mission centrale d'analyser les menaces dans les pays tiers et de préparer le dialogue avec eux ; le troisième est le Groupe « Terrorisme » (dit TWP, pour *Terrorism Working Party*), qui vise à échanger sur toutes les initiatives de prévention et réaction au phénomène terroriste, au sein duquel sont échangées les expériences nationales et théoriquement toutes informations utiles venant des États membres.

D'autres groupes ont en charge certains aspects de la lutte en dépit du silence dans leurs intitulés. Il s'agit principalement du Groupe « Protection civile » (dit PROCIV) qui traite principalement des catastrophes naturelles et humaines, mais est également en charge de la coopération sur des initiatives dans le domaine CBRN³⁵⁴ et du Groupe « Droit international public » qui a en charge entre autres la lutte contre le terrorisme et le dialogue avec les États-Unis. Mais on pourrait également citer le Groupe « Désarmement global et maîtrise des armements » – qui travaille sur les interdictions en matière d'armement, notamment dans le domaine CBRN –, le Groupe « Frontières », le Groupe « Coopération en matière pénale », le Groupe « Coopération policière », Groupe « Echange d'information et protection des données » (DAPIX), COSCI, CATS, etc³⁵⁵. Au total, au moins 10% des groupes du COREPER s'intéressent à la question du terrorisme ou a en charge l'un de ses aspects.

C'est dire d'emblée la difficulté pour une seule personne, le Coordinateur, d'intervenir dans ces discussions très nombreuses, animées par des représentants des vingt-sept États membres, qui prennent une place importante dans son agenda.

Le Coordinateur présente en outre au Conseil chaque semestre un document de réflexion³⁵⁶ dans lequel il résume les progrès accomplis durant les six mois écoulés, il fait la

³⁵² V. la contribution de P. Bertoni, dans le présent rapport, p. 193.

³⁵³ Sur ces listes, v. la contribution d'A. Amicelle dans le présent rapport, p. 165.

³⁵⁴ V. supra les propos introductifs, ainsi que la contribution de L. Neyret dans le présent rapport, p. 43. Le CBRN concerne les agents chimiques, biologiques, radiologiques et nucléaires.

³⁵⁵ A l'heure où le rapport est rédigé, la liste des groupes du COREPER peut être consultée ici : <http://eu2012.dk/fr/EU-and-the-Presidency/About-EU/Arbejdsgrupper/Beskrivelser>

³⁵⁶ V. par exemple, le document de réflexion du coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme *sur la stratégie de l'Union visant à lutter contre le terrorisme*, présenté au Conseil le 28 nov. 2011,

synthèse de l'application des actions prioritaires, il évalue la menace terroriste et présente les défis se présentant à l'Union européenne pour les mois à venir.

2- Le Coordinateur dans l'ombre de la Commission

La Commission européenne a toujours reconnu officiellement le rôle et la place pris par le Coordinateur depuis sa création. Ainsi, elle convient de son rôle d'impulsion décisive pour inciter les Etats à participer à des projets qu'elle finance – sur terrorisme et internet, sur la « déradicalisation, sur la formation des imams, etc.³⁵⁷ – mais dans le même temps réduit son rôle au simple fait d'avoir « une vue d'ensemble de tous les instruments dont dispose l'Union, afin de faire régulièrement rapport au Conseil et d'assurer le suivi effectif des décisions de ce dernier »³⁵⁸.

De fait, même si le cantonnement du Coordinateur est acquis, puisque ses fonctions ne peuvent s'exercer que « dans le respect des responsabilités incombant à la Commission »³⁵⁹, la Commission ne peut que craindre que le Coordinateur n'empiète sur son traditionnel pouvoir d'initiative qu'elle doit déjà partager dans ce domaine de Liberté, sécurité et justice, avec les Etats membres. Ses moyens d'expression et d'influence en la matière sont donc largement limités à l'adoption de communications, programmes de prévention et de coopération, plans d'action.

Si le traité de Lisbonne offre désormais des pistes de collaboration renouvelées entre le Coordinateur et la Commission, le TFUE donnant à la Commission de nouvelles possibilités d'initiatives avec la possibilité d'adopter des règles minimales (c'est-à-dire sous la forme de directives) relatives à la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière (article 83, §1 TFUE) notamment dans le domaine du terrorisme et également de règles pénales minimales pour la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne (article 83, §2 TFUE)³⁶⁰, l'on peut considérer également qu'il place désormais le Coordinateur dans une position plus complexe du fait de la double appartenance institutionnelle du Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité (Conseil et vice-présidence à la Commission).

Dans le contexte de la disparition des piliers, le Coordinateur s'est vu confier par le Conseil la mission d'assurer en coordination avec la Commission le suivi de la stratégie révisée selon une approche interpilliers, qui a donné lieu à un rapport dressant... un panégyrique des actions de la Commission³⁶¹...

17595/11, 12 p. : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st17/st17595.fr11.pdf>. Au cours du même Conseil, le Coordinateur a présenté deux autres rapports dont celui *sur la mise en œuvre de la stratégie visant à lutter contre le terrorisme*, 1794/11.

³⁵⁷ Commission, Communication au Parlement européen et au Conseil du 20 juil. 2010, *La politique antiterroriste de l'UE : principales réalisations et défis à venir*, COM/2010/0386 final.

³⁵⁸ *Ibid.* De manière peu élégante, la Commission minimise le rôle du Coordinateur au détour d'une note infra paginale (12).

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ V. en ce sens la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au CESE et au Comité des régions du 22 sept. 2011, *Vers une politique de l'Union européenne en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, COM/2011/0573 final.

³⁶¹ V. le rapport élaboré de concert *relatif à la mise en œuvre de la stratégie révisée de lutte contre le financement du terrorisme*, 17 oct. 2011, 15062/11, 20 p.

3- Le face à face du Coordinateur et du Parlement européen

Les rapports du Coordinateur avec le Parlement européen sont plus ténus et nécessairement plus distants encore qu'avec les deux institutions précitées, bien qu'il prenne régulièrement la parole dans ses enceintes, notamment auprès des groupes³⁶².

L'assemblée européenne, dans sa fonction de contrôle, *via* en particulier sa commission parlementaire LIBE (Libertés civiles, Justice et Affaires intérieures) a été à de multiples reprises virulente contre certains projets de la Commission soutenus par le Coordinateur. Les deux dossiers phares à cet égard sont les accords SWIFT et PNR³⁶³ qui ont créé des tensions certaines, avec néanmoins la fin que l'on sait³⁶⁴, c'est-à-dire des premières versions de textes rejetées et des accords finalement acceptés après des révisions peu substantielles...

B- La sentinelle auprès des agences compétentes en matière de terrorisme

Suivant en cela les recommandations du Conseil, le Coordinateur a constamment plaidé pour une amélioration de la coordination entre les agences, qui sont désormais plusieurs à devoir intervenir dans la lutte contre le terrorisme, l'objectif, faisant partie à des degrés divers des missions respectives d'Eurojust, d'Europol³⁶⁵, mais aussi de Frontex³⁶⁶, et plus récemment, de l'ENISA – Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information.

Bien qu'il ait constaté des progrès sensibles dans son dernier rapport³⁶⁷, le Coordinateur souhaiterait un approfondissement de la collaboration en particulier entre Europol et Eurojust, sans pouvoir l'imposer, faute de pouvoir hiérarchique, et de moyens suffisants permettant de contraindre par exemple Europol à inviter systématiquement Eurojust à ses réunions opérationnelles³⁶⁸, réflexe qui devrait pourtant découler du partenariat, obtenu depuis plusieurs années entre les deux agences par le Coordinateur, afin « d'augmenter leur efficacité dans la lutte contre les formes graves de criminalité internationale, qui relèvent des attributions respectives des deux parties, et d'éviter les doubles emplois inutiles »³⁶⁹.

³⁶² V. par exemple, le 5 novembre 2007 devant la commission LIBE : <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/071105-Intervention%20de%20M.Gilles%20de%20Kerchove%20au%20PE.pdf>.

³⁶³ V. sur ces accords la contribution de M-F. Labouz dans le présent rapport, p. 299.

³⁶⁴ V. les propos introductifs du présent rapport, p. 13.

³⁶⁵ Sur ces deux agences, v. la contribution de D. Blanc, p. 103.

³⁶⁶ Qui n'est cependant pas encore "associée directement aux travaux relatifs à la lutte antiterroriste, mais elle contribue à l'examen des aspects relatifs à la sécurité des frontières" : Conseil de l'Union européenne, Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme, *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme*, Document de réflexion, 23 mai 2012, 9990/12, p. 3.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 4.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Accord entre Eurojust et Europol du 9 juin 2004, qui a été révisé en 2009 : <http://www.ue.espacejudiciaire.net/docs/221.PDF>

C- L' « aiguillon » de l'application et de l'harmonisation nationale des mesures de lutte contre le terrorisme

Le Coordinateur a un rôle important de suivi de l'action ou de l'inaction des Etats membres en matière de lutte contre le terrorisme et de l'aveu même d'un rapporteur de l'Assemblée nationale, il jouerait « un rôle utile d' « aiguillon »³⁷⁰ au stade de la transposition des textes adoptés par les Etats membres ». Aucun document ne permet cependant au chercheur, d'apprécier l'exhaustivité du suivi, ni d'analyser son influence en faveur d'une application correcte et rapide des textes européens.

En revanche, parmi les nombreuses interventions du Coordinateur, l'on trouve trace des interpellations récurrentes à l'adresse des Etats membres s'agissant des possibilités à eux offertes, mais inutilisées. Ainsi, il a conseillé récemment aux Etats de recourir davantage à l'article 10 de l'accord UE – Etats-Unis sur le programme de surveillance de financement du terrorisme – possibilité de demander via Europol que des recherches soient effectuées par les Etats-Unis³⁷¹.

II- Renforcer et encourager une prévention coordonnée dans la lutte contre le terrorisme

La prévention est considérée par le Coordinateur remplissant actuellement la fonction, comme le moyen prioritaire de lutter contre le terrorisme. Deux moyens mobilisent particulièrement son attention : le partage d'information et le dialogue avec les Etats tiers.

A- Le partage d'information, une harmonisation à trouver entre les Etats membres

Sur ce terrain, la question du partage d'information est le cheval de bataille du Coordinateur, conformément à la Déclaration sur le terrorisme de 2004³⁷².

Plus généralement, renforcer les échanges d'informations a été l'une des propositions auxquelles l'actuel Coordinateur a le plus tenu à développer, vœu pertinent, mais auquel s'opposent et se sont opposées nécessairement des réticences diverses. Des Etats membres d'une part, des Etats-Unis d'autre part et des Etats tiers susceptibles d'abriter des réseaux terroristes enfin.

Le Coordinateur a un vrai travail de pédagogie à réaliser auprès des Etats, afin que l'intérêt commun d'un plus grand partage du renseignement aboutisse à ce que les Etats respectent l'engagement pris dans la décision du Conseil de 2005³⁷³ de communiquer toute information pertinente sur des infractions terroristes qui intéressent deux Etats membres ou plus. Au regard de la sous-utilisation de l'échange d'informations entre les Etats qu'il a constatée dans son dernier rapport, le Coordinateur a même plaidé pour une interprétation extensive de la décision du Conseil 2005/671/JAI relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes, afin de considérer que « tous les actes

³⁷⁰ Assemblée nationale, Rapport d'information n° 2123, 2 mars 2005, *op. cit.*, p. 62.

³⁷¹ *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme*, Document de réflexion, 23 mai 2012, *op. cit.*, pp. 2 et 5.

³⁷² Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du 25 mars 2004, *op. cit.*, objectif 3.

³⁷³ Conseil de l'Union européenne, Décision 2005/671/JAI du 20 sept. 2005 relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes, JO L 253 du 29 sept. 2005, p. 22.

terroristes perpétrés dans l'UE concernent ou sont susceptibles de concerner deux Etats membres ou plus »³⁷⁴.

Cela nécessite de mettre les Etats d'accord entre eux – et plus spécialement leurs structures en charge de la coordination de la lutte anti-terroriste³⁷⁵ – et notamment en harmonisant les niveaux d'alertes.

Le SitCen³⁷⁶ devenu INTCEN, Centre de Situation de crise et d'analyse de la menace du terrorisme, basé depuis sa création en 2001 à Bruxelles, initialement au sein du Conseil et sous l'autorité du Haut représentant pour la politique étrangère de l'Union européenne Javier Solana, est aujourd'hui intégré au service diplomatique de l'Union européenne, au sein du service d'action extérieure de l'Union européenne (SEAE)³⁷⁷ sous la direction du Haut représentant de l'Union européenne, Catherine Ashton³⁷⁸.

Inconnu du grand public, peu connu des spécialistes de droit de l'Union européenne et de la doctrine qui ne lui a pas consacré d'étude³⁷⁹, cette structure légère³⁸⁰ qui s'est progressivement mise en place de manière discrète, a été formalisée en 2001, afin de réunir des experts en matière de renseignement et de sécurité. L'INTCEN semble être resté quelque peu en sommeil en dépit des attentats de New-York et n'avoir été vraiment réactivé qu'après ceux de Madrid de 2004 et la mise en place du Coordinateur de la lutte contre le terrorisme. La mission et les moyens octroyés à ce centre ne permettent évidemment pas de collecter des renseignements comme le prônait Sun Tzu³⁸¹, ou comme le pratiquent de manière plus contemporaine la CIA, ou la DCRI et DGSE³⁸², mais d'analyser les informations qui sont partagées par ces agences sur l'évolution de la menace terroriste et de les synthétiser de manière utile aux institutions européennes en charge d'adopter des mesures de lutte contre le terrorisme.

Les échanges d'informations sont également encouragés entre les Etats et les agences, *via* des équipes communes d'enquête (*Joint Investigations Teams*) que le Coordinateur trouve trop peu nombreuses³⁸³.

³⁷⁴ *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme*, Document de réflexion, 23 mai 2012, *op. cit.*, p. 17.

³⁷⁵ En France, l'Unité de coordination de la lutte antiterroriste (UCLAT) a été créée en 1984.

³⁷⁶ Sigle à ne pas confondre avec le SatCen, qui est l'agence européenne basée à Madrid chargée de fournir des images satellites dans le cadre de la PESD. Le terrorisme fait néanmoins partie des objets de surveillance de cette agence qui a des relations étroites avec le SitCen/INTCEN. Pour ce dernier, c'est l'acronyme anglais qui est en réalité le plus souvent employé : *JSC* pour *Joint Situation Centre*.

³⁷⁷ Depuis le 26 juillet 2010, à la suite d'une réunion des ministres des affaires étrangères et sur la volonté et sous la direction de C. Ashton, le service est composé de diplomates des différents Etats membres de l'Union et de fonctionnaires européens.

³⁷⁸ Le SitCen n'a été dirigé que quelques mois par un français, le diplomate P. Bergamini, ancien membre du cabinet de Mme Ashton, après un anglais et avant le finlandais I. Salmi.

³⁷⁹ V. cependant : Dr. Mai'a K. Davis Cross, « EU Intelligence Sharing & The Joint Situation Centre : a Glass Half-Full », 2011, Draft : http://www.euce.org/eusa/2011/papers/3a_cross.pdf. Et une page dans l'article de S. Lavaux, « La politique européenne en matière de lutte contre le terrorisme CBRN », *op.cit.*, p. 355.

³⁸⁰ Tout de même composé d'une centaine d'agents, ce qui n'est pas anodin pour une structure européenne (Frontex détient des forces comparables), mais évidemment sans rapport avec les 20 à 25 000 agents de la CIA, le SitCen est divisé en trois unités principales (une unité de communication, une unité d'analyse, une unité opérationnelle).

³⁸¹ Sun Tzu, *L'art de la guerre*, Flammarion, Champs classiques, 2008 (ouvrage chinois de 500 av. JC), spéc. le XIIIème et dernier chap. « L'utilisation des agents secrets », pp. 245 et s.

³⁸² Direction Centrale du Renseignement Intérieur et Direction Générale de la sécurité extérieure.

³⁸³ *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme*, Document de réflexion, 23 mai 2012, *op. cit.*, p. 5.

B- La protection des données, une coordination à assurer avec les Etats-Unis

La question de la protection des données est une question particulièrement sensible dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, car elle a opposé deux visions de l'équilibre entre les impératifs de sécurité et la garantie des droits individuels.

La question prend place dans ce contexte s'agissant de la collecte, l'échange, l'analyse d'informations contenues dans les dossiers des passagers aériens, mais également dans les données bancaires, aux fins de lutte contre le terrorisme et contre les autres formes graves de criminalité.

La sécurité de la collecte, le traitement et l'échange de ces données à caractère personnel représentent des enjeux importants.

Le Coordinateur de la lutte contre le terrorisme pour l'Union européenne entretient des liens privilégiés avec un grand nombre d'interlocuteurs américains, en grande partie de manière informelle – car les textes officiels mettent davantage l'accent sur la coopération avec la Communauté internationale³⁸⁴ ou les Nations Unies – pour ce qui est des relations avec l'exécutif américain, ou plus classique avec la représentation américaine à Bruxelles, qui ont permis de faire aboutir les dossiers les plus sensibles entre les deux puissances et traverser les obstacles déposés par le Parlement européen et la Cour de justice de l'Union.

C- L'accompagnement des Etats tiers « prioritaires »³⁸⁵

Le mot d'ordre du Coordinateur est de convaincre les pays tiers dits « prioritaires » d'améliorer leur capacité de lutte contre le terrorisme. Plusieurs Etats ont ainsi été qualifiés par l'Union européenne, de pays à risque ou Etats tiers « prioritaires ». Les derniers en date sont le Yémen et le Sahel. Dans chacun des pays volontaires, le Coordinateur se déplace, faisant la pédagogie de la prévention du terrorisme et de la radicalisation et accompagner les « stratégies d'assistance technique »³⁸⁶ et programmes d'aide extérieure³⁸⁷.

Des millions d'euros sont dévolus chaque année pour aider les pays tiers, notamment du Maghreb, à renforcer les contrôles aux frontières, en particulier maritimes, à surveiller le blanchiment des capitaux³⁸⁸. Ce financement doit être partie intégrante de la politique de développement de l'Union européenne, afin que les programmes de développement (aides publiques au développement) puissent prendre systématiquement en compte, dans certains Etats, la dimension de lutte contre le terrorisme.

Dès lors, l'Union européenne, *via* son Coordinateur pour la lutte contre le terrorisme, promeut les vertus des droits de l'homme et de la démocratie comme remèdes préventifs au terrorisme³⁸⁹ avec des succès divers puisque cette activité de prévention dépend du bon vouloir des Etats concernés. Ainsi, au sein des derniers programmes qui concernent la Corne

³⁸⁴ Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du 25 mars 2004, *op. cit.*, objectif 1.

³⁸⁵ Selon les termes retenus dans l'objectif 7 de la Déclaration du 25 mars 2004, *op. cit.*

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*, objectif 6.

³⁸⁸ *Ibid.*, v. le dernier point de l'objectif 2 : « Mener un dialogue politique et technique avec les pays tiers afin d'intensifier la lutte contre le financement du terrorisme ».

³⁸⁹ Cette mission européenne est répétée à l'envie. V. par ex. : V. Søvndal, G. de Kerchove, B. Emmerson, « Counter-terrorism and human rights », *The European Voice*, 13 mars 2012 : « We have to be clear that promoting human rights is one of our most effective means to counter terrorism. To act otherwise would undermine the very legitimacy of our own efforts and thereby their effectiveness ».

de l'Afrique, les Etats concernés ont accepté de collaborer avec l'Union européenne, notamment en matière de prévention. Le cas du Sahel est particulier. Si le Coordinateur n'a pu travailler qu'avec la Mauritanie pour des actions de lutte contre la radicalisation³⁹⁰, il a néanmoins pu impulser une stratégie globale de sécurité/développement permettant notamment une meilleure programmation des fonds de développement sur cette zone géographique et d'aboutir à des projets concrets³⁹¹.

Pour améliorer l'efficacité du dialogue avec les pays tiers, le Coordinateur a préconisé l'élaboration par la Commission et le Service de l'Union européenne pour l'action extérieure, d'un plan d'action intégrant les droits de l'homme dans les volets extérieurs de la sécurité et de la justice ».

*
* * *

Et si le Coordinateur pour la lutte contre le terrorisme était une fonction quasi impossible à assurer ? Tous les acteurs de la lutte contre le terrorisme sont partisans de la coordination, mais qui est d'accord pour être coordonné ?

Beaucoup d'attentes ont été placées lors de la création et de la mise en place du Coordinateur, avec des moyens objectivement insuffisants et qui en tout état de cause ne peuvent être à la hauteur d'un défi sans cesse en évolution et impliquant trop de partenaires, ce qui ne l'a néanmoins pas empêché d'obtenir des résultats auprès des Etats tiers et d'être parfois un « poil à gratter » salvateur au sein du système institutionnel de l'Union.

Alors même que la création d'un Coordinateur de lutte contre le terrorisme au niveau de l'ensemble du système des Nations-Unies a été proposée, afin d'« accroître la visibilité » des « efforts entrepris par les Nations Unies en matière de lutte contre le terrorisme »³⁹², et que l'actuel Coordinateur n'a pas démerité, bien au contraire, la fonction est peut être appelée à disparaître telle quelle au niveau de l'Union européenne ; si d'aventure par exemple, l'actuel titulaire de la fonction venait à démissionner, le poste serait-il à nouveau pourvu ?

Ses taches pourraient être alors intégrées de manière plus classique au sein de chaque institution ou sous la seule responsabilité du Service européen pour l'Action extérieure, voire de la compétence directe du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. Le revers de la médaille d'une approche intégrée (*mainstreaming*) de la lutte contre le terrorisme est que le visage donné au contre-terrorisme européen disparaîtra, et cela au risque de noyer dans l'intergouvernementalisme l'esprit de solidarité³⁹³ nécessaire au succès de l'entreprise.

Emmanuelle Saulnier-Cassia

³⁹⁰ *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme*, Document de réflexion, 23 mai 2012, *op. cit.*, p. 8.

³⁹¹ V. par exemple dans le cadre de la PSDC, la mission civile dénommée EUCAP Sahel Niger, acceptée par le Conseil le 16 juillet 2012 (décision 2012/392/PESC, JOUE L 187/48 du 17 juill. 2012) « afin d'améliorer les capacités des forces de sécurité nigériennes (gendarmerie, police nationale et garde nationale) pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée de manière efficace et coordonnée » : <https://www.consilium.europa.eu/eeas/security-defence/eu-operations/eucap-sahel-niger?lang=fr>

³⁹² *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme*, Document de réflexion, 23 mai 2012, *op. cit.*, p. 7.

³⁹³ Sur la clause de solidarité, v. dans le présent rapport, la contribution de K. Abderemane, p. 61.

Les agences européennes Europol et Eurojust et

la lutte contre le terrorisme. Entre coopération et... coopérations

« Dieu et la loi sont de la même essence »³⁹⁴.

« Dans un Etat de droit, la poursuite pénale est toujours de l'ordre de la réaction »³⁹⁵. L'Union européenne étant fondée sur les principes de l'Etat de droit conformément à l'article 2 TUE, il est naturel de relever que sa lutte contre le terrorisme s'organise davantage sur le mode de la réaction que de l'anticipation. Ainsi, les attentats perpétrés sur le territoire des Etats-Unis le 11 septembre 2001 modifient durablement la perception et l'action des acteurs luttant contre le terrorisme. Si l'action coordonnée des Etats membres des Communautés puis de l'Union européenne en la matière est présentée traditionnellement comme remontant à la constitution en 1976 du groupe Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale (ci-après TREVI)³⁹⁶, il est aisé de relever la relation entre les menaces terroristes et les réalisations institutionnelles destinées à y faire face³⁹⁷.

Auparavant la lutte contre le terrorisme relevait pour l'essentiel sur le continent européen du Conseil de l'Europe dont le substrat politique impliquait davantage qu'une intégration économique sa prise en compte. Dès 1977, les Etats membres du Conseil de l'Europe adoptent la Convention européenne pour la répression du terrorisme, plusieurs fois amendée depuis³⁹⁸. S'agissant de l'Union européenne, il faut en réalité attendre 2002 pour que se mettent en place véritablement les premiers instruments organiques et normatifs destinés à lutter contre le terrorisme ; que ce soit par le biais de la création d'Eurojust³⁹⁹, des trois décisions-cadres du 13 juin 2002 relatives au mandat d'arrêt européen⁴⁰⁰, à la constitution

³⁹⁴ M. Dugain, *La malédiction d'Edgar*, Gallimard, 2005, p. 27.

³⁹⁵ H. Busch, « Le piège légaliste. La coopération policière après Tampere », *Cultures & Conflit*, 2002, n° 45, p. 125.

³⁹⁶ Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale. A la suite du Conseil européen de Rome des 1^{er} et 2^e déc. 1975, ce groupe est créé à l'issue d'une réunion du Conseil du 26 juin 1976. V. : C. Chevallier-Govers, *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 142-146. La localisation du Conseil européen n'est pas ici fortuite, le groupe TREVI est constitué en réponse aux nombreux attentats des brigades rouges frappant particulièrement l'Italie en 1975.

³⁹⁷ Un premier groupe de travail composé de policiers chargé de lutter contre le terrorisme apparaît en 1979 en réponse à l'assassinat de l'ambassadeur britannique à Dublin en 1976.

³⁹⁸ *La lutte contre le terrorisme. Les normes du Conseil de l'Europe*. Éd. du Conseil de l'Europe, 2007, 4^{ème} éd., pp. 5 et s.

³⁹⁹ Conseil de l'Union européenne, Décision 2002/187/JAI du 28 févr. 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, JO L 63 du 6 mars 2002, p. 1. Elle a été précédée par Conseil de l'Union européenne, Décision 2000/799/JAI (Pro-Eurojust) du 14 déc. 2000 instituant une Unité provisoire de coopération judiciaire, JO L 324 du 21 déc. 2000, p. 2.

⁴⁰⁰ V. : M.-E. Cartier (sous la dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, 2005, 422 p. et dans le présent rapport la contribution d'A. Amicelle, « Adoption et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen : entre exploitation du contexte politique et institutionnalisation d'un espace pénal européen », p. 165.

d'équipes d'enquêtes communes aux Etats membres et plus largement à la lutte contre le terrorisme⁴⁰¹.

Cette dernière - « *pivot de l'arsenal législatif dont s'est doté l'Union* »⁴⁰² - donne en son article 1^{er} la définition suivante d'une infraction terroriste : acte intentionnel 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 ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale* » ; suivent huit situations relevant de cette catégorie d'infraction. Plus tard, en 2008, le Conseil pour faire face en particulier à l'apologie du terrorisme sur internet va décider d'étendre la liste des infractions liées au terrorisme⁴⁰³.

Une fois cet exercice de définition effectué, il est essentiel de préciser de prime abord que sur le territoire de certains des Etats membres formant l'Union européenne (Allemagne, Espagne, France, Italie, Royaume-Uni...), des groupes terroristes ont pu exercer leurs activités sur des périodes relativement longues causant ainsi d'importants dégâts sur le plan matériel ou humain, sans susciter de réactions au niveau européen, en raison de la volonté des Etats concernés de conserver la maîtrise absolue de la lutte contre un terrorisme considéré comme une affaire exclusivement interne et nationale. Depuis plusieurs années, le règlement politique et répressif des violences politiques a conduit de nombreux groupes terroristes à « *déposer les armes* » (par exemple en juillet 2005 l'*Irish Republic Army*, ou dernièrement en octobre 2011 l'*Euskadi Ta Askatasuna*), si bien que l'extinction progressive d'un terrorisme « *d'européens* » a créé les conditions favorables à l'émergence d'une lutte contre le terrorisme dans l'Europe.

En d'autres termes, l'Union européenne lutte contre le terrorisme sur son territoire en se préoccupant d'autant moins de son origine que ses racines profondes ont ou semblent avoir une origine extra-européenne. Cette précision en appelle une seconde, ce n'est pas tant l'Union européenne qui est visée par les attentats terroristes que les Etats membres la formant. En conséquence, toute action européenne emprunte des voies marquées du sceau intergouvernemental.

De même que la détermination territoriale ressort de la compétence des Etats membres, la défense de leur territoire est un de leurs attributs exclusifs mis en œuvre au niveau européen sur le mode de la coopération. Cela vaut en particulier pour certaines agences de l'Union possédant une dimension policière comme Europol (Office européen de police) ou pénale comme Eurojust (Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne). En conséquence, il n'y a pas lieu de s'étonner de les voir relever initialement des piliers intergouvernementaux de l'Union jusqu'à ce que le traité de Lisbonne ne les supprime. Ces

⁴⁰¹ Respectivement : Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 *relative au mandat européen et aux procédures de remise entre Etats membres*, JO L 190 du 18 juil. 2002, p. 1 ; Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/465/JAI du 13 juin 2002 *relative aux équipes communes d'enquête*, JO L 162 du 20 juin 2002, p. 1 ; Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 *relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

V. en particulier concernant le suivi de ces décisions-cadres, Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 *relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve* (ayant pour domaine le terrorisme) JO L 196 du 2 août 2003, p. 45.

⁴⁰² C. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 2009, 5^{ème} éd., p. 79.

⁴⁰³ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 nov. 2008 modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002, article 3, JO L 330 du 9 déc. 2008, p. 21.

deux agences n'ont pas le monopole de la lutte contre le terrorisme, d'autres comme Frontex participent à cet objectif⁴⁰⁴. Le choix de porter l'attention sur Europol et Eurojust découle d'une vérité première : « *Le mécanisme de lutte contre le terrorisme implique deux types d'acteurs : les policiers et les juges* »⁴⁰⁵.

La création d'agences au sein de l'Union européenne répond à des exigences diverses et constitue « *une typique manifestation de la tendance qu'ont les institutions politiques de l'Union à procéder selon des solutions ad hoc, élaborées au cas par cas et rarement liées à un projet général* »⁴⁰⁶. De ce point de vue, Europol et Eurojust échappent au modèle général de l'agence en ce qu'ils sont prévus dans le TUE⁴⁰⁷ ; Europol est dans une position plus singulière encore dans la mesure où sa création ne repose pas sur un acte unilatéral mais sur une convention. En dépit de ces particularités, la Commission classe Europol et Eurojust dans la catégorie des « *agences de régulation chargées d'activités opérationnelles* »⁴⁰⁸. Placer la lutte contre le terrorisme comme relevant d'une régulation peut surprendre, au demeurant, « *on ne trouve jamais une définition du mot 'régulation', bien que le mot soit utilisé* »⁴⁰⁹.

Celle dessinée par la doctrine exclut de voir dans ces deux agences des organes de régulation, étant entendu que celle-ci est présentée comme « *une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel* »⁴¹⁰. Si des rivalités et des luttes d'influence existent entre groupes terroristes⁴¹¹, il est risqué et hardi de les considérer comme des acteurs d'un champ concurrentiel⁴¹². Au final, que ce soit en raison de leur fondement ou de leur objet, ces deux agences apparaissent originales comme instruments de coopération intergouvernementale⁴¹³.

Europol et Eurojust réunissent indéniablement les trois critères cumulatifs de l'agence : « *un critère organique qui implique la détention de la personnalité juridique, un critère matériel lié à la mission spécifique dont est investi l'organisme et, enfin, un critère lié au fondement, le statut et le mode de fonctionnement de l'agence devant être déterminés par un acte de droit dérivé de l'Union européenne* »⁴¹⁴. Tout d'abord, Eurojust comme « *Europol a la capacité juridique* »⁴¹⁵.

⁴⁰⁴ Ainsi, les conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 déc. 2001 indiquent au pt 42 : « *Une meilleure gestion du contrôle aux frontières extérieures de l'Union contribuera à lutter contre le terrorisme* ».

⁴⁰⁵ P. Berthelet, « L'impact des événements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice (partie 1) », *Cultures & Conflits*, 2002, n° 46, p. 3.

⁴⁰⁶ V. E. Chiti, « Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne ? » in J. Molinier (sous la dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 50.

⁴⁰⁷ Articles 30 et 31 TUE dans la version consolidée postérieure à l'entrée en vigueur du traité de Nice ; articles 85 et 88 TFUE.

⁴⁰⁸ Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil du 11 mars 2008 portant sur « *Agences européennes - Orientations pour l'avenir* », COM (2008) 135 final, p. 8.

⁴⁰⁹ G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 349.

⁴¹¹ J.-L. Marret, *Techniques du terrorisme*, PUF, 2002, 2^{ème} éd., pp. 41 et s.

⁴¹² Un esprit paradoxal ferait observer qu'en revanche une concurrence « inter-administrative » existe entre les agences européennes intervenant dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. V. : J. de Maillard et A. Smith, « L'Union européenne et la sécurité intérieure : une institutionnalisation en quête de légitimité », *Politique européenne*, 2007, n° 23, pp. 9 et s.

⁴¹³ V. D. Dero-Dugny, « Agences européennes », *JCP Europe*, fasc. 245, n° 9.

⁴¹⁴ *Idem*, n° 12.

⁴¹⁵ Conseil de l'Union européenne, Décision 2002/187/JAI du 28 févr. 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *op. cit.*, article 1^{er} ; Conseil de l'Union européenne, Acte 95/C316/01

Ensuite, la lutte contre le crime organisé peut être présentée comme leur mission spécifique. Enfin, si initialement Europol avait un statut original en raison de sa source conventionnelle, depuis 2009 sa détermination obéit au droit dérivé, de sorte que sans contestation possible Europol est une agence de l'Union⁴¹⁶. Ce changement de nature quant au fondement d'Europol a pour conséquence d'en faciliter la révision puisqu'à la différence d'une convention, une décision ne nécessite pas de ratification par les Etats membres pour entrer en vigueur, elle obéit au régime juridique relatif aux actes unilatéraux de l'Union⁴¹⁷. Au final, en leur qualité d'agences, Europol et Eurojust appartiennent à la catégorie des « *organismes de l'Union* » au sens du traité de Lisbonne⁴¹⁸.

De ces deux agences, Europol est la première à avoir été créée, la police précédant la justice au plan européen. L'article K.1 9)⁴¹⁹ tel qu'inséré par le traité de Maastricht du 7 février 1992 fait de la « *coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme (...) en liaison avec l'organisation à l'échelle de l'Union d'un système d'échanges d'informations au sein d'un Office européen de police (Europol)* » une question d'intérêt commun aux Etats membres. La nécessité d'un organisme européen chargé de la coopération policière sous l'angle d'un partage de données - l'information est la raison d'être initialement d'Europol - s'est fait sentir dans le contexte de l'instauration de l'espace Schengen et correspond à une attente forte du gouvernement allemand⁴²⁰.

Europol est une idée allemande en ce sens que dès 1974, le *Bund deutscher Kriminalbeamter* (Fédération des fonctionnaires de police criminelle allemands) avance l'idée d'un tel organe⁴²¹. Cette base conventionnelle ne se traduit pas par une mise en place rapide d'Europol puisque consécutivement à l'adoption de la convention fondatrice du 26 juillet 1995⁴²², entrée en vigueur après sa ratification par les Etats membres le 1^{er} octobre 1998, l'agence ne devient opérationnelle qu'à partir du 1^{er} juillet 1999. Bien que mobilisé prioritairement au bénéfice du renseignement dans la lutte contre les produits stupéfiants, Europol va compter parmi ses missions, conformément aux stipulations du traité, « *la prévention et la lutte contre le terrorisme* »⁴²³.

du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol), article 26, JO C 316 du 27 nov. 1995, p. 1.

⁴¹⁶ Conseil de l'Union européenne, Décision du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), JO L 121 du 5 mai 2009, p. 37.

⁴¹⁷ Toutefois, des incertitudes juridiques ont pesé sur le remplacement d'une convention par une décision en raison en particulier du défaut de parallélisme de formes. Celles-ci ont été levées par la Cour de justice dans une affaire comparable, le juge estimant qu'il revient au Conseil d'apprécier la pertinence de l'instrument juridique adéquat (aff. C-303/05 du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, Rec. p. I-3633, pt 41).

⁴¹⁸ Par exemple les articles 15-1 TFUE et 16-2 TFUE.

⁴¹⁹ Devenu article 29 TUE de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam jusqu'à celle du traité de Lisbonne.

⁴²⁰ S. de Biolley, « Europol », *JCP Europe*, fasc. 2690, n° 2 et s.

⁴²¹ H. Busch, *Cultures & Conflict*, 2002, *op. cit.*, p. 125. Les raisons en sont limpides, la République fédérale allemande est secouée par de nombreux actes perpétrés par des groupes terroristes, le plus souvent d'extrême gauche au milieu des années 1970, lesquels bénéficient du soutien de plusieurs mouvements en France, en Italie, mais aussi en Irlande. Contrairement à la plupart des analyses, un rapport de l'Assemblée nationale affirme que l'Allemagne est réticente à la création d'Europol au motif d'un double emploi avec Interpol. V. RI n° 3609 du 13 févr. 2002 sur les relations entre Europol et Eurojust, présenté par P. Brana, p. 9.

⁴²² Conseil de l'Union européenne, Acte 95/C316/01 du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol), JO C 316 du 27 nov. 1995, p. 1.

⁴²³ Article 2 de la Convention Europol.

Basée à La Haye aux Pays-Bas, comme Europol⁴²⁴, Eurojust est lancée par le Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999. À l'instar d'Europol, le terrorisme n'est pas distinctement visé parmi les motifs conduisant à sa création, mais « *la lutte contre les formes graves de criminalité organisée* »⁴²⁵, destinée à englober les activités terroristes. Il s'agit suivant le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 établissant un Espace de liberté, de sécurité et de justice⁴²⁶ de donner à Europol un « *pendant* » judiciaire⁴²⁷.

Sur le fondement de l'article 31 TUE (ex-article K-3), la décision du Conseil du 28 février 2002 réalise cette aspiration en instituant l'Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne, plus connue sous le nom d'Eurojust. Dans le prolongement du réseau judiciaire européen créé en 1998⁴²⁸, les Etats membres souhaitent doubler la coopération policière en marche par une coopération judiciaire. Toutefois, son rôle est limité à la promotion, à l'amélioration de la coordination et de la coopération des autorités nationales et au soutien de leurs actions. En d'autres termes, Eurojust est pensé davantage comme un facilitateur qu'un acteur, même si l'agence peut être à l'origine de mesures d'investigation⁴²⁹.

La relation entre Europol et Eurojust se traduit par une compétence matérielle identique suivant le critère des infractions puisque le « *champ de compétence générale d'Eurojust recouvre : a) les types de criminalité et les infractions pour lesquels Europol a, à tout moment, compétence pour agir en application de l'article 2 de la Convention Europol du 26 juillet 1995* »⁴³⁰. Il va sans dire que le passage de la coopération policière à la phase judiciaire est grandement facilité par l'instauration du mandat européen dont le champ d'application recouvre précisément le terrorisme⁴³¹. Ainsi dès leur instauration, Europol et Eurojust se voient reconnaître compétence pour lutter contre le terrorisme au nom de son appartenance aux « *formes graves de criminalité* »⁴³².

En vertu de cette mission commune de lutte contre le terrorisme (I), Europol et Eurojust vont voir évoluer celle-ci au rythme des menaces terroristes qu'elles soient ou non propres à l'Union. À cet égard, le 11 septembre 2001 est une date charnière, faisant office d'accélérateur dans la construction européenne d'une lutte contre le terrorisme. Dès le lendemain, le Conseil dans sa formation « *Affaires générales* » tient une réunion extraordinaire, le 20 septembre dans sa formation « *Justice et Affaires intérieures* » il reconnaît la nécessité

⁴²⁴ Europol est installé à La Haye selon la volonté du Conseil européen de Bruxelles du 29 oct. 1993 (décision prise du commun accord des Représentants des gouvernements des Etats membres réunis au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement relative à la fixation des sièges de certains organismes et services des Communautés européennes). Eurojust est située au départ à Bruxelles, puis pour des raisons de proximité, elle a ensuite rejoint Europol. Le coordinateur pour l'Union européenne de la lutte contre le terrorisme observe dans sa note sur le plan d'action de lutte contre le terrorisme que cette proximité est fructueuse, 17594/1/11, 9 déc. 2011, p. 32.

⁴²⁵ Pt. 46 des conclusions du Conseil européen.

⁴²⁶ V. H. Labayle, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDEur*, 1997, n° 4, pp. 813 et s.

⁴²⁷ V. S. de Biolley, « Eurojust », *JCP Europe*, fasc. 2710, n° 2.

⁴²⁸ Conseil de l'Union européenne, Action commune du 29 juin 1998 adoptée sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, JO L 191 du 7 juil. 1998, p. 4.

⁴²⁹ V. en particulier article 7 a) sous i) de la décision du 28 févr. 2002.

⁴³⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision 2002/187/JAI du 28 févr. 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *op. cit.*, article 4.

⁴³¹ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *op. cit.*, article 2.

⁴³² Il convient de préciser que si le terrorisme est une « *forme grave de criminalité* », cette expression n'est pas commune au niveau européen en particulier parce que la liste d'infractions incorporée à la décision relative au mandat d'arrêt européen n'est pas totalement identique à celle refondant Europol en 2009 (JO L 121 du 15 mai 2009, p. 37).

d'« accélérer la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice » et décide pour ce faire « de mobiliser l'ensemble des mesures déjà prises au niveau de l'Union européenne pour combattre ces actes odieux, notamment : (...) la mise en place d'Europol et de Pro-Eurojust »⁴³³. Le jour suivant, le Conseil européen extraordinaire de Bruxelles demande à la fois la mise en œuvre rapide de « tout le paquet de mesures décidées lors du Conseil européen de Tampere », et par voie de conséquence l'installation d'Eurojust et la constitution « dans les plus brefs délais » au sein d'Europol « d'une équipe de spécialistes antiterroristes ».

De la relation étroite entre des actions terroristes et la lutte contre celles-ci découle une série de mesures intégrées à la Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme fixée à la suite des attentats de Madrid (2004) et de Londres (2005) dont les piliers sont : « la prévention, la protection, la poursuite et la réaction ». Au regard de ces derniers, Europol et Eurojust deviennent des instruments de cette lutte, dont la mise en place demeure heurtée en raison de certaines réticences étatiques (II). Pourtant, la pertinence d'une action à l'échelle de l'Union européenne contre le terrorisme n'est guère douteuse pour l'opinion publique⁴³⁴.

Elle ne l'est pas davantage pour l'ensemble des Etats membres puisque son interprète institutionnel, le Conseil européen, annonce fortement dans le programme de Stockholm du 10 décembre 2009 traçant les priorités de l'Union européenne dans le domaine de la justice, de la liberté et de la sécurité pour la période 2010-2014 : « Des agences européennes telles qu'Europol, Eurojust, (...) ont atteint leur maturité opérationnelle dans leurs champs d'activité respectifs »⁴³⁵. Cette appréciation positive ne doit pas dissimuler les épreuves traversées par Europol et Eurojust dans la lutte contre le terrorisme (III).

I- La lutte contre le terrorisme : une mission commune à Europol et Eurojust

Le fondement de l'action des agences en matière de lutte contre le terrorisme fait apparaître s'agissant d'Europol, que cette mission est à l'origine facultative et secondaire, pour devenir rapidement prioritaire (A). Lutter contre le terrorisme n'est qu'une autre manière de lutter contre la criminalité organisée. Naturellement, la création d'Eurojust emporte comme conséquence un alignement domanial, de sorte que se pose la question de la coordination des moyens en vue d'une même fin (B).

A- La lutte contre le terrorisme : d'une mission secondaire à une mission prioritaire

Il ressort de la genèse de la création d'Europol que la lutte contre le terrorisme si elle ne figure pas *expressis verbis* au rang de ses missions initiales, doit être englobée dans la

⁴³³ Conseil de l'Union européenne, Conclusions 12156/01/JAI 99 du 25 sept. 2001, p. 1.

⁴³⁴ Selon le n° 72 *Eurobaromètre standard* du 24 févr. 2010, 86 % des Français privilégient nettement le niveau européen en matière de lutte contre le terrorisme. 4 européens sur 10 estiment que l'Union doit faire plus en la matière et 6 sur 10 qu'elle constitue le niveau pertinent d'action : *Special Eurobarometer 371*, nov. 2011 « Sécurité intérieure ».

⁴³⁵ Conseil européen, Le programme de Stockholm. *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JO C 115 du 4 mai 2010, pt 1. Ce programme a été adopté le 10 déc. 2009.

référence au « *crime organisé* »⁴³⁶. En annexe des conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 28 et 29 juin 1991, « *la mise en place complète d'un office central européen de police criminelle (Europol) compétent pour* » la lutte contre le trafic international de drogues et le crime organisé est évoquée, selon les propositions formulées par la délégation allemande. Ensuite, l'article K.1 inséré par le traité de Maastricht assure une relation entre la création d'Europol et la lutte contre le terrorisme.

Toutefois, au moment de sa fondation, la lutte contre le terrorisme apparaît comme littéralement seconde, en ce sens que les objectifs fixés par la convention font l'objet d'une distinction basée sur leur ordre de priorité. C'est ainsi qu'il est prévu : « *Europol a, dans un premier temps pour tâche, la prévention et la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants, de matières nucléaires et radioactives, les filières d'immigration clandestine, la traite des êtres humains et le trafic de véhicules volés. Europol traitera également, deux ans au plus tard après l'entrée en vigueur de la présente convention, des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités de terrorisme portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes ainsi qu'aux biens* »⁴³⁷.

Cette rédaction témoigne de divergences entre les Etats membres, certains comme l'Espagne conditionnant la création de l'agence à sa compétence en matière de lutte contre le terrorisme, d'autres comme le Royaume-Uni, voyant dans ce domaine une affaire interne. Dans ces conditions, ainsi que le soulignait le Professeur Isaac, le « *compromis trouvé consiste d'abord en une définition purement matérielle des faits constitutifs de terrorisme* »⁴³⁸. Le Conseil va faire usage de la possibilité offerte par la convention d'une extension anticipée de la compétence d'Europol en lui permettant à « *compter de la date de démarrage de son activité* » de « *traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités de terrorisme portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes ainsi qu'aux biens* »⁴³⁹.

Cette décision est très rapidement relayée par l'action commune du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne⁴⁴⁰, dictée par les attentats meurtriers perpétrés au milieu des années 1990 (attentats à Paris en 1995 et 1996 et à Louxor en 1997, sans compter les attaques régulières portées par l'ETA ou l'IRA)⁴⁴¹. Europol est né sous le signe du terrorisme et partage

⁴³⁶ La liaison est initialement bien pensée dans la mesure où il est actuellement permis d'observer un resserrement des liens entre les organisations terroristes et le crime organisé. Rapport du coordinateur de la lutte contre le terrorisme relatif à la mise en œuvre de la stratégie révisée de lutte contre le financement du terrorisme, 15062/11, 17 oct. 2011, p. 5.

⁴³⁷ Article de la Convention Europol. Nous soulignons.

⁴³⁸ G. Isaac, « Le nouvel Office européen de police (Europol) », *Petites affiches*, 7 juin 2000 n° 113, p. 9.

⁴³⁹ Conseil de l'Union européenne, Décision 1999/C 26/06 du 3 déc. 1998 *chargeant Europol de traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités de terrorisme portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes ainsi qu'aux biens*, JO C 26 du 3 janv. 1999, p. 22. L'extension domaniale n'emprunte pas la voie d'une révision de la convention emportant une ratification mais se fait à la suite d'une décision du Conseil à l'unanimité. Une autre décision du Conseil du 6 déc. 2001 étend le mandat d'Europol à la lutte contre les formes graves de criminalité internationale énumérées à l'annexe de la convention, V. JO C 362 du 18 déc. 2001, p. 1. Parmi celles-ci relevons le trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs.

⁴⁴⁰ Conseil de l'Union européenne, Action commune du 21 déc. 1998 *adoptée sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, JO L 351 du 29 déc. 1998, p. 1.

⁴⁴¹ Ce regain du terrorisme conduit le Parlement européen à adopter un rapport sur la lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne, V. Reding, A4-0368/96 du 13 nov. 1996, à la suite duquel une résolution est votée le 30 janv. 1997 insistant sur la nécessité d'étendre la compétence d'Europol au terrorisme.

avec Eurojust cet auspice d'autant que ses négociations préparatoires se sont déroulées au moment des attentats du 11 septembre 2001⁴⁴².

La seule évocation de l'année de création d'Eurojust - 2002 - suffit à la relier avec le terrorisme. Parmi les infractions déterminant la compétence d'Eurojust figure « *la participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998* »⁴⁴³. Conformément à l'article 1^{er} de cette action commune, une organisation criminelle désigne « *l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, que ces infractions constituent une fin en soi ou un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux, et, le cas échéant, influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques* ».

Le terrorisme constituant une infraction eu égard à la définition précédente⁴⁴⁴, la mission d'Eurojust en la matière est fondée. Pour autant, la seule mention expresse de l'acte fondateur concerne la mise en place de correspondants nationaux dont la désignation est la seule présentée comme « *hautement prioritaire en matière de terrorisme* » en vertu de l'article 12 de la décision de 2002. Cet établissement d'Eurojust est facilité par l'existence de l'unité provisoire de coopération judiciaire (Pro-Eurojust) installée le 1^{er} mars 2001, d'autant plus qu'elle a eu à traiter à partir de ce moment-là de dossiers intéressant la lutte contre le terrorisme⁴⁴⁵.

À l'origine, c'est sous l'angle de la lutte générale contre les formes graves de criminalité organisée que les agences de l'Union trouvent motifs à agir. Par la suite, la lutte contre le terrorisme accède à une relative autonomie après avoir été fondue dans cette expression, en raison de son caractère prioritaire. Au point que depuis le 10 avril 2007 Europol publie un rapport annuel entièrement consacré à l'état et aux tendances du terrorisme dans l'Union : *The EU Terrorism Situation and Trend Report (TE-SAT)*⁴⁴⁶, à la confection duquel participe Eurojust. De plus, le terrorisme est la seule forme de « *criminalité organisée* » explicitement mentionnée dans les objectifs d'Europol à la suite de sa réforme en 2009⁴⁴⁷.

L'article 83 TFUE assure l'entrée conventionnelle du terrorisme dans la criminalité⁴⁴⁸. La dimension politique des actes terroristes est occultée, ils rejoignent le droit commun de la

⁴⁴² P. Berthelet, *Cultures & Conflicts*, 2002, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁴³ Conseil de l'Union européenne, Décision 2002/187/JAI du 28 févr. 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *op. cit.*, article 4-1 b).

⁴⁴⁴ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*, donne une définition des « *infractions terroristes* » à l'article 1^{er}.

⁴⁴⁵ Assemblée nationale française, Rapport d'information n° 3332 du 15 oct. 2001 sur les mesures prises par l'Union européenne à la suite des attentats terroristes aux Etats-Unis, présenté par A. Barrau, p. 14. Le rapport est disponible sur le site internet : <http://www.assemblee-nationale.fr/europe/rap-info/i3332.pdf>.

⁴⁴⁶ Ces rapports sont toujours éclairants, ainsi Europol souligne l'importance du terrorisme islamiste, fournissant la moitié des arrestations (TE-SAT 2007, p. 3) quand dans le même temps la plupart des attentats terroristes sont imputés à ceux qu'Europol classe dans la catégorie des « *séparatistes* ». Le rapport 2008 relève davantage d'arrestations de « *séparatistes* » (TE-SAT 2008, p. 11). Enfin, parmi les nombreuses informations fournies par Europol, le regain d'un terrorisme d'extrême-gauche depuis 2007 est observé tandis qu'à l'extrême-droite un phénomène comparable vaut pour des groupes d'activistes, quand des mouvances nouvelles apparaissent et agissent pour des causes bien spécifiques comme la défense des droits des animaux (TE-SAT 2011, pp. 26, 29, 31).

⁴⁴⁷ Article 3 de la décision Europol du 6 avr. 2009 : « *Europol a pour objectif de soutenir et de renforcer l'action des autorités compétentes des Etats membres et leur coopération mutuelle dans la prévention et la criminalité organisée, du terrorisme et d'autres formes graves de criminalité* », JO L 121 du 5 mai 2009, p. 37.

⁴⁴⁸ « *Ces domaines de la criminalité sont les suivants : le terrorisme, (...)* ».

criminalité, les rédacteurs du traité considérant par nature que toute atteinte portée par les groupes terroristes aux valeurs de l'Union et de ses Etats membres ressort du registre criminel. Cette approche est parfaitement suivie par la définition donnée par Europol : « *Le terrorisme n'est pas une idéologie mais un ensemble de tactiques criminelles réfutant les principes fondamentaux des sociétés démocratiques. Les Etats membres de l'UE sont d'accord pour considérer comme tels les actes qui visent à intimider la population, à obliger les Etats à se plier aux revendications de ceux qui commettent ces actes, et/ou à déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques et sociales d'un pays ou d'une organisation internationale* »⁴⁴⁹.

Naturellement cette acception très large du terrorisme, présenté en substance comme *le crime sans le politique*, à rebours des définitions de l'univers académique⁴⁵⁰, détermine la compétence des deux agences. L'identité du domaine de la coopération policière *via* Europol et judiciaire *via* Eurojust est la condition *sine qua non* d'une bonne articulation de leurs actions respectives, bien que nécessaire, elle est loin d'être suffisante.

B- La difficile coordination des agences Europol et Eurojust dans la lutte contre le terrorisme

Ab initio, la coordination des agences dans la lutte contre le terrorisme est impensée : « *le problème principal réside dans le fait que les deux instruments fondateurs (la décision Eurojust et la Convention Europol) envisagent les deux organes comme radicalement séparés l'un de l'autre* »⁴⁵¹. Leur domaine commun a suscité des interrogations sur l'éventuelle subordination de la seconde au premier, Eurojust pouvant alors être considéré comme un bras judiciairement armé au service d'Europol⁴⁵². Au vrai, la coopération exigée par la décision fondatrice pour être fructueuse implique un rapport d'égalité plus que de subordination⁴⁵³. À cette fin, la décision Eurojust prévoit un partenariat étroit avec Europol, dont la nécessité commande qu'il soit relayé par les traités de Nice et de Lisbonne⁴⁵⁴ : « *La mission d'Eurojust est d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération (...) sur la base des informations fournies par les autorités des Etats membres et par Europol* ».

Au nom de cette indispensable coopération entre Eurojust et Europol, née de leur complémentarité fonctionnelle, un premier accord ayant « *pour objet d'établir et de maintenir*

⁴⁴⁹ Europol, *EU Terrorism situation and trend report*, 2010, p. 5 : « *Terrorism is not an ideology but a set of criminal tactics which deny fundamental principles of democratic societies. EU Member States have agreed to regard terrorist acts as those which aim to intimidate populations, compel states to comply with the perpetrators' demands, and/or destabilise or destroy the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation* ». Cette définition peut être comparée à celle très descriptive de Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/931/PESC du 27 déc. 2001 *relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme*, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 93.

⁴⁵⁰ Selon X. Crettiez préférant « *pratiques de terrorisation* » à terrorisme : « *relève d'une pratique de terrorisation l'usage d'une violence intentionnellement indiscriminée à des fins politiques opérant une disjonction entre le cible (l'Etat) et la victime (la population civile), relayée et amplifiée par le soutien le plus souvent recherché des médias* » : *Les formes de la violence*, La Découverte, 2008, p. 60.

⁴⁵¹ V. S. de Biolley, « Eurojust », *JCP Europe*, fasc. 2710, n° 66.

⁴⁵² V. Conseil de l'Union européenne, Décision 2002/187/JAI du 28 févr. 2002 *instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité*, *op. cit.*, articles 7 f) et 26-1.

⁴⁵³ P. Berthelet et C. Chevallier-Govers, « Quelle relation entre Europol et Eurojust ? Rapport d'égalité ou rapport d'autorité ? », *RMCUE*, 2001, n° 450, pp. 468 et s.

⁴⁵⁴ V. l'article 85-1 TFUE. L'ex-article 31-2 b) TCE proposait une formulation comparable.

une coopération étroite entre les Parties afin d'augmenter leur efficacité dans la lutte contre les formes graves de criminalité internationale » est signé par les représentants des deux agences le 9 juin 2004⁴⁵⁵. Les termes mêmes de ce document témoignent d'une égale considération d'une agence envers l'autre en prévoyant notamment en son article 6 qu'Europol et Eurojust « *peuvent participer ensemble à la création et au fonctionnement d'équipes communes d'enquête* ». Adopté après de longs mois de négociations, cet accord vaut vertu en lui-même, son contenu témoigne de la persistance de la volonté d'autonomie dans la conduite de leurs actions.

Aussi, quatre ans plus tard, le coordinateur de la lutte contre le terrorisme ne va pas manquer de « *souligner le problème de l'interaction entre Eurojust et Europol* »⁴⁵⁶. La création même de ce poste de coordinateur par le Conseil européen atteste de ce défaut de collaboration tout en soulignant sa nécessité⁴⁵⁷. Dans ces conditions, toujours après de difficiles négociations⁴⁵⁸, la nécessité d'un rapprochement motive la signature - une fois certaines incertitudes quant à la base juridique levées - d'un nouvel accord le 1^{er} octobre 2009. Cet accord visant à intensifier les échanges de données entre Europol et Eurojust⁴⁵⁹ s'accompagne d'« *une coopération en temps réel au sein d'Europol et d'Eurojust* »⁴⁶⁰, permis par la mise en place à l'automne 2008 d'une ligne de communication sécurisée⁴⁶¹.

Toutefois, selon la Commission et au même moment, cette coopération est une œuvre toujours à construire⁴⁶². Si bien que pour permettre « *l'échange d'informations plus sensibles* », un nouveau protocole d'accord est entré en vigueur le 15 février 2011⁴⁶³. Fondamentalement, cette relation étroite est un élément clé dans la lutte contre le terrorisme.

En une décennie, la question de la coordination de l'action d'Europol et d'Eurojust, nécessitant un esprit de coopération, n'est pas définitivement réglée malgré les efforts accomplis. Ce constat s'explique par un certain décalage dans la situation des deux agences

⁴⁵⁵ L'accord de coopération entre les deux agences trouve son fondement dans l'article 5 de la décision 2003/48 du Conseil du 19 déc. 2002 relative à l'application de mesures spécifiques de coopération policière et judiciaire en matière de lutte contre le terrorisme, conformément à l'article 4 de la position commune 2001/931/PESC, JO L 16 du 22 janv. 2003, p. 68.

⁴⁵⁶ Audition de M. Gilles de Kerchove, coordinateur anti-terroriste de l'Union européenne, devant la délégation pour l'Union européenne du Sénat du 31 janv. 2008, p. 3.

⁴⁵⁷ Pour assurer cette coordination, le Conseil européen, en marge de la réunion de Bruxelles des 25 et 26 mars 2004, décide de la création du poste de coordinateur de la lutte contre le terrorisme. V. le pt 14 de la déclaration sur la lutte contre le terrorisme du 25 mars 2004. Cette nécessité se retrouve au plan interne avec par exemple en France l'Unité de coordination de la lutte antiterroriste (UCLAT) créée en 1984. Sur le coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme, V. dans le présent rapport la contribution d'E. Saulnier-Cassia, p. 93.

⁴⁵⁸ Rapport du coordinateur pour l'Union européenne de la lutte contre le terrorisme sur la mise en œuvre de la stratégie et du plan d'action de lutte contre le terrorisme, 9715/1/09, 2 juin 2009, p. 12.

⁴⁵⁹ V. Organe de contrôle commun d'Eurojust, *rapport d'activité 2009*, p. 13.

⁴⁶⁰ Note 17595/11 du 28 nov. 2011 du coordinateur pour l'Union européenne de la lutte contre le terrorisme : *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme - Document de réflexion*, p. 5.

⁴⁶¹ Eurojust, *Rapport annuel 2008*, p. 41.

⁴⁶² Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil du 25 nov. 2011 : « *Premier rapport annuel sur la mise en œuvre de la stratégie de sécurité intérieure de l'Union européenne* », COM (2011) 790 final p. 6. Depuis plusieurs années elle met en avant cette coopération : Commission européenne, Communication du 23 oct. 2007 au Conseil et au Parlement européen *sur le rôle d'Eurojust et du Réseau Judiciaire européen dans le cadre de la lutte contre le crime organisé et le terrorisme dans l'Union européenne*, COM (2007) 644 final, p. 8.

⁴⁶³ Eurojust, *Rapport annuel 2010*, p. 54.

face au terrorisme. Tandis qu'Europol est concerné au premier chef, pour Eurojust, jusqu'en 2005 « *les affaires de terrorismes ne constituent qu'une faible part des dossiers enregistrés* »⁴⁶⁴.

De plus, dans la mesure où le jugement des groupes terroristes se fait nécessairement devant une juridiction nationale sur la base d'incriminations légales, mais que leur arrestation peut être grandement facilitée par la coopération policière au sein d'Europol, son rôle dans la lutte contre le terrorisme peut précéder la coopération judiciaire, mais il peut aussi s'en affranchir. Sans compter que les conceptions nationales s'agissant des rapports entre les forces de police et la justice sont variables et n'aident pas à la définition d'une approche d'ensemble de nature à fixer une doctrine judiciaire d'origine policière. À ces difficultés, vient se greffer la difficulté initiale d'Europol de disposer de moyens opérationnels quand ce défaut a de moindres conséquences sur l'activité et l'efficacité d'Eurojust dans la lutte contre le terrorisme. Quels que soient les éléments distinctifs d'Europol et d'Eurojust, elles partagent le même destin d'une mise en œuvre heurtée.

II- Europol et d'Eurojust : la mise en place heurtée d'instruments de lutte contre le terrorisme

Europol a été créé et s'est imposé comme l'instrument *ad hoc* s'agissant de la mise en commun par les services policiers compétents des informations relevées ; Eurojust fait office d'*alter ego* dans le domaine judiciaire. Dans la mesure où le renseignement est aux sources de la lutte contre le terrorisme, cette dimension de leur action s'est considérablement renforcée dans l'Europe post-11 septembre (A). L'analyse de ces informations peut susciter une action opérationnelle, c'est-à-dire « *lorsque l'acteur concerné participe à la prise de mesures d'enquête dans une affaire* » concrète⁴⁶⁵. Cette participation, parfois très indirecte, est reconnue à Europol et Eurojust, leur conférant une dimension opérationnelle (B). Information et dimension opérationnelle forment un couple inséparable subissant la même influence : les attentats du 11 septembre 2001. Toutefois, l'observateur est frappé par le fossé existant entre le temps normatif et les réalisations effectives, dont l'aspect tardif appelle à son tour une nouvelle séquence normative.

A- Europol et Eurojust : des agences d'informations dans la lutte contre le terrorisme

Il ressort de la convention fondant Europol que sa principale fonction tient dans la collecte, l'échange, la transmission et la gestion d'informations en relation avec le crime organisé⁴⁶⁶. Pour ce faire, il est prévu à l'article 7 la création d'un système d'information informatisé, alimenté par les Etats membres et par Europol. Les données introduites sont relatives aux personnes « *soupçonnées d'avoir commis une infraction ou participé à une infraction relevant de la compétence d'Europol* », « *ou qui ont été condamnées pour une telle infraction* » au regard du droit national ainsi que celles « *pour lesquelles certains faits graves*

⁴⁶⁴ A. Mégie, « L'institutionnalisation d'un pouvoir judiciaire européen incertain en quête de légitimité : l'unité de coopération Eurojust », *Politique européenne*, 2007, n° 23, pp. 57-75, spéc. p. 72.

⁴⁶⁵ V. S. de Biolley, « Coopération policière dans l'Union européenne », *JCP Europe*, 2009, fasc. 2680, n° 17.

⁴⁶⁶ Article 3. Cette mission s'inscrit dans le prolongement de l'action commune du 15 oct. 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 TUE, relative à la création et à la tenue d'un répertoire des compétences, des connaissances et des expertises spécialisées en matière de lutte antiterroriste, destiné à faciliter la coopération antiterroriste entre les Etats membres de l'Union européenne, JO L 273 du 25 oct. 1996, p. 1.

justifient au regard du droit national la présomption qu'elles commettront des infractions relevant de la compétence d'Europol»⁴⁶⁷. Concernant Eurojust, cette mission d'information n'est pas centrale, elle n'en demeure pas moins transversale, Eurojust est ainsi qualifiée pour le traitement des données à caractère personnel⁴⁶⁸, pour la tenue d'un fichier automatisé contenant tout type de données et pour procéder au recoupement des informations⁴⁶⁹.

En réaction aux attentats du 11 septembre 2001, simultanément à la modification du champ de l'information traité par les agences, le déploiement d'une coopération avec les États-Unis est plus que jamais au cœur des préoccupations. Tout d'abord, la décision 2003/48/JAI prévoit désormais une transmission systématique à Europol des informations recueillies au plan national « *et dans la mesure où les dispositions de la décision relative à Eurojust le permettent afin qu'Eurojust puisse exercer ses fonctions* »⁴⁷⁰.

Ce caractère systématique vise à resserrer les liens entre les agences et les autorités nationales compétences. Cet objectif passe également par la présence d'officiers de liaison au siège respectif des agences de lutte contre le terrorisme. En sens inverse, chaque État membre désigne, s'agissant d'Europol, un service spécialisé ayant « *accès à toutes les informations pertinentes concernant les enquêtes pénales* » et « *un correspondant national Eurojust pour les questions de terrorisme* »⁴⁷¹.

Ensuite, à côté de cette information à usage interne, le Conseil a autorisé Europol à transmettre des données à caractère personnel aux États et instances tiers⁴⁷², ouvrant ainsi la voie plus largement à la participation de ces États aux travaux des agences concernées⁴⁷³. Sur ce fondement, le 28 septembre 2001 de telles données ont été transmises aux États-Unis après qu'ils aient exprimé de manière pressante la nécessité de cette coopération⁴⁷⁴. Afin d'assurer la

⁴⁶⁷ Article 8 de la convention de 1995. D'autres données peuvent être collectées au sens de l'article 10, pour des « travaux spécifiques d'analyse » et concerner les témoins ou victimes d'affaires relevant d'Europol. Ces *Analysis Work Files* (AWF) existent depuis 1999.

⁴⁶⁸ En raison de la sensibilité de ces données quant à leur usage, une Autorité de contrôle commune d'Europol (ACC) a été créée en 1998 sur la base de l'article 24 de la convention fondatrice de 1995. Elle est « *chargée de surveiller* » « *l'activité d'Europol afin de s'assurer que le stockage, le traitement et l'utilisation des données dont disposent les services d'Europol ne portent pas atteinte aux droits des personnes* ». L'ACC publie périodiquement un rapport d'activité. Le 21 mars 2012 elle a élaboré un rapport sur le programme de surveillance du financement du terrorisme classifié Secret UE. Un organe de contrôle commun à la mission comparable existe auprès d'Eurojust en vertu de l'article 23 de la décision l'instituant.

⁴⁶⁹ Respectivement article 14, 16-1et 16-1 a) de la décision de 2002.

⁴⁷⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision 2003/48/JAI du 19 déc. 2002 *relative à l'application de mesures spécifiques de coopération policière et judiciaire en matière de lutte contre le terrorisme, conformément à l'article 4 de la position commune 2001/931/PESC*, article 3, JO L 16 du 22 janv. 2003, p. 68.

⁴⁷¹ *Idem* articles 2-1 et 2-2. La plupart des États membres ont procédé rapidement à cette désignation. *Rapport annuel 2003*, p. 37.

⁴⁷² Conseil de l'Union européenne, Acte du 28 févr. 2002 (JO C 76 du 27 mars 2002, p. 1) modifiant celui du 12 mars 1999 arrêtant les règles relatives à la transmission de données à caractère personnel par Europol à des États et des instances tiers (JO C 88 du 30 mars 1999, p. 1).

⁴⁷³ Sur ce sujet : C. Rapoport, « La participation des États tiers aux agences de l'Union européenne », in *Les agences de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc., tableau p. 147.

⁴⁷⁴ Sur cette coopération en général et en particulier sur la délicate question de l'accord PNR (Passenger Name Record) : P. Saganek, « The Cooperation between the European Union and the United States of America in the Fight Against Terrorism », in J. Auvret-Finck (sous la dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, Larcier, 2010, pp. 177 et s. Le 19 avr. 2012 le Parlement européen a approuvé la proposition d'accord. V. dans le présent rapport, la contribution de M-F. Labouz, « Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les États-Unis », p. 299.

pérennité de tels échanges, un accord entre les Etats-Unis et Europol est signé, avec pour principal objet l'« *échange d'informations stratégiques et techniques* »⁴⁷⁵.

Il convient de préciser que ces informations ne recouvrent pas les données à caractère personnel. Il faut attendre un an la signature le 20 décembre 2002⁴⁷⁶ d'un accord complémentaire entre les Etats-Unis et Europol concernant les données à caractère personnel, c'est-à-dire au sens de son article 2 « *toute information sur une personne physique identifiée ou identifiable* »⁴⁷⁷. Si le domaine de l'accord dépasse largement celui de la lutte contre le terrorisme, la rapidité des décisions et leur tournure démontrent si besoin était « *qu'il n'est pas exagéré d'affirmer que l'échange d'informations policières constitue le pivot de la lutte contre le terrorisme* »⁴⁷⁸.

Enfin, la rapidité de réaction du Conseil européen et des institutions de l'Union après les attaques du 11 septembre 2001 n'a en rien préjugé de l'efficacité des agences dans la lutte contre le terrorisme. Les résultats de ce cadre législatif rénové se font attendre⁴⁷⁹, en raison à la fois de l'inertie coupable de nombreux Etats membres⁴⁸⁰, responsables en particulier d'une transposition tardive des décisions-cadres adoptées en juin 2002 et plus généralement d'un manque de coopération⁴⁸¹. En outre, les agences se saisissent difficilement de l'ensemble de leurs nouveaux instruments d'information. « *Véritable gouffre financier de plus de 50 millions d'euros* »⁴⁸², le système d'informations relevant d'Europol n'est par exemple opérationnel qu'à l'automne 2005.

À nouveau, la législation européenne va être modifiée en réaction à de nouveaux actes terroristes, mais frappant cette fois le sol européen : les attentats de Madrid du 11 mars 2004. Le Conseil européen de Bruxelles fait une déclaration le 25 mars 2004 dans laquelle il rappelle la nécessité d'« *optimiser l'efficacité des systèmes d'information* » et d'« *améliorer les flux de renseignements mis à la disposition d'Europol* ». Cette déclaration de solidarité marque une étape importante dans l'appropriation de la thématique du terrorisme par l'Union européenne. Mais, une fois de plus, l'Union réagit plus qu'elle n'agit, son initiative est dictée par les

⁴⁷⁵ Article 1^{er} de l'accord du 6 déc. 2001. Consulter le site internet : www.eclan.eu/Utils/ViewFile.aspx?MediaID=AA&FD=4E. V. A. Adam, L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération, *RTDEur*, 2006, n° 3, pp. 411 et s.

⁴⁷⁶ Signature contestée et différée en raison de conceptions divergentes entre les parties : V. RI 819, 29 avr. 2003, Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur l'avenir d'Europol, présenté par J. Floch, p. 14.

⁴⁷⁷ Accord entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Office européen de police relatif à l'échange de données à caractère personnel et d'informations y afférentes accessible sur le lien internet suivant : www.eclan.eu/Utils/ViewFile.aspx?MediaID=B1&FD=4E

⁴⁷⁸ P. Berthelet, *Cultures & Conflits*, 2002, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷⁹ Selon Eurojust : « *Plusieurs Etats membres préfèrent encore faire confiance à leurs propres réseaux et méthodes bilatérales plutôt que de profiter de la possibilité de coopérer par l'intermédiaire d'Eurojust* », *Rapport annuel 2005*, p. 36.

⁴⁸⁰ La Commission relève qu'à « *l'expiration du délai de transposition (sept. 2003), seul un Etat membre* », le Portugal « *avait adopté toute la législation nécessaire à son application* », en vertu de quoi elle ne peut qu'affirmer : « *Étant donné le rôle central d'Eurojust et son importance fondamentale dans la lutte contre le terrorisme et, plus généralement, dans la coopération en matière pénale, et au regard des diverses déclarations du Conseil européen et du Conseil, ce constat est décevant* ». Commission européenne, Rapport du 6 juil. 2004 sur la transposition juridique de la décision du Conseil du 28 févr. 2002, instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, COM (2004) 457 final, p. 4.

⁴⁸¹ V. A. de Moor et G. Vermeulen, « *Europol, quoi de neuf ? Une approche critique de la décision Europol* », *Revue internationale de droit pénal*, 2011, n° 1, p. 165.

⁴⁸² S. de Biolley, « *Europol* », *op. cit.*

circonstances. Un double mouvement est à l'œuvre, tout changement normatif est long à produire ses effets, tardant à se réaliser, des faits aggravants appellent une nouvelle révision du droit, alors même que ses premières manifestations ne sont pas précisément assimilées. Le risque est grand alors d'aboutir à des conclusions similaires au terme de cette refonte.

C'est dans ce contexte d'une nouvelle séquence normative qu'interviennent les attentats de Londres du 7 juillet 2005. Elle emprunte plusieurs formes. La préoccupation d'un renforcement « *des échanges d'information à caractère personnel* » conduit à un « *champ d'application des échanges d'informations (...) étendu à tous les stades de la procédure pénale, y compris aux condamnations, et à l'ensemble des personnes physiques et morales, groupes ou entités faisant l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation pour infraction terroriste* » suivant les motifs de la décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 septembre 2005⁴⁸³.

La progression de cet échange d'information suit des voies quasiment exponentielles pour Europol⁴⁸⁴. Le principe de la transmission systématique posé en 2002 renforce cette extension domaniale des informations collectées et analysées par Europol et Eurojust. Par ailleurs, cette décision 2005/671 prolonge l'accès d'Eurojust et d'Europol au Système d'information Schengen (SIS) conformément à la décision du Conseil 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005⁴⁸⁵. En revanche, seul Europol a accès au système d'information sur les visas (VIS) permettant « *aux autorités nationales autorisées de saisir et d'actualiser des données relatives aux visas ainsi que de consulter celles-ci par voie électronique* »⁴⁸⁶ selon la décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 en vue de prévenir et de détecter en particulier les infractions terroristes⁴⁸⁷.

De plus, les agences reçoivent également les informations et les renseignements échangés entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne⁴⁸⁸. Face à la multiplication des informations détenues au plan européen, une nouvelle agence va les centraliser à partir du 1^{er} décembre 2012⁴⁸⁹.

La centralité du rôle dévolu aux agences est évidente puisqu'elles sont chargées d'établir des correspondances et points de contact entre les informations transmises, quelles que soient leur provenance⁴⁹⁰. À ce titre, l'ambition de l'équipe anti-terroriste d'Eurojust, créée après les

⁴⁸³ Conseil de l'Union européenne, Décision 2005/671/JAI du 20 sept. 2005 *relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes*, JO L 253 du 29 sept. 2005, p. 22.

⁴⁸⁴ V. Europol, *Annual Report 2008*, p. 33.

⁴⁸⁵ V. articles 101 bis et ter de la convention Schengen de 1990 tel qu'insérés par la décision concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JO L 68 du 15 mars 2005, p. 44.

⁴⁸⁶ Conseil de l'Union européenne, Décision 2004/512/CE du 8 juin 2004 *portant création du système d'information sur les visas (VIS)*, article 1-1, JO L 213 du 15 juin 2004, p. 5.

⁴⁸⁷ Conseil de l'union européenne, Décision 2008/633/JAI du 23 juin 2008 *concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière*, JO L 218 du 13 août 2008, p. 129.

⁴⁸⁸ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2006/960/JAI du 18 déc. 2006 *relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne*, article 6-2, JO L 386 du 29 déc. 2006, p. 89. Cette décision cadre a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2011-1069 du 8 sept. 2011, JORF 209 du 9 sept. 2011, p. 15200, V. W. Roumier, Focus, *Droit pénal*, 2011, n° 10.

⁴⁸⁹ V. Parlement européen et Conseil, Règlement 1077/2011/UE du 25 oct. 2011 *portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, JO L 286 du 1^{er} nov. 2011, p. 1.

⁴⁹⁰ Pour des données récentes : Europol, *Annual Report 2010*, pp. 11-12.

attentats de Madrid⁴⁹¹, « *est d'établir un centre d'expertise sur le terrorisme* »⁴⁹². Mais elle n'est pas que cela, chaque année depuis 2005 elle tient une réunion stratégique permettant aux correspondants nationaux de faire part de leurs expériences respectives. Parfois, l'écart persiste entre ambition et réalisation. Concernant l'application de la décision de 2005, le coordinateur de la lutte contre le terrorisme suggère « *un recours plus fréquent aux compétences analytiques d'Europol et d'Eurojust* » pour favoriser sa « *mise en œuvre efficace* », il souligne par ailleurs également la nécessité d'« *un recours plus fréquent et plus précoce au services d'Europol* » en matière de financement du terrorisme⁴⁹³.

De manière presque concomitante, Europol et Eurojust ont vu leur capacité à traiter l'information notablement améliorée. À la suite d'une initiative de la présidence allemande au premier semestre 2007 dénommée *Check the Web*, la surveillance de l'islamisme radical sur Internet est mutualisée entre Etats membres⁴⁹⁴. Quant à Europol, la décision du Conseil du 16 décembre 2008 relative à son renforcement insère un article 5 bis créant un dispositif permanent de coordination lui permettant de « recevoir et traiter à tout moment les demandes qui lui sont adressées », c'est-à-dire 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24. De fait, Europol est appelé à devenir selon les vœux des Etats membres « *le centre névralgique de l'échange d'informations entre les services répressifs des Etats membres et à jouer le rôle de prestataire de services et de plate-forme* » pour ces services⁴⁹⁵.

Ainsi progressivement, Europol et Eurojust évoluent dans un cadre juridique de plus en plus adapté à leur mission d'information et en saisissent toutes les potentialités. Cette connaissance étendue de l'ensemble des aspects touchant au terrorisme les conduit assez naturellement à nourrir des ambitions en matière opérationnelle, lesquelles vont également pousser sur le terreau de circonstances dramatiques.

B- Europol et Eurojust : des agences en quête de moyens opérationnels dans la lutte contre le terrorisme

Le traité d'Amsterdam pose les bases permettant à Europol « *de faciliter et d'appuyer la préparation, et d'encourager la coordination et la mise en œuvre d'actions spécifiques d'enquête menées par les autorités compétentes des Etats membres, y compris des actions opérationnelles d'équipes conjointes, comprenant des représentants d'Europol à titre d'appui* »⁴⁹⁶. Potentiellement, Europol pouvait se rapprocher d'un « FBI » européen

⁴⁹¹ Eurojust, *Rapport annuel 2004*, p. 34.

⁴⁹² Eurojust, *Rapport annuel 2006*, p. 31.

⁴⁹³ Conseil de l'union européenne, Stratégie révisée 11778/1/08 du 17 juil. 2008 de lutte contre le financement du terrorisme, Bruxelles, p. 11.

⁴⁹⁴ V. D. Lecrubier, « Europe : la coopération judiciaire dans la lutte contre le terrorisme », *Revue Politique et Parlementaire*, 2010, n° 1054, p. 49. Pour une illustration de *Check the Web* : Europol, *Rapport d'activités 2011*, p. 28. Après des débuts difficiles tenant au régime juridique des données, ce portail a désormais atteint sa vitesse de croisière. Le coordinateur de la lutte contre le terrorisme relève dans une note au Conseil et au Conseil européen que des pays tiers peuvent y être associés. V. *EU Action Plan on combating terrorism*, 17594/11 ADD 1, 25 nov. 2011, p. 6.

⁴⁹⁵ Pt. 4.3.1. du programme de Stockholm.

⁴⁹⁶ Ex-article 30-2 TCE. G. Isaac rappelait que ces « *dispositions s'inspirent des orientations données par le Président de la République, M. Jacques Chirac, et le chancelier allemand, M. Helmut Kohl, dans une lettre conjointe (dite « lettre de Nuremberg ») adressée, au lendemain de l'attentat du R.E.R. de Port Royal, au président de la conférence intergouvernementale de 1996, dans laquelle ils demandaient aux négociateurs du traité de faire d'Europol " un office policier efficace doté de compétences opérationnelles " »*, op. cit., p. 12.

intervenant au stade de la préparation comme de la mise en œuvre d'enquêtes. Cependant, outre qu'il ne peut opérer ni directement, ni seul, le dispositif fixe deux bornes, l'une temporelle, l'autre matérielle. D'une part, le traité ne prévoit pas de mise en place immédiate, mais seulement dans un délai de 5 ans après son entrée en vigueur et d'autre part, en matière opérationnelle Europol n'agit qu'à titre d'appui des services nationaux compétents.

Toujours à partir des attaques terroristes du 11 septembre 2001, le développement de la dimension opérationnelle des deux agences apparaît comme une nécessité ne pouvant plus être retardée. Les conclusions du Conseil européen du 21 septembre 2001 annoncent : « Au sein d'Europol, une équipe de spécialistes anti-terroristes sera constituée dans les plus brefs délais ». De fait, le 15 novembre 2001 une unité spécialisée voit le jour. Cette *Task Force Terrorism* comprend des experts et des officiers de liaison issus des services de police ou de renseignement des Etats membres.

Après avoir été intégrée dans un département criminel, elle est redevenue autonome à la suite des attentats de Madrid en 2004⁴⁹⁷, le terrorisme reste une priorité de l'agence⁴⁹⁸. Aussi appelée *Counter Terrorism Cell*, cette unité est intégrée au *First Response Network* ou Réseau de Première Intervention⁴⁹⁹ actif depuis le 2 juillet 2007⁵⁰⁰. Il s'agit d'un outil mis à la disposition des Etats membres par Europol en cas d'attentats terroristes permettant la mobilisation d'experts du contre-terrorisme en vue de la définition d'une stratégie de réponse⁵⁰¹.

Élaborée comme des instruments de coopération entre les Etats, les deux agences ne jouent qu'un rôle secondaire en matière opérationnelle et ne peuvent agir en aucun cas seules, tout progrès passe par un renforcement de la coopération, affirmé au lendemain du 11 septembre⁵⁰². À cette fin, dans ses considérants, la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquêtes précise que les Etats membres « *aient la possibilité de décider, dans la mesure du possible et conformément au droit applicable, de laisser participer aux activités de l'équipe des personnes qui ne représentent pas les autorités compétentes des Etats membres, notamment des représentants, par exemple, d'Europol* »⁵⁰³.

À la suite d'une initiative commune de la Belgique et de l'Espagne la Convention Europol est précisément modifiée dans le sens d'une association des agents d'Europol aux équipes communes d'enquête⁵⁰⁴. Les membres de ces équipes communes agissent sur le

⁴⁹⁷ V. M. Deflem, « Europol and the Policing of International Terrorism: Counter-Terrorism in a Global Perspective », *Justice Quarterly*, 2006, vol. 23, n° 3, p. 344. Selon l'auteur, environ 25 personnes appartiennent à cette cellule.

⁴⁹⁸ V. Europol, *Annual Report 2004*, 2005, p. 9.

⁴⁹⁹ V. S. Perez et T. Thibaud, « Les instruments de lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne », in *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, op. cit., p. 94.

⁵⁰⁰ V. P. Berthelet, *Le paysage européen de la sécurité intérieure*, PIE Peter Lang, 2009, p. 168.

⁵⁰¹ V. Europol, *Annual report 2010*, p. 28.

⁵⁰² La déclaration faite lors du Conseil européen informel de Gand du 19 oct. 2001 énonce : « *le renforcement de la coopération entre les services opérationnels chargés de la lutte contre le terrorisme : Europol, Eurojust, les services de renseignement, les services de police et les autorités judiciaires* ».

⁵⁰³ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/465/JAI du 13 juin 2002 *relative aux équipes communes d'enquête*, op. cit., considérant n° 9.

⁵⁰⁴ Conseil de l'Union européenne, Acte 2002/C 312/01 du 28 nov. 2002 *établissant un protocole modifiant la convention portant création d'un Office européen de police (Convention Europol)*, JO C 312 du 16 déc. 2002, p. 1. Les modifications en vue d'un rôle opérationnel d'Europol ont motivé l'insertion d'un article 3 bis, devenu article 6 de la décision du Conseil du 9 avr. 2009.

territoire français suivant le cadre fixé par l'article 695-2 du Code de procédure pénale⁵⁰⁵. Sur ce fondement la première équipe d'enquête commune a été mise en place en 2004, pour « *lutter plus efficacement contre le terrorisme d'ETA* »⁵⁰⁶.

La constitution d'équipes d'enquête communes est également possible dans le cadre d'Eurojust⁵⁰⁷. Cette dimension opérationnelle emprunte deux grandes voies, soit Eurojust agit directement comme collègue, soit par l'intermédiaire de ses membres nationaux. Quelle que soit la voie choisie, les modalités d'action sont identiques, Eurojust peut demander aux autorités nationales compétentes « *d'entreprendre une enquête ou des poursuites sur des faits précis* », « *d'accepter que l'une d'elles puisse être mieux placée pour entreprendre* » cette enquête, « *de réaliser une coordination* » entre elles⁵⁰⁸ et bien entendu « *de mettre en place une équipe d'enquêtes commune en conformité avec les instruments de coopération pertinent* ».

Toutefois, les Etats membres demeurent libres des suites à donner sous réserve, sauf exceptions, de motiver leur refus. Plus largement au titre de sa vocation initiale de « *facilitateur* » Eurojust peut informer les autorités nationales et améliorer leur coordination⁵⁰⁹. Ce faisant la décision fondatrice répond aux exigences contenues dans l'article 31 TUE tel que modifié par le traité de Nice. Le traité de Lisbonne traduit la persistance d'une conception de la lutte contre le terrorisme par Europol et Eurojust, oscillant entre coopération et intégration.

III- Europol et d'Eurojust, deux agences à l'épreuve dans la lutte contre le terrorisme : coopération versus intégration

Le cadre juridique associant les deux agences à la lutte contre le terrorisme a été remanié à partir de 2008 pas tant en raison de la décision-cadre 2008/919 du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant celle fondatrice en la matière de 2002⁵¹⁰, que des transformations affectant leur environnement juridique direct (A). Ainsi, Europol devient une agence de l'Union européenne, fondée sur un acte de droit dérivé et non plus multilatéral. Toutefois, ce changement ne se traduit pas par une « *communautarisation* » ou « *unionisation* », le prisme de la coopération l'emporte sur toute velléité d'intégration (B).

⁵⁰⁵ Disposition introduite par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567. Cette loi assure la transposition de la décision instituant Eurojust.

⁵⁰⁶ Sur les enseignements tirés de cette expérience : S. Vuelta Simon, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête : entre partage et souveraineté... », *Revue de science criminelle*, 2007, n° 2, p. 267.

⁵⁰⁷ Que ce soit pour Europol ou Eurojust, un modèle identique d'accord pour la création d'une équipe commune d'enquête s'applique. Résolution du Conseil du 26 févr. 2010, JO C 70 du 19 mars 2010, p. 1.

⁵⁰⁸ V. par exemple la coordination réalisée par Eurojust en vue d'arrestations réalisées simultanément en Italie, en France, en Roumanie, au Portugal et au Royaume-Uni. Eurojust, *Rapport annuel 2007*, pp. 34-35.

⁵⁰⁹ V. les articles 6 et 7 de la décision du 28 févr. 2002. Lorsque les autorités nationales ne répondent pas favorablement aux demandes d'Eurojust formulées en sa qualité de collègue, elles doivent appuyer leur motivation conformément à l'article 8 de la décision.

⁵¹⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002, JO L 330 du 9 déc. 2008, p. 21. Essentiellement destinée à étendre la liste des actes intentionnels relevant du terrorisme tels que la provocation publique à commettre une infraction terroriste, le recrutement pour le terrorisme ou encore l'entraînement pour le terrorisme. De sorte qu'une convergence s'opère avec la convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005.

A- Les transformations de l'environnement juridique d'Europol et Eurojust

Le traité de Lisbonne modifie l'environnement juridique d'Europol et Eurojust dans le sens d'un renforcement de leur capacité d'action⁵¹¹. Ce mouvement accompagne d'une part le renforcement d'Eurojust en 2008 et d'autre part la refonte d'Europol en 2009.

En premier lieu, la décision du 16 décembre 2008 relative à Eurojust s'attache à améliorer l'ensemble de ses missions. En particulier, ses capacités en matière d'information et de coopération sont accentuées⁵¹², tout comme celles relatives à sa dimension opérationnelle, non seulement par l'intermédiaire de la création comme on le sait du dispositif permanent de coordination mais surtout par l'augmentation des pouvoirs confiés aux membres nationaux d'Europol consécutivement à l'insertion des articles 9 ter et suivants par cette décision. Toutefois, des retards dans sa transposition sont à déplorer⁵¹³, augurant mal de la pleine mise en œuvre de l'article 85 TFUE prévoyant en particulier la possibilité pour Eurojust de déclencher des enquêtes pénales⁵¹⁴.

En second lieu, eu égard au rythme élevé des modifications touchant la Convention Europol (protocoles de 2000, 2002 et 2003), l'idée finit par s'imposer d'une réforme d'ensemble. La Commission rattache en particulier cette nécessité « *à l'émergence ou à la progression de nouvelles menaces contre la sécurité telles que le terrorisme* »⁵¹⁵.

Sur le plan institutionnel, cette refonte transforme Europol en agence de l'Union européenne avec comme conséquence de faire dépendre son financement du budget général de l'Union et non plus des Etats membres. A ce renforcement du caractère européen de la lutte contre le terrorisme dont d'autres manifestations sont visibles ailleurs⁵¹⁶. La compétence d'Europol est élargie⁵¹⁷, l'Office est en particulier qualifié pour traiter des « *infractions connexes* », pour soutenir les Etats membres dans la collecte et l'analyse des informations provenant d'internet ainsi que pour créer de nouveaux systèmes d'information spécifiquement destinés par exemple à la lutte contre le terrorisme⁵¹⁸.

⁵¹¹ Ces changements donnent corps aux souhaits de la Convention européenne : Rapport final du Groupe de travail X Liberté, sécurité et justice, CONV 426/02 du 2 déc. 2002, p. 13.

⁵¹² Article 13 bis : « *Eurojust transmet des informations aux autorités nationales compétentes et leur assure un retour d'informations concernant les résultats du traitement de données, notamment sur l'existence de liens avec des dossiers figurant déjà dans le système de gestion des dossiers* ».

⁵¹³ Prévue au plus tard pour le 4 juin 2011. Un projet de loi portant diverses dispositions en matière pénale et de procédure pénale en application des engagements internationaux de la France n'a été déposé devant le Sénat que le 11 janv. 2012. Selon le calendrier parlementaire, l'adoption de la loi ne pourra intervenir dans le meilleur des cas qu'à l'automne 2012.

⁵¹⁴ La déclaration 27 annexée au traité de Lisbonne précise qu'il doit être tenu « *compte des règles et pratiques nationales concernant le déclenchement d'enquêtes pénales* ».

⁵¹⁵ Commission européenne, Proposition de décision du Conseil du 20 déc. 2006 portant création de l'Office européen de police (EUROPOL), COM (2006) 817 final, p. 2.

⁵¹⁶ V. L. Balmond, « Politique de sécurité et de défense commune et terrorisme », in *L'Union européenne contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 199.

⁵¹⁷ Sur ce point : A. de Moor et G. Vermeulen, *op. cit.*, pp. 161 et s.

⁵¹⁸ Conseil de l'Union européenne, Décision du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police, *op. cit.*, v. les articles 4-3, 5-2 et 13. La proposition de la Commission confie à Europol le soin d'assurer elle-même la collecte et l'analyse des informations provenant d'internet, ici il n'agit qu'en soutien. V. Commission européenne, Proposition de décision du Conseil du 20 déc. 2006, *op. cit.*, p. 13 *in fine*. D'une manière générale, la décision est en retrait sur la proposition de la Commission : A. de Moor et G. Vermeulen, *op. cit.*, pp. 163 et s.

Il est à noter également que la détermination des personnes dont les données sont susceptibles d'être introduites dans le système d'information d'Europol est assouplie, au point de susciter de légitimes craintes quant au respect des principes et valeurs fondant l'Union européenne⁵¹⁹. À ces modifications, il convient d'ajouter celles relatives aux utilisateurs de son système d'information, on observe un alignement concernant l'accès aux données détenues par Europol, des autorités nationales sur les agents du premier en vertu de l'article 13 de la décision de 2009.

Pour le reste, celle-ci aborde des aspects essentiels de son action tels que l'interopérabilité des systèmes d'information, la qualité de ses interventions auprès des autorités nationales compétentes ou encore la coopération avec Eurojust⁵²⁰. Cette double coopération nationale et européenne constitue à n'en pas douter le domaine pour lequel non seulement des progrès restent à faire mais surtout pour lesquels ils demeurent essentiels au nom de la complémentarité entre ceux qui conduisent les recherches et ceux qui les réalisent.

Le traité de Lisbonne permet d'approfondir ce sillon puisque l'article 88-2 b) TFUE prévoit que les tâches d'Europol peuvent comprendre : « *la coordination, l'organisation et la réalisation d'enquêtes et d'actions opérationnelles, menées conjointement avec les autorités compétentes des États membres ou dans le cadre d'équipes conjointes d'enquête, le cas échéant en liaison avec Eurojust* ». Réciproquement, cette dernière peut déclencher des « *enquêtes pénales ainsi que la proposition de déclenchement de poursuites conduites par les autorités nationales compétentes* » et coordonner « *des enquêtes et poursuites* »⁵²¹. Toutefois, le traité soumet ce déploiement opérationnel d'Europol au mécanisme de frein/accélérateur offrant aux États membres la possibilité de moduler la portée de la règle commune⁵²², et ce en dépit des affirmations du Conseil partagées par le Conseil européen, relatives à l'amélioration de « *la capacité d'Europol d'apporter aux États membres un soutien sur le plan opérationnel* »⁵²³.

⁵¹⁹ Alors que des « *faits graves* » étaient exigés concernant une présomption d'infraction, l'article 12 de la décision de 2009 retient qu'il « *existe des indices concrets ou de bonnes raisons de croire* » que les personnes concernées « *commettront des infractions relevant de la compétence d'Europol* ». En revanche le domaine des AWF est inchangé. Comme l'écrit un magistrat spécialisé dans la lutte contre le terrorisme : « *En matière antiterroriste plus qu'ailleurs, la protection des libertés individuelles se concilie mal avec le souci d'efficacité. La raison principale en est précisément la vertu préventive de la lutte judiciaire contre le terrorisme. Pour prévenir efficacement, il faut des moyens très intrusifs alors même qu'aucun attentat n'a eu lieu* ». M. Trévidic, *Au cœur de l'antiterrorisme*, Lattès, 2011, p. 358.

Sur cette question en général au sein de l'Union : Partie II - La lutte contre le terrorisme et le respect de la légalité, in *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, op. cit., pp. 105 et s. La multiplication des fichiers contenant des données personnelles justifie l'existence d'autorité ou d'organe contrôlant Europol et Eurojust et plus spécifiquement du Contrôleur européen de la protection de données (CEPD) institué par le règlement 45/2001/CE du 18 déc. 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12 janv. 2001, p. 1.

⁵²⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police, op. cit. V. Respectivement articles 22-4, 10-4 et 5-2.

⁵²¹ Article 85-1 TFUE a) et b).

⁵²² V. J. Auvret-Finck, « Le cadre juridique de référence de la lutte contre le terrorisme », in *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, op. cit., p. 41.

⁵²³ Conseil de l'Union européenne, Formation JAI, *Stratégie de sécurité intérieure pour l'Union européenne. Vers un modèle européen de sécurité*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010, 32 p., spéc. p. 25. En vertu de celle-ci la Commission a présenté une communication : La stratégie de sécurité intérieure de l'Union européenne en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre, COM (2010) 0673 final du 22 nov. 2010.

Les avancées consécutives aux décisions de 2008 et 2009 ne doivent pas occulter le fait que la lutte contre le terrorisme, bien que menée au titre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice appartenant à la catégorie des compétences partagées entre les Etats membres et l'Union, ne réserve à Europol qu'un rôle comparable à celui d'une compétence d'appui. C'est ainsi que si le personnel d'Europol peut intervenir au sein d'une équipe commune d'enquête, « *il ne participe à l'adoption d'aucune mesure coercitive* »⁵²⁴. La seule innovation d'importance touchant Europol pourrait résider dans la reconnaissance d'attribution marquant la première étape vers une « *police européenne* ».

Or, la décision de 2009 ne s'engage pas sur cette voie à la différence de la proposition de la Commission⁵²⁵, Europol ne peut conduire seul des actions opérationnelles comme le prévoit son article 5-3, rappelant par ailleurs que « *l'application de mesures de contrainte relève exclusivement des autorités nationales compétentes* ». S'agissant d'Eurojust, l'article 88 TFUE précise pareillement : « *L'application de mesures de contrainte relève exclusivement des autorités nationales compétentes* ». Le critère wébérien de l'Etat, détenant le monopole de la violence physique légitime n'est pour l'heure pas entaché par la construction européenne. La raison en est connue : « *The idea of a supranational police force clashes with conceptions of both state sovereignty and police autonomy* »⁵²⁶.

« *Le droit pénal est en effet un droit de souveraineté* »⁵²⁷. Europol demeure une structure de coopération et de coordination des services répressifs des Etats membres. Le rappel de la version révisée de la stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre la radicalisation et le recrutement de terroristes est parfaitement explicite à cet égard : « *Le défi que constitue la lutte contre la radicalisation et le recrutement de terroristes relève de la prérogative des Etats Membres* »⁵²⁸. En conséquence, toute implication d'Europol et d'Eurojust ne peut qu'être mesurée, dans le sens de recommandations visant en particulier « *des mesures prévoyant qu'Europol et Eurojust devraient toujours être associés aux équipes communes d'enquête concernant les affaires de terrorisme* »⁵²⁹.

Au regard de ce qui précède les changements opérés par le traité de Lisbonne ne devraient avoir que peu d'incidences sur le profil général des deux agences. Si aucun changement normatif n'est intervenu à ce jour contrairement à la volonté du Parlement européen⁵³⁰, hors de toute considération politique cela s'explique par une entrée en vigueur du traité de Lisbonne contemporaine de changements affectant Europol et Eurojust. Pourtant, la

⁵²⁴ Conseil de l'Union européenne, Décision du 6 avril 2009 *portant création de l'Office européen de police*, *op. cit.*, article 6-1.

⁵²⁵ En particulier sur le terrain de la lutte contre le faux-monnayage de l'Euro, V. A. de Moor et G. Vermeulen, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁵²⁶ M. Deflem, *op. cit.*, p. 339.

⁵²⁷ Y. Bot, « Quelques perspectives après Lisbonne », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 21 déc. 2009, n°52, p. 581.

⁵²⁸ Pt. 16 de la version révisée le 14 nov. 2008 (CS/2008/15175).

⁵²⁹ Rapport du Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme au Conseil, *Dimension judiciaire de la lutte contre le terrorisme - Recommandations d'action*, 28 sept. 2010, 13318/1/10, p. 6. Ce rapport suggère plus largement que les Etats membres développent dans la lutte contre le terrorisme ce que l'on pourrait appeler « le réflexe Eurojust ».

⁵³⁰ Au pt 14 de sa résolution du 14 déc. 2011, le Parlement européen suggère à la Commission de proposer « *la réforme d'Europol et d'Eurojust, à la lumière des nouvelles voies ouvertes par le traité de Lisbonne* ». V. Parlement européen, Résolution 2010/2311(INI) du 14 déc. 2011 sur *la politique antiterroriste de l'UE : principales réalisations et défis à venir*.

procédure législative ordinaire⁵³¹, assurant un couplage entre la majorité qualifiée et la codécision⁵³² promet davantage d'efficacité, mais ne constitue en aucun cas le prélude à un changement de paradigme. La façon dont Europol et Eurojust abordent les défis qui leur sont lancés confirme l'analyse.

B- Les défis lancés à Europol et Eurojust dans la lutte contre le terrorisme

La lutte contre le terrorisme menée par Eurojust et Europol se joue sur le registre de la coopération avec les Etats membres tandis que les instruments normatifs afférents sont posés par l'Union européenne. Le parti pris de « *distinguer les tâches législatives des tâches opérationnelles* »⁵³³ montre ses limites. Cette dualité est la cause de difficultés tenant précisément dans le décalage entre l'existence de dispositifs pertinents et leur mise en place. En d'autres termes : « *The first of these problems is that the EU's response is based on cooperation and coordination of law enforcement capabilities rather than any form of integration* »⁵³⁴. Ainsi, concernant Eurojust, la constitution d'équipes d'enquêtes communes fut laborieuse au début des années 2000 « notamment dans le cadre de la lutte contre le terrorisme "national" (ETA en Espagne) »⁵³⁵. Son rôle opérationnel demeure borné par la décision de 2009⁵³⁶, puisqu'elle ne peut fournir à l'imitation d'Europol qu'un appui aux activités opérationnelles⁵³⁷.

Pour Europol, la situation n'est guère enviable. La *Task Force Terrorism* rencontre deux catégories d'obstacles : organiques, elle est constituée de policiers alors que la lutte contre le terrorisme se gagne par le renseignement⁵³⁸ ; culturels, les services de police, attachés au contrôle de l'information qu'offre un cadre bilatéral, sont réticents à la livrer dans « *une structure large qui ne permet pas de maîtriser sa diffusion* »⁵³⁹. Seule une familiarité croissante entre les membres des agences et entre celles-ci et leur relais nationaux est de nature à

⁵³¹ Article 85-1 TFUE *in fine* (Eurojust) et 88-2 TFUE (Europol).

⁵³² V. D. Blanc, « Le Parlement européen législateur, *La prise de décision dans le système de l'Union européenne* », in M. Blanquet (sous la dir.), Bruylant, 2011, pp. 91 à 126.

⁵³³ F.-X. Priollaude et D. Siritzky, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La documentation française, 2008, p. 198.

⁵³⁴ J. Monar, « The EU's approach post-September 11: global terrorism as a multidimensional law enforcement challenge », *Cambridge Review of International Affairs*, 2007, vol. 20, n° 2, p. 278.

⁵³⁵ D. Leclubier, *op. cit.*, p. 44.

⁵³⁶ Sur cette question, A. de Moor, « The Role of Europol in Joint Investigation Teams. A Foretaste of an Executive European Police Office », in *Readings on Criminal Justice, Criminal Law & Policing*, M. Cools et al. (sous la dir.), 2009, vol. 2, spéc. pp. 346 et s.

⁵³⁷ Article 5-3 b).

⁵³⁸ En 1999 dans le cadre de la PESC un Centre de situation conjoint (SitCen) apparaît comme cellule de veille et d'analyse du renseignement. Il permet aux divers services concernés des Etats membres (Direction générale de la sécurité extérieure pour la France par exemple) d'échanger leurs informations dans le domaine civil et militaire et assure la veille. Naturellement deux ans plus tard son action a été davantage axée sur le terrorisme avec la création en particulier d'une unité « Counter Terrorism Group ». Le SitCen est plus généralement chargé du « *suivi permanent de l'actualité et produit des évaluations de moyen terme sur des questions géographiques ou thématiques intéressant l'Union européenne* ». Représentation permanente de la France auprès de l'UE, *Petit guide de la politique européenne de défense et de sécurité*, 2006, p. 22. Pour un panorama critique : J. Van Buren, *Secret Truth. The EU Joint Situation Center?* Amsterdam, Eurowatch, 2009, (30 p.).

⁵³⁹ D. Leclubier, *op. cit.*, 45.

améliorer leur fonctionnement en l'absence de pouvoirs contraignants conférés à Europol et Eurojust, susceptibles d'être exercés à l'encontre d'autorités nationales réticentes. À ce sujet, leur coopération avec les deux agences souffre d'un mal initial parmi divers « *points de résistance* »⁵⁴⁰, les autorités nationales doutant de leur utilité et ce faisant transmettant peu d'informations ; le faible volume de données dont disposent les agences ne contribuant guère précisément à leur efficacité.

La lutte contre le terrorisme au plan européen offre le visage de Janus : un cadre juridique adapté ; sa difficile mise en œuvre. Cette dualité est accentuée par la difficile harmonisation entre les diverses législations nationales, de sorte qu'à partir de la multitude, il est malaisé pour Europol et Eurojust de faire émerger une unité. D'autant plus que l'Union européenne multiplie les acteurs œuvrant contre le terrorisme : en 2004 l'agence Frontex est créée⁵⁴¹. Naturellement sa coopération avec Europol est expressément visée à l'article 13 du règlement institutif, mais elle n'est pas totalement satisfaisante si l'on en juge par la proposition relative à l'échange d'informations entre Europol, Eurojust et Frontex faite par la Commission, chargée de mettre en œuvre les priorités contenues dans le programme de Stockholm⁵⁴².

La faible coopération entre agences luttant contre le terrorisme aboutit à une démultiplication peu propice à l'efficacité, sans doute eut-il été préférable – à défaut d'en confier la responsabilité à Europol – de rattacher le corps assurant la gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne à la Commission. De même 2005, après la refonte du Collège européen de police, l'un de ses objectifs était d'« *améliorer la connaissance des instruments internationaux et de l'Union, notamment dans les secteurs suivants* » : objectifs, structure et fonctionnement d'Europol et Eurojust⁵⁴³, Europol aurait pu développer en son sein une instance de formation des services nationaux de police. Dans ces conditions, le regroupement de la coopération policière au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au bénéfice d'une super-agence Europol est une voie qui mériterait d'être explorée.

Le choix inverse prévaut, la réunion entre le renseignement et Europol est clairement repoussée par le rattachement en 2010 du Centre de situation conjoint de l'Union européenne (SitCen) au Service européen d'action extérieure (ci-après SEAE)⁵⁴⁴. Cette option n'empêche pas le SitCen de s'appuyer sur les informations et contributions fournies par Europol pour réaliser « *régulièrement des analyses de la radicalisation et du recrutement de terroristes* »⁵⁴⁵. Au final, bien que riche de potentialités, une intégration des services est chimérique, pour s'en convaincre, il suffit de constater que la recommandation du coordinateur de la lutte contre le

⁵⁴⁰ Sur les difficultés rencontrées par Eurojust avec les autorités nationales : A. Mégie, *op. cit.*, pp. 57 et s.

⁵⁴¹ Conseil de l'Union européenne, Règlement 2007/2004/CE du 26 oct. 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, JO L 349 du 25 nov. 2004, p. 1.

⁵⁴² Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens - Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, COM (2010) 171 final du 20 avr. 2010, p. 33. Au premier trimestre 2012, celle-ci flotte dans les limbes du processus décisionnel.

⁵⁴³ Conseil de l'Union européenne, Décision 2005/681/JAI du 20 sept. 2005 instituant le Collège européen de police (CEPOL), article 5-2, b) et c) JO L 256 du 1^{er} oct. 2005, p. 63.

⁵⁴⁴ Conseil de l'Union européenne, de la décision 2010/427/UE du 26 juil. 2010 fixant l'organisation et le fonctionnement du service européen pour l'action extérieure, article 4-3 a) JO L 201 du 3 août 2010, p. 30.

⁵⁴⁵ V. Rapport du coordinateur de la lutte contre le terrorisme relatif à la mise en œuvre de la stratégie révisée de lutte contre le financement du terrorisme, 10182/10, 3 juin 2010, p. 5.

terrorisme relative à la simple confection d'un rapport conjoint entre le SitCen et Europol sur l'état de la menace terroriste est demeurée lettre morte⁵⁴⁶.

Plus largement, le partage des responsabilités au sein du système institutionnel de l'Union est en soi problématique, Europol, le SEAE, mais aussi la Commission possèdent des titres à agir contre le terrorisme⁵⁴⁷. La position des Etats membres demeure paradoxale, puisqu'à l'origine de cette fragmentation structurelle ils n'en appellent pas moins à plus de cohérence et de coordination entre les multiples instances concernées⁵⁴⁸. La constance avec laquelle le Conseil européen réitère cette nécessité souligne le chemin restant à parcourir⁵⁴⁹. À cet égard, la création d'un comité permanent de coopération opérationnelle en matière de sécurité intérieure rendue possible sur le fondement de l'article 71 TFUE illustre à la fois une manifestation concrète de cette préoccupation et une instance ajoutant à l'enchevêtrement des structures⁵⁵⁰.

En dépit des obstacles rencontrés par les agences, elles apparaissent désormais comme des acteurs incontournables de la lutte contre le terrorisme. C'est ainsi qu'Europol est appelé à héberger CRF.net, réseau permettant l'échange d'informations entre les Cellules de renseignement financier de l'ensemble des Etats membres pour le 1^{er} janvier 2014⁵⁵¹. Ces cellules sont chargées de signaler tout mouvement de capitaux destiné au financement du terrorisme⁵⁵². Parallèlement, Europol joue un rôle central dans l'application de l'accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux Etats-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (*Terrorist financing tracking program*)⁵⁵³.

Dans le cadre de cet accord, une unité a été constituée au sein d'Europol et Eurojust pour saisir le Département du Trésor américain de demandes d'informations⁵⁵⁴. L'argent étant le nerf de la guerre, l'action d'Europol et d'Eurojust est appelée à se développer d'autant que des liens croissants entre criminalité organisée et activités terroristes apparaissent s'agissant de

⁵⁴⁶ Conseil de l'union européenne, Stratégie révisée 11778/1/08 du 17 juil. 2008 de lutte contre le financement du terrorisme, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁴⁷ Note 17595/11 du 28 nov. 2011 du coordinateur pour l'Union européenne de la lutte contre le terrorisme : *Stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme - Document de réflexion, op. cit.*, p. 11.

⁵⁴⁸ Cette diversité est telle que dans le milieu de l'anti-terrorisme la popularité de la formule suivante ne se dément pas : « *Le terrorisme, il y a plus de gens qui en vivent que de gens qui meurent* ». Anonyme cité par D. Dufresne, *Tarnac, Magasin général*, Calmann-Lévy, 2012, p. 291.

⁵⁴⁹ Le Conseil européen réuni les 10 et 11 déc. 2009 souhaitait par exemple « *examiner comment il pourrait être fait en sorte qu'Europol reçoive des informations des services répressifs des Etats membres de manière à ce que les Etats membres puissent pleinement profiter des capacités d'Europol* ». Pt. 4.3.1. du programme de Stockholm.

⁵⁵⁰ Décision du Conseil du 25 févr. 2010 instituant le comité permanent de coopération opérationnelle en matière de sécurité intérieure, JO L 52 du 3 mars 2010, p. 50. L'article 5 de cette décision prévoit la présence le cas échéant des représentants des agences aux réunions du comité en qualité d'observateurs.

⁵⁵¹ Rapport du coordinateur de la lutte contre le terrorisme *op. cit.* du 17 oct. 2011, p. 15.

⁵⁵² V. Parlement européen et Conseil, Directive 2005/60/CE du 26 oct. 2005 *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 15. Dans la mise en œuvre du programme de Stockholm, la Commission met en avant plusieurs initiatives articulées autour du financement.

⁵⁵³ Conclu par la décision du Conseil du 13 juil. 2010, JO L 195 du 27 févr. 2010, p. 3. La décision du Conseil du 13 juil. 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux Etats-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme prolonge ce programme de contrôle. V. JO L 195 du 27 juil. 2010, p. 3.

⁵⁵⁴ V. Eurojust, *Rapport annuel 2010*, p. 36.

leur financement⁵⁵⁵. Ce qui n'exclut pas une attention spécifique comme l'illustre la volonté d'Europol de mettre en place une base commune de données dédiée au terrorisme⁵⁵⁶. Désormais l'expertise d'Europol est reconnue en la matière, en vertu de laquelle lui est confiée depuis l'automne 2010 la gestion de nouveaux types de systèmes, comme celui relatif aux données sur les attentats (*EU Bomb Data System*)⁵⁵⁷. Ces avancées ne sauraient dissimuler la tendance forte de certains Etats membres à ne voir dans Europol qu'un observatoire du terrorisme au sein de l'Union.

La montée en puissance d'Europol et d'Eurojust dans la lutte contre le terrorisme ne fait pas de doutes, 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 membres⁵⁵⁸. Tout progrès à l'échelle européenne passe pour l'heure par l'utilisation optimale des instruments existants. La lutte contre le terrorisme demeurera pour longtemps l'affaire des Etats. A l'image d'Antigone, l'Union européenne est née pour faire la paix et non la guerre, c'est sa grandeur autant que son fardeau.

Didier Blanc

⁵⁵⁵ « *Although the goals of terrorist and organised crime groups (OCGs) are different, an issue which is of growing concern to EU law enforcement are the connections between terrorist and organised crime groups' activities* », TE-SAT 2011, p. 12.

⁵⁵⁶ Europol, *Rapport annuel 2010*, p. 29.

⁵⁵⁷ Le système européen de données sur les attentats résulte de la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative à l'amélioration de la sécurité des explosifs, COM (2007) 651 final, non publiée au JO. Le système européen de données sur les attentats à la bombe renferme également des bases de données d'incidents impliquant des explosifs et des CBRN (Chimiques, Bactériologiques, Radiologiques et Nucléaires), ainsi que des bibliothèques et des forums d'experts. *Rapport d'activité 2011*, p. 29.

⁵⁵⁸ Pour preuve la création d'un parquet européen aux compétences réduites à la protection des intérêts financiers de l'Union suivant les conditions fixées par l'article 86 TFUE. À l'initiative de l'Assemblée nationale, le Conseil d'Etat a publié ses *Réflexions sur l'institution d'un parquet européen*, La documentation française, 2011.

I-2 - Encadrer la lutte et sanctionner le terrorisme

**Extrader en Europe au nom de la lutte contre le terrorisme :
adoption et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen,**
Antoine Mégie.

Désigner et Geler : les listes noires de l'Union européenne,
Anthony Amicelle.

La lutte contre le blanchiment de capitaux à des fins terroristes,
Pascale Bertoni.

**L'adaptation du droit de l'Union européenne en matière de contrôle
des exportations d'armements et de biens et technologies à double usage
à la lutte contre le terrorisme,**
Anne Millet-Devalle.

**Le cadre juridique européen de la protection des victimes d'actes
de terrorisme,**
Jean-Christophe Martin.

Extradier dans l'Union européenne au nom de la lutte contre le terrorisme : adoption et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen

Trois jours après les attentats du 11 septembre 2001, les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne déclarent : « *En Europe comme ailleurs, l'horrible agression terroriste qui a frappé les Etats-Unis a bouleversé profondément nos citoyens. (...) Face aux lenteurs de toutes sortes, nous serons du côté de l'initiative et de l'ambition. Pour éradiquer ce fléau, les autorités policières et judiciaires de tous les pays doivent, dans les jours qui viennent, redoubler d'efforts. (...) L'Union européenne accélérera la mise en œuvre d'un véritable espace judiciaire européen commun, ce qui implique entre autres la création d'un mandat européen d'arrestation et d'extradition, conformément aux conclusions de Tampere, et la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements* »⁵⁵⁹.

Le 21 septembre, le sommet extraordinaire de Bruxelles fixe l'échéance de la fin 2001 pour l'adoption de ce projet. Le mandat d'arrêt européen (EAW pour European Arrest Warrant) sera politiquement entériné dans un délai record, les 6 et 7 décembre 2001, par le Conseil « JAI » au sommet de Laeken. Finalement, c'est le 13 juin 2002 que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt et aux procédures de remise entre les Etats sera adoptée officiellement, en vue d'une entrée en vigueur du nouveau système d'extradition à compter du 1er janvier 2004, dans l'ensemble des pays membres.

Présenté comme le produit d'une décision hautement politique et du souci de prouver à la fois aux Etats-Unis et aux opinions européennes que l'Union européenne et ses membres sont décidés à lutter activement contre le terrorisme grâce à une coopération accrue, le mandat d'arrêt européen s'affiche dès sa création comme un instrument essentiel, qualifié de « *bijou de la couronne* » par Antonio Vitorino, commissaire européen chargé de la justice et des affaires intérieures, tandis que Gijs de Vries, le futur coordinateur européen pour les questions de terrorisme, y voit l'arme principale de la politique anti-terroriste européenne. Bien que plusieurs plans aient été adoptés depuis par l'Union européenne, cet instrument conserve une importante dimension symbolique.

Pour de nombreux observateurs, ce sont les attentats de septembre 2001 qui ont permis sa mise en œuvre, entravée jusqu'alors par le refus souverainiste des Etats. Toutefois, si elle marque la fin d'une pratique politique et administrative de l'extradition au profit d'une procédure uniquement judiciaire et d'un raccourcissement des délais, la dimension spectaculaire et symbolique de cette révolution juridique ne doit pas occulter qu'elle s'inscrit dans le processus politique plus ancien de la construction du « *troisième pilier de l'Union* », lancé par le Traité de Maastricht en 1992 en vue de regrouper l'ensemble des questions de « justice et affaires intérieures » devenu depuis le secteur « Justice, Liberté et Sécurité » (JLS)⁵⁶⁰.

Ainsi l'adoption puis la mise en œuvre de cette nouvelle procédure d'extradition européenne représente paradoxalement l'échec institutionnel des conventions de 1995, 1996 et

⁵⁵⁹ Déclaration commune des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne, de la Présidente du Parlement européen, du Président de la Commission et du Haut Représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune, du 14 sept. 2001, sur l'agression terroriste contre le World Trade Center et le Pentagone.

⁵⁶⁰ A. Mégie (sous la dir.), « Arrêter et juger en Europe : genèse, luttes et enjeux de la coopération pénale », *Cultures & Conflits*, n°62, L'Harmattan, Printemps 2006, p. 196.

2000 sur l'extradition. De manière générale, la réalisation du EAW constitue le prolongement juridique du principe de reconnaissance mutuelle des décisions juridiques prises dans les Etats membres de l'Union européenne⁵⁶¹.

Raconter l'histoire de l'adoption politique du mandat d'arrêt européen à travers les différentes phases de négociations institutionnelles nous permettra de montrer dans quelle mesure l'introduction de ce nouvel instrument de coopération en matière judiciaire résulte d'une exploitation politique et sociale singulière des différentes fenêtres d'opportunité liés à la lutte anti-terroriste (I). La compréhension de ce processus politique offre la possibilité de comprendre dans un second temps les différents enjeux juridiques qui sont apparus lors des transpositions de cette procédure judiciaire européenne dans les ordres juridiques nationaux (II). S'ensuit dès lors une utilisation effective par les autorités judiciaires marquée par une intervention récurrente des différents cours nationales dont l'action va engendrer une reformulation parfois importante du dispositif judiciaire (III).

I- La lutte contre le terrorisme au cœur de l'adoption politique du mandat d'arrêt européen

Les événements politiques et diplomatiques de la fin des années 1990 et du début des années 2000 vont structurer de manière prégnante les négociations politiques et juridiques autour du projet de mandat d'arrêt européen. Or ces différents événements vont avoir en commun de concerner le secteur de la lutte anti-terroriste conduisant dès lors les autorités politiques européennes et nationales à présenter ce dispositif comme un élément majeur du contreterrorisme transnational.

A- Logiques politiques et institutionnelles de la mise sur agenda

Durant le sommet de Tampere de 1999, l'Italie se trouve dans un contexte politique difficile avec la question de l'extradition du chef du PKK, Abdullah Öcalan. En raison d'un signalement introduit par les autorités allemandes dans le système Schengen SIS, la police italienne arrête ce dernier de façon fortuite lors d'un contrôle d'identité. Immédiatement, les autorités transalpines cherchent à extradier le chef du PKK vers l'Allemagne. Cependant, en raison de la sensibilité politique de ce dossier, au niveau intérieur et extérieur, les autorités allemandes préfèrent laisser le détenu « encombrant » à la justice italienne.

Evoquant cette situation lors du sommet européen de Tampere, le premier ministre italien de l'époque, Giuliano Amato, demande que cette procédure d'extradition puisse aboutir en dehors de tout blocage politique en vertu de l'application des accords Schengen de coopération judiciaire. Suite à cette déclaration les membres du secrétariat général du Conseil européen vont exploiter cet environnement politique afin de contourner les réticences importantes d'une grande majorité des membres du Conseil européen sur la question de l'extradition.

On assiste en d'autres termes, selon les témoignages recueillis, à un coup de force du secrétariat général du Conseil européen qui en réinterprétant les déclarations de Giuliana Amato désire utiliser cette occasion pour faire avancer cette question jusqu'alors totalement

⁵⁶¹ V. Mitsilegas, « The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU », *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1277-1311.

bloquée⁵⁶² : « La mise en forme du texte se fait très souvent dans l'urgence et nous n'avons pas toujours le temps de bien approfondir le texte. Nous avons pris le texte d'Amato qui paraissait avoir du sens, et on l'a collé sous le paragraphe concernant la suppression de la procédure d'extradition avec comme phrase de conclusion, « le Conseil invite la Commission à travailler sur l'extradition » (...) Le lendemain de Tampere, puisque nous n'avions plus le temps de revoir le texte, cela voulait dire que le Conseil européen demandait à la Commission de faire une proposition sur la procédure d'extradition »⁵⁶³.

En raison des logiques politiques et médiatiques propres aux Conférences intergouvernementales européennes, les conclusions du sommet de Tampere affirment donc, parallèlement à la création de l'unité Eurojust, la nécessité de supprimer la procédure formelle d'extradition entre les Etats membres et d'accélérer cette procédure en réduisant ses délais⁵⁶⁴. Dès lors, la Commission européenne est invitée à produire une proposition intégrant ces orientations. Se saisissant de cette opportunité ouverte par les conclusions de Tampere, la DG JAI met rapidement en place un processus classique d'expertise afin de construire un projet à présenter aux Conseil des ministres européens.

La DG JAI rédige une proposition sur les procédures d'extradition, domaine où sa volonté d'intervenir rapidement doit se comprendre à la lumière d'un projet d'accord entre l'Italie et l'Espagne pour mettre en place une nouvelle procédure bilatérale d'extradition. Si officiellement, les représentants de l'instance communautaire et du secrétariat général du Conseil européen se félicitent de cette initiative binationale, officieusement les avis restent sceptiques sur sa portée politique et judiciaire. Pour les représentants de la DG JAI, cet accord a pour conséquence principale de rendre encore plus difficile la mise en place d'un régime unique au niveau européen.

Selon un certain nombre de témoignages recueillis, cette alliance bilatérale doit, essentiellement, se comprendre en raison de la volonté du gouvernement italien de Silvio Berlusconi de ne pas voir se mettre en place un projet général d'extradition obligeant l'ensemble des Etats européens. Les positions italiennes adoptées par la suite ne feront que renforcer ce sentiment, même si paradoxalement elles n'hésiteront pas à tenter d'utiliser cette nouvelle procédure à l'encontre des anciens brigadistes réfugiés en France.

Les discussions au sein de la DG JAI s'ouvrent en décembre 2000 et se poursuivent durant la première moitié de l'année 2001. Selon les explications fournies par les membres de cette direction, le travail consiste dans un premier temps à organiser des rencontres avec des professionnels, des avocats, des universitaires, des magistrats et des représentants de gouvernementaux spécialistes de l'extradition.

Ce processus de *brainstorming* joue un rôle important dans la manière dont le dispositif va être formulé sur le plan juridique. A titre d'exemple, l'idée qui se dessine dans les conclusions de Tampere concernant la distinction entre les deux phases pré et post-sentencieuse de l'extradition, est écartée durant cette période de consultations. A l'origine, le principe d'une procédure d'extradition européenne ne devait concerner qu'une personne recherchée ou mise en cause dans le cadre d'une enquête encore en cours (phase pré-sentencieuse). Néanmoins, les membres de la Commission européenne vont rapidement élargir la procédure aux personnes déjà jugées dans un souci de conserver la cohésion

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ Entretien réalisé avec un membre du secrétariat général du Conseil européen, avr. 2004.

⁵⁶⁴ Conclusion du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 oct. 1999, article 35.

juridique des mécanismes d'extradition qui, par principe, concernent ces deux moments judiciaires.

C'est également lors de ce cycle de consultations, que les juristes du projet *Corpus Juris* sont mobilisés par les membres de la Commission européenne. Les représentants du *Corpus Juris* vont, dans ces conditions, mettre en avant une partie des recommandations du projet concernant la matière de l'extradition : « *Dans les recommandations de notre projet, nous avons largement évoqué cette question, notamment à travers la nécessaire harmonisation des législations pénales. Nous avons alors proposé des solutions sur l'harmonisation des procédures pénales avec des règles minimales permettant le respect des droits de la défense* »⁵⁶⁵.

Une partie de ces recommandations est intégrée dans le document de la Commission européenne, constituant ainsi, pour certains, la base des dispositions relatives aux règles minimales en matière de respects de Droits fondamentaux. Afin que le texte puisse être présenté à la direction de la Commission européenne fin septembre, la rédaction du projet débute au mois de juin 2001 répondant ainsi à un agenda classique de rédaction.

Dans ces conditions, ce sont les attentats du 11 septembre qui précipitent l'adoption politique du nouveau dispositif d'extradition. Devant être défendu fin septembre 2001 au sein de la Commission européenne, le projet de mandat d'arrêt européen connaît un processus d'adoption particulier du fait du contexte politique. L'environnement « post-11 septembre » va très fortement peser sur la temporalité et le contenu de la décision en contraignant les États membres à une adoption politique : « *On a même eu du mal à comprendre ce que le Conseil nous demandait. Une négociation, comme celle que nous devions mener, en trois mois paraissait totalement impossible. Les États voulaient quelque chose et très vite* »⁵⁶⁶.

Présenté au Conseil JAI le 20 septembre, le mandat d'arrêt européen est au cœur d'une réunion extraordinaire du Conseil européen le 21 septembre, au cours de laquelle les chefs d'État et de gouvernement demandent aux instances du Conseil des ministres européens et à la Commission européenne de préparer un projet en vue d'une adoption définitive en décembre 2001. L'adoption politique se réalise le 6 décembre 2001 au sommet de Laeken (Guild, Bigo, 2002), soit deux mois seulement après le Conseil extraordinaire du 21 septembre. Comme le souligne un membre de la DG JAI de la Commission européenne : « *Il est clair que le projet était prêt, parce que l'on n'aurait pas pu faire un texte en huit jours. Ce qui a changé du fait des attentats, c'est la pression sur les négociations et la rapidité de ces mêmes négociations* »⁵⁶⁷.

Dans ces conditions, et à la surprise des membres de la DG JAI ayant suivi ce dossier, certains points politiques considérés *a priori* comme sensibles sont rapidement entérinés. À l'inverse, d'autres questions définies comme moins problématiques sont âprement débattues voire pour certaines écartées au nom de la rapidité et de l'« *efficacité politique* »⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Entretien réalisé avec l'une des rédactrices du projet *Corpus Juris*, févr. 2003.

⁵⁶⁶ Entretien réalisé avec un fonctionnaire européen membre de la DG JAI, mai 2004.

⁵⁶⁷ Entretien réalisé avec un fonctionnaire européen membre de la DG JAI, mai 2004.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

B- Une réponse politique aux attentats du 11 septembre 2001 : les négociations intergouvernementales

Régulièrement mise en avant, la lenteur des procédures d'échanges est identifiée par la quasi-totalité des praticiens et politiques comme le principal « problème » de l'extradition. L'objectif officiellement affiché lors du Conseil de septembre 2001 est de réduire les délais tout en donnant à l'ensemble des procédures d'extradition une forme d'automatisme.

Cette idée d'accélérer la procédure est immédiatement adoptée lors des négociations. Ainsi, la décision définitive autorisant ou refusant la remise de la personne doit être prise, sauf circonstances exceptionnelles, dans une période maximum de trois mois après son arrestation. Ce raccourcissement dans le temps de l'échange entre les autorités nationales justifie, par ailleurs, un certain nombre de solutions nouvelles. Par exemple, si la remise doit être différée au motif que la personne fait l'objet de poursuites ou doit exécuter une peine dans l'Etat ayant reçu la demande, il est alors possible d'effectuer une remise temporaire de l'intéressé afin qu'il puisse être entendu par l'Etat demandeur dans le cadre de la même enquête ou bien d'une affaire différente.

A la base du projet de la Commission européenne, cette question des délais est, elle aussi, très rapidement validée par les autorités nationales. Une telle nouveauté, si elle implique une certaine automatisme de l'extradition, reste soumise à certaines conditions. Ainsi, si l'accord de la personne concernée par le mandat d'arrêt européen déclenche automatiquement cette obligation de trois mois, son refus oblige une validation juridique de la part des autorités judiciaires de l'Etat requis. Ce point juridique prendra toute son importance par la suite dans l'application pratique du dispositif. La question de l'automatisme de la procédure d'extradition européenne est également présente dans le choix de judiciaireiser entièrement cette procédure d'extradition.

Contrairement aux mécanismes du droit classique de l'extradition, qui oblige l'intervention d'un représentant du gouvernement pour toute exécution de remise, le *EAW* constitue une procédure exclusivement judiciaire. Cette disposition représente un élément central du nouvel instrument européen de coopération. Au cours des négociations, cette « révolution » a été acceptée sans délai par les délégations nationales malgré sa portée pratique et symbolique.

En France, la perte de pouvoir subie par le Conseil d'Etat en tant que juridiction administrative de contrôle pour l'extradition témoigne bien de la logique qui a prévalu durant le processus décisionnel : *« On a tordu le bras au Conseil d'Etat parce que s'il avait été consulté, rien ne dit qu'il aurait été ravi de perdre son pouvoir. À partir du moment où l'on supprime la décision du ministre, on supprime le recours administratif, donc on supprime tout un pan de la jurisprudence du Conseil d'Etat. La pression politique sur la négociation a fait que tout cela est passé à la trappe, à toute vitesse, et que certains se sont peut-être étranglés au Conseil d'Etat français »*⁵⁶⁹.

Cependant, cette mise à l'écart officielle du pouvoir politique dans la procédure pénale d'extradition n'est pas absolue. Les Etats se réservent une certaine latitude en vertu de l'article 32 de la décision-cadre. Nous verrons par la suite la manière dont certains Etats vont largement utiliser cette possibilité lorsqu'ils transposeront la norme européenne dans leurs législations nationales.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

Une des autres principales ruptures du nouveau dispositif avec les règles de l'ancien régime d'extradition réside dans la question de la nationalité de la personne concernée par la demande. Désormais inscrite parmi les règles fondamentales qui régissent la procédure de mandat d'arrêt européen, la nationalité de la personne réclamée ne peut plus constituer un motif systématique de non-exécution de la demande. De par l'environnement politique des négociations, cette question a été, elle aussi, rapidement adoptée en dépit de l'attachement historique de certains pays à ce principe. Malgré sa forte dimension politique, les négociations n'ont pas échoué sur cet enjeu, à la surprise une nouvelle fois des membres de la Commission européenne : « *La France, qui n'avait pas de contraintes juridiques mais qui a toujours été opposée fortement à la remise de ses nationaux, n'a pas fait un pli – elle a immédiatement accepté* »⁵⁷⁰.

Ces négociations particulières entraîneront l'introduction de certaines exceptions qui vont permettre, en raison du contexte politique, d'aboutir le plus rapidement possible à un consensus général sur ces questions. Cependant, comme nous le verrons par la suite, une telle unanimité sera fortement remise en cause lors des transpositions nationales de la décision-cadre.

D'autres nouveautés contenues dans le projet de la Commission européenne ont, par ailleurs, donné lieu à de vifs débats durant les premières négociations politiques. Ainsi, si les discussions sur la judiciarisation de la procédure et la remise des nationaux ont rapidement abouti à un accord, celles concernant la fin de la double incrimination ont été plus mouvementées. Cette nouvelle disposition prévoit l'exécution automatique de la demande d'extradition pour une liste de 32 infractions préétablies⁵⁷¹.

Cette différence dans les priorités entre les autorités nationales et les membres de la Commission européenne résulte de la différence de position et de stratégie des forces en présence. Du point de vue des Etats, soucieux de ne pas voir introduire dans leurs législations des infractions non reconnues pénalement, la question de la double incrimination est appréhendée comme un point crucial en tant que problème d'ordre politique.

A l'inverse, pour les représentants de la Commission européenne, promoteurs d'une démarche essentiellement pratique et opérationnelle, la double incrimination apparaît comme une question relativement facile à résoudre en raison des pratiques du régime de l'extradition : « *Lors de notre travail en amont, on ne nous a jamais dit que la double incrimination était une grande difficulté au niveau pratique. Les juridictions l'appréciaient de manière assez souple. Donc, si les éléments constitutifs d'une infraction n'étaient pas exactement les mêmes, on l'acceptait. Le plus souvent, pour déterminer si les faits qui faisaient l'objet d'une poursuite étaient oui ou non des infractions dans la législation nationale, les juridictions n'interprétaient pas au pied de la lettre* »⁵⁷².

Sur le plan juridique, la focalisation des négociations sur la question de la double incrimination entraîne l'élaboration d'une liste positive d'infractions pour le champ d'application du mandat d'arrêt européen. En reprenant quasiment à l'identique le document de la Convention Europol et de la décision-cadre Eurojust, les Etats privilégient, de nouveau,

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ « *Avec la pression, les Etats ont voulu avant tout se concentrer sur les questions qui leur semblaient importantes dont celle de la double incrimination. La double incrimination a été un des points essentiels du débat alors que, en pratique, on savait que ce n'était pas une très grosse difficulté* » : Entretien réalisé avec un fonctionnaire européen membre de la DG JAI, mai 2004.

⁵⁷² *Ibid.*

une approche globale des phénomènes de criminalité. A l'instar de ceux que nous avons souligné pour Eurojust, deux dynamiques complémentaires permettent de comprendre cette orientation. Le choix de la liste positive s'explique à la fois par la labellisation des phénomènes criminels construite par le décideur politique, et par une logique institutionnelle visant à exploiter une classification déjà négociée et employée pour d'autres instruments.

Les débats sur cette problématique de la double incrimination ont également lieu avec d'autres acteurs moins centraux du processus de décision. Ainsi, certains juristes vont remettre en cause l'approche criminologique, estimant qu'il s'agit d'une régression du droit d'extradition et que ce type de classification en fonction de crimes et délits soulève de sérieux problèmes dans le cadre d'une procédure uniquement judiciaire.

De telles prises de parole ont lieu dans le cadre de séminaires européens en présence des membres du secrétariat général du Conseil européen, de la Commission européenne ou des représentants des autorités nationales. D'autres acteurs, positionnés dans une stratégie de protection des droits de l'Homme, estiment, de leur côté, que cette liste aboutit à une labellisation criminelle difficilement contrôlable. Ces critiques renvoient alors à des contextes nationaux spécifiques.

En Suède, des associations soulignent que l'adoption du mandat d'arrêt européen conduit à l'intrusion dans la législation nationale d'incriminations qui auparavant n'étaient soit pas pénalisées, par exemple l'infraction de « participation à une organisation criminelle », soit définies d'une façon et à un niveau juridique différent, comme les infractions de « terrorisme » et de « racisme ». Ces remises en cause mettent alors en lumière la tension juridique qui existe entre l'acceptation d'une telle liste à l'échelle européenne et l'absence d'harmonisation au niveau des catégories nationales d'infractions.

Enfin, l'application de ce principe de double incrimination signifie la perte pour les autorités judiciaires, à qui la requête est transmise, de tout contrôle de légitimité de la demande d'extradition. En effet, le simple fait que le crime ou le délit fasse partie de la liste des 32 infractions, oblige le juge national qui reçoit la demande à l'exécuter, sans qu'un contrôle sur le fond puisse être exercé. Nous verrons par la suite, que cette question sera au cœur des processus de transposition et d'utilisation du *EAW*.

Si la volonté des Etats européens d'occuper le devant de la scène internationale dans la lutte contre le terrorisme a conduit à surmonter certains blocages, les autorités nationales n'en ont pas moins imposé des conditions, comme en témoigne l'introduction de dérogations pour la date de prise en compte des actes criminels pouvant être traités dans le cadre de cette nouvelle procédure. En effet, si le mandat d'arrêt européen est applicable, en principe, quelle que soit la date de commission des faits, certains Etats veulent établir une déclaration, sur les fondements de l'article 32, selon laquelle ils continueront à appliquer les règles de l'extradition classique pour des faits commis avant une date précise.

En France, les faits antérieurs au 1^{er} novembre 1993, date du Traité de Maastricht, ne peuvent tomber sous le coup du mandat d'arrêt européen. Ce choix s'explique par le refus clairement affiché des autorités d'extrader *via* le mandat d'arrêt européen les anciens brigadistes italiens réfugiés sur le territoire. De son côté, l'Italie a imposé une dérogation du même type mais pour d'autres raisons concernant les affaires politico-financières. Au total, trois Etats, l'Autriche, l'Italie et la France ont accepté, durant les négociations, le projet sous réserve d'une telle dérogation. De manière générale, ce type de choix résulte du jeu diplomatique et intergouvernemental qui prévaut dans l'enceinte du Conseil.

Les attentats du 11 septembre 2001 ont donc joué un rôle d'accélérateur du processus de décision, en incitant les Etats européens à faire un geste politique dans le souci de montrer leur position en faveur de la lutte contre le terrorisme. L'existence, à cette époque, du projet de la Commission européenne a constitué, dès lors, une solution politique commode et rapidement mobilisable. Les attentats ont ainsi créé une convergence d'intérêts entre les différents acteurs, dont les objectifs étaient jusque-là relativement divergents en matière d'extradition. Pour autant, cela ne signifie pas que le projet de la Commission européenne ait été adopté sans modifications, bien au contraire.

Au cours des divers entretiens effectués avec des membres des Chancelleries nationales et du secrétariat général du Conseil européen, il apparaît, en fait, que la décision-cadre finale, entérinée lors du sommet de Laeken en décembre 2001, a subi une forte reformulation politique et juridique sous la houlette de la présidence belge, en étroite relation avec les membres du secrétariat général : « *Nous sommes partis de la proposition de la Commission européenne, mais ensuite, il a fallu tout changer pour que cela tienne la route lors du sommet européen. Il y avait des paramètres politiques très forts et des discussions qui allaient être difficiles à mener avec certains pays. Le projet tel quel, aurait eu du mal à être accepté une fois la pression politique des attentats retombée. Je pense même qu'il n'aurait jamais été accepté*⁵⁷³ ».

Au cœur de cette configuration, on retrouve le représentant belge qui dirige, à la même époque, la fin des négociations sur le projet Eurojust et qui entretient des relations étroites avec les membres de la direction « coopération judiciaire européenne » du secrétariat général du Conseil européen. La réécriture de la décision-cadre est ainsi effectuée en petit comité -3 à 4 personnes du secrétariat général du Conseil européen et de la Chancellerie belge-, dans une stratégie visant à favoriser avant tout une adoption rapide par les Etats, quitte à écarter certains pans du projet de la Commission européenne : « *Nous devons être réalistes, les Etats s'étaient mis d'accord pour une adoption, mais ils n'allaient quand même pas tout laisser passer sans négociation. L'idée était de poser un premier cadre accepté par tous, pour ensuite consolider l'ensemble du dispositif et le rendre le plus efficace possible étant donné les différences nationales* »⁵⁷⁴.

On retrouve donc ici la logique pragmatique également très présente dans les négociations concernant l'unité Eurojust. La rapidité des négociations ainsi que le positionnement des acteurs au cœur de la formulation juridique de la décision-cadre, n'est pas sans répercussion sur la forme que va prendre le dispositif d'extradition. Pour certains membres du secrétariat général du Conseil européen ou des autorités nationales, défendant l'idée d'une évolution pragmatique et opérationnelle, le texte de Laeken a eu comme intérêt essentiel de dépasser la logique du plus petit dénominateur commun dans un contexte politique exceptionnel. L'ensemble des acteurs interviewés estime, tout de même, qu'au niveau technique et juridique, le dispositif adopté connaît certaines limites : « *Il y a clairement des choses qui ont été oubliées. Ceci est lié au fait que l'on a négocié très vite. Il y a des défauts, notamment de traduction, je pense que c'est là que le bât blesse* »⁵⁷⁵.

Au-delà des questions de forme, la rapidité des négociations a également eu des conséquences sur le contenu juridique de la nouvelle procédure d'extradition. En effet, face aux exigences de sécurité affichées au lendemain du 11 septembre 2001, la question de

⁵⁷³ Entretien réalisé avec un haut fonctionnaire du ministère de la Justice belge, févr. 2003

⁵⁷⁴ Entretien réalisé avec un membre du secrétariat général du Conseil européen, avr. 2004.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

l'équilibre judiciaire entre les procédures d'arrestation et de défense n'a pas été l'objectif majeur des négociations. Le témoignage d'une représentante de la DG JAI lors d'un séminaire relatif au mandat d'arrêt européen est significatif de la logique politique qui a dominé durant les quatre mois de négociations : « *Il y avait une telle pression des Etats pour aller le plus vite possible lors des discussions, que nous n'avons pas pu défendre notre position et nos propositions sur la question des droits de la défense. Tout devait se négocier dans des délais très courts et les autorités nationales ainsi que les instances du Conseil ont tout fait pour écarter les questions qui risquaient de poser des problèmes* »⁵⁷⁶.

On assiste ainsi à la mise à l'écart d'une série de dispositions au nom d'un certain pragmatisme politique : « *Cela aurait été trop long de négocier sur tout et en particulier sur les problématiques concernant les droits fondamentaux. C'était plus facile et plus rapide de se concentrer sur les procédures accusatoires pour commencer. Il fallait créer quelque chose* »⁵⁷⁷.

Des critiques ont fait valoir la faiblesse des garanties accordées aux personnes concernées par un mandat d'arrêt européen par rapport à celles qui existent dans le cadre des anciennes procédures d'extradition, notamment à travers les procédures contradictoire et les possibles voies de recours. Certains syndicats de magistrats et ONG européennes vont critiquer le nouveau dispositif évoquant son caractère « liberticide ». Ces prises de paroles se feront essentiellement durant les phases de transposition nationales mais n'auront pas d'impact immédiat sur la forme juridique du *EAW*. Le contexte des négociations a donc fait prévaloir l'enjeu politique sur les problématiques légales. L'incertitude juridique due à ce décalage entre l'approche politique dominante et les nécessités légales constitue un facteur important dans les modalités de mise en œuvre juridique et pratique du *EAW* au sein des Etats membres.

II- Les reformulations nationales du mandat d'arrêt européen

En exploitant le travail réalisé par la Commission européenne, les autorités exécutives nationales ont décidé à travers l'adoption, extrêmement rapide, du mandat d'arrêt européen, de se positionner politiquement en première ligne dans la « guerre contre le terrorisme ». Les incertitudes pratiques et juridiques résultant de cette accélération du processus décisionnel vont prendre toute leur importance au niveau de la mise en œuvre. Durant cette phase, les autorités nationales sont les seules compétentes pour son application dans le droit interne.

La volonté affirmée au lendemain du 11 septembre d'intensifier la coopération judiciaire au sein de l'Union européenne se heurte alors à des considérations d'ordre légal et politique qui avaient été écartées durant les négociations en raison de l'environnement de l'époque. Dans ce contexte, on assiste à une mise en œuvre qui, comme nous l'avons souligné en introduction de ce chapitre, constitue un moment essentiel de redéfinition et de reformulation de la norme de coopération à travers sa transposition dans les 25 Etats membres.

L'introduction dans les législations nationales de la nouvelle procédure européenne marque, de façon automatique, la fin des anciennes règles en matière d'extradition. A partir de cette première étape, le *EAW* connaît une application juridique pour le moins paradoxale. En effet, durant la courte période que nous considérons après son adoption, c'est-à-dire de 2003 à 2006, on observe une utilisation pratique et quotidienne de la nouvelle procédure alors même

⁵⁷⁶ Déclaration d'une représentante de la DG JAI lors d'un séminaire relatif au mandat d'arrêt européen, séminaire du CEPS (Center for European Policy Studies), Bruxelles, 13 févr. 2006.

⁵⁷⁷ Entretien réalisé avec un membre du secrétariat général du Conseil européen, avr. 2004.

que sa validité juridique et constitutionnelle est débattue voire remise en cause par certaines autorités judiciaires nationales.

L'étude des différentes transpositions légales nous conduit à relever la forte hétérogénéité qui caractérise l'introduction du mandat d'arrêt européen au sein des diverses législations nationales. Grâce à la compréhension de ces dynamiques de transposition, nous pourrions par la suite interroger les mises en application concrètes de la nouvelle procédure notamment à travers son impact et ses effets sur les pratiques judiciaires quotidiennes ainsi que sur les cadres juridiques des Etats membres.

A- Des transpositions nationales créatrices d'un nouveau système européen d'extradition simplifié mais encore hétérogène

La mise en œuvre de la nouvelle procédure continue à placer les autorités exécutives au centre du processus de transposition, ce qui n'est pas sans conséquence sur les transformations subies par la décision-cadre : « *Maintenant que l'on est en train de regarder les législations de transposition, on voit que le pouvoir politique qui est sorti par la porte a tendance à vouloir rentrer par la fenêtre*⁵⁷⁸ ».

Dans cette configuration, les membres de la Commission européenne en charge de surveiller la mise en œuvre du dispositif n'ont aucun moyen de contrôle. Ses représentants vont observer les procédures de transpositions nationales avec une certaine inquiétude et perplexité : « *On a bien du mal à savoir ce qu'ils vont faire. Il y a des transpositions qui se préparent et qui devraient être tout sauf conformes. Nous ne pouvons qu'essayer de rassembler les informations*⁵⁷⁹ ».

Dans la grande majorité des cas, les représentants des instances communautaires sont maintenus à l'écart des procédures nationales de transposition. Pour preuve, il semble que lors de la préparation de son rapport d'évaluation concernant l'application de la décision-cadre du *EAW*, la DG JAI de la Commission européenne a rencontré de nombreux obstacles pour accéder aux informations nationales. La relative opacité et confidentialité qui a régné durant la phase de négociations et d'adoption, se renforce donc durant cette période de transposition. En étroite relation avec cette première tendance, les services centraux des autorités nationales décident, pour la quasi-majorité d'entre eux, d'introduire des modifications par rapport aux dispositions contenues dans le texte européen du 13 juin 2002 : « *Il faut bien comprendre, que les Etats ont fait ce qu'ils voulaient, chacun dans leur coin. On avait accès à quelques informations en raison de nos connaissances personnelles dans les différentes autorités*⁵⁸⁰ ».

Selon la décision-cadre, la nouvelle procédure européenne d'extradition devait être opérationnelle à partir du 1^{er} janvier 2004. Or sur les 15 pays que compte l'Union européenne en janvier 2004, seul six vont respecter cet engagement. Les autorités italiennes, quant à elles, ne mettront en place le nouveau dispositif que 18 mois après la date fixée. Enfin, concernant les nouveaux Etats membres l'introduction du mandat d'arrêt européen devait avoir lieu lors de leur entrée officielle en mai 2004.

⁵⁷⁸ Entretien réalisé avec un fonctionnaire européen membre de la DG JAI, avr. 2004.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ *Ibid.*

Tableau 1 : Date d'entrée en vigueur de la nouvelle procédure d'extradition.

Sources : Ministère français de la Justice, Parlement européen.

Autriche	1 ^{er} Mai 2004
Allemagne	23 août 2004
Belgique	1 ^{er} janvier 2004
Chypre	1 ^{er} mai 2004
Danemark	1 ^{er} janvier 2004
Espagne	1 ^{er} janvier 2004
Estonie	1 ^{er} juillet 2004
Finlande	1 ^{er} janvier 2004
France	12 mars 2004
Grèce	9 juillet 2004
Hongrie	1 ^{er} mai 2004
Irlande	1 ^{er} mai 2004
Italie	14 mai 2005
Lettonie	1 ^{er} juillet 2004
Lituanie	1 ^{er} mai 2004
Luxembourg	26 mars 2004
Malte	7 juin 2004
Pays Bas	12 mai 2004
Portugal	12 mai 2004
Royaume-Uni	27 juillet 2004
Slovaquie	1 ^{er} août 2004
Slovénie	1 ^{er} mai 2004
Suède	1 ^{er} janvier 2004

A la fin de l'année 2004, l'ensemble des Etats membres, à l'exception notable de l'Italie, avait donc introduit dans leurs législations le nouveau dispositif. De manière générale, les délais d'application ont donc été respectés de façon relativement homogène et sans modification importante. En revanche, les transpositions juridiques vont donner lieu à des formulations pour le moins différentes, aboutissant à une certaine hétérogénéité entre les pays et donc à une contradiction avec le principe d'une application uniforme qui devait accompagner la mise en œuvre de cette nouvelle procédure judiciaire. Un tel phénomène de reformulation de la décision européenne par les autorités nationales lors de son application,

représente une tendance lourde des processus d'eupéanisation quelque que soit le domaine concerné⁵⁸¹.

Ces retraductions qui conduisent à des différences juridiques plus ou moins importantes en fonction des pays, résultent soit d'une interprétation particulière des règles édictées dans le texte européen, soit d'un non-respect de ces dernières. Dans ce contexte, notre propos aura pour objectif de cibler les principales divergences qui, pour certaines, seront au centre des décisions judiciaires et de l'application quotidienne du mandat d'arrêt européen⁵⁸². Nous évoquerons, d'une part, les dispositions concernant le champ d'application et, d'autre part, celles relatives à l'organisation et aux modalités de transmission des demandes.

B- Restrictions et exceptions dans la mise en œuvre juridique du champ d'application général du mandat d'arrêt européen

La décision-cadre du *EAW* décrète que toutes les demandes reçues par les autorités judiciaires nationales avant le 1^{er} janvier 2004, restent régies par les instruments existant avant cette date dans le domaine de l'extradition. Toujours selon le texte, les dérogations vis-à-vis de cet article 32 ne sont valides que si elles ont été déclarées lors de l'adoption et qu'elles ne fixent pas une date antérieure au 7 août 2002. Comme nous l'avons souligné, la France est l'unique pays officiellement autorisé à ne pas respecter cette date butoir. Aux côtés de la France, seul l'Italie et l'Autriche ont, lors de l'adoption en 2003, demandé une telle exception.

Durant les procédures de transposition, ce groupe s'est élargi au Luxembourg, à la République Tchèque et à la Slovaquie. Se plaçant en infraction avec les règles de la décision-cadre, ces trois Etats décident unilatéralement et après l'adoption, d'introduire des limites au champ temporel du mandat d'arrêt européen. En raison de l'absence de pouvoir de recours, les services de la Commission européenne n'ont pu que constater ces décisions : « *Nous avons été un peu surpris. Ils l'ont fait de leur côté sans nous consulter. Ce n'est pas du tout conforme au texte, c'est totalement illégal* »⁵⁸³. Au-delà du non-respect de la procédure officielle, les autorités de la République Tchèque décident également de ne pas respecter la date de prise d'effet officielle, reculant celle-ci au 1^{er} novembre 2004.

Tableau 2 : Exceptions au champ temporel d'application du mandat d'arrêt européen.

Source : Commission européenne.

Autriche	Déclaration officielle durant l'adoption. Prise d'effet de la nouvelle procédure d'extradition au 7 août 2002.
Italie	Déclaration officielle durant l'adoption. Prise d'effet de la nouvelle procédure d'extradition au 7 août 2002.
France	Déclaration officielle durant l'adoption. Prise d'effet de la nouvelle procédure d'extradition au 1 ^{er} novembre 1993.

⁵⁸¹ Pour une étude de ces processus dans les différents domaines de la politique européenne, V. B. Palier, Y. Surel Yves et al., *L'Europe en action : analyses d'eupéanisation*, L'Harmattan, 2007, pp. 13-80.

⁵⁸² Pour une présentation de ces différentes transpositions : Rapport de la Commission européenne fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM (2005) 63 final, Bruxelles, publié le 23 févr. 2006.

⁵⁸³ *Ibid.*

Luxembourg	Non-respect de la décision-cadre. Imposition unilatérale de la dérogation. Prise d'effet de la nouvelle procédure d'extradition au 7 août 2002.
République Tchèque	Non-respect de la décision-cadre. Imposition unilatérale de la dérogation et d'une nouvelle date de prise d'effet pour la nouvelle procédure d'extradition : 1 ^{er} novembre 2004.
Slovénie	Non-respect de la décision-cadre. Imposition unilatérale de la dérogation. Prise d'effet de la nouvelle procédure d'extradition au 7 août 2002.

Ces premières dissonances se prolongent sur la question du champ matériel d'application du mandat d'arrêt européen. En effet, certains Etats l'ont réduit durant les procédures de transposition, par une reformulation conséquente des dispositions de l'article 2 de la décision-cadre. Comportant la liste des 32 infractions pour lesquelles la double incrimination n'est pas nécessaire, cet article connaît des traductions nationales hétérogènes sur le plan des conditions d'applications et de la définition des infractions.

Concernant les conditions d'applications, les Pays-Bas, l'Autriche, la Pologne et le Royaume-Uni modifient les seuils minimaux de peine exigés pour l'application du mandat d'arrêt européen. Alors que la décision-cadre impose un minimum de quatre mois, l'Autriche et les Pays-Bas élèvent ce seuil à 12 mois.

À l'instar de ce que l'on observe pour de nombreuses décisions européennes, certains Etats ne vont pas respecter le texte de la décision-cadre. Sur les 25 pays, dix-sept transposent en totale conformité la liste des 32 infractions. Des pays comme l'Estonie, la Grèce, la France et la Slovénie décident toutefois, et toujours unilatéralement, de retirer certaines catégories d'infractions de la liste évoquant l'existence de doublons. La question de la qualification des faits par les juridictions nationales prend, dans ces conditions, une importance particulière puisque c'est à partir de ce travail que le contrôle de la double incrimination peut être exigé ou écarté.

Malgré la position des autorités communautaires estimant que l'abolition du principe de double incrimination et la liste d'infractions qui lui est associée ne constituent pas un obstacle majeur pour l'opérationnalité de la nouvelle procédure d'extradition, les transpositions nationales apportent pour la grande majorité d'entre elles des modifications substantielles à ces dispositions. Déjà au centre des négociations lors du processus décisionnel, cette problématique continue à focaliser une part importante des discussions. Sans volonté d'exhaustivité, le tableau suivant résume une partie des changements imposés par certains pays vis-à-vis des règles de la décision-cadre.

Tableau 3 : Transposition des 32 infractions pour lesquelles la double incrimination n'est plus obligatoire.

Sources : Commission européenne, Parlement européen.

Estonie	La transposition des catégories introduit des limitations. Absence de référence à l'infraction de « racket » en contradiction avec la décision-cadre. Absence de référence dans le cas de l'infraction de blanchiment à la mention des « produits du crime ».
France	Transformation de certaines catégories d'infraction à travers l'utilisation de termes différents de la décision-cadre. Absence de référence à l'infraction de « racket ».
Pays-Bas	Inclusion dans la liste de l'infraction d'« homicide ».
Pologne	Mise en place d'infractions plus larges que celles présentes dans la décision-cadre, notamment à travers l'infraction de « <i>illegal production, processing trafficking or smuggling of intoxicating substances, precursors, replacement substances or psychotropic substances</i> ».
Grèce	Élargissement de certaines catégories, notamment concernant le « trafic de drogue ». Absence de référence à l'infraction de « racket ».
Slovénie	L'infraction d'« extorsion » n'est considérée qu'en cas de « réunion » ou d'« utilisation d'arme » réduisant ainsi l'infraction prévue par la décision-cadre.

Les transpositions dans les ordres internes entraînent également une redéfinition des différents motifs de non-exécution. Sur les dix motifs prévus par la décision-cadre, trois sont obligatoires (article 3) et sept sont facultatifs (article 4). Après les procédures nationales, le nombre de motifs obligatoires de non-exécution s'échelonne de 3 à 10 selon les pays. Si la grande majorité des États membres a fidèlement transposé ces dispositions, d'autres, en revanche, y ont apporté des dérogations notables.

Concernant les trois motifs obligatoires (amnistie dans le pays d'exécution de la demande, règles du *non bis in idem* et âge de la personne concernée) quatre États, Danemark, Irlande, Pays-Bas et Royaume-Uni, ont fixé des restrictions à un de ces cas en raison d'interprétations larges ou restrictives de la notion d'amnistie. Ce concept ne figurant pas dans leurs législations nationales, les Pays-Bas et le Royaume-Uni refusent d'introduire cette notion. Ce rejet d'un des principaux motifs de non-exécution entraîne *de facto* une limitation du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale.

Le Danemark, quant à lui, réduit le concept d'amnistie à travers le terme de « pardon » qui d'un point de vue juridique, est considéré comme plus restrictif par rapport à celui d'amnistie. Enfin, les autorités irlandaises décident, pour leur part, d'associer les termes de « pardon » et d'amnistie à travers le principe d'« immunité ». Dans ce contexte, un tel choix s'avère être une entorse aux dispositions de la décision-cadre, et aboutit, comme le souligne certains interlocuteurs, à une intrusion du pouvoir exécutif eu égard à la dimension politique à laquelle peut être attachée cette catégorie juridique d'« immunité ».

Concernant les sept autres possibilités de refus (article 4), les choix nationaux faits lors des transpositions conduisent, de nouveau, à des situations différentes en fonction des pays. Certains États ne définissent, par exemple, qu'une partie de ces motifs comme obligatoires et accompagnent un tel choix d'une très grande marge de d'appréciation laissée à leurs autorités judiciaires. À l'opposé, d'autres décident de rendre obligatoire les sept motifs de non-exécution du mandat d'arrêt européen.

À titre d'exemple, le motif de refus prévu par l'article 4.4, en cas de prescription de l'action pénale selon la législation de l'État chargé d'exécuter l'extradition, a été transposé en tant que motif obligatoire par 13 États et en tant que motif facultatif par 10 États. Une présentation précise de ces différentes qualifications paraît extrêmement fastidieuse en raison des très nombreuses exceptions qui encadrent systématiquement les définitions nationales faisant d'un motif une obligation ou une option⁵⁸⁴. De façon générale, la complexité mais aussi l'opacité caractérisent la manière dont chaque autorité nationale a introduit ces diverses dispositions dans sa législation.

En outre, quelques États décident d'introduire de nouveaux motifs non prévus par la décision-cadre. Certaines autorités, en accord avec les services communautaires, vont ainsi ajouter des motifs additionnels tels que celui de refus, pour cause de *non bis in idem* vis-à-vis de la Cour pénale internationale ou, pour violation des droits fondamentaux et discriminations. Si ces choix relèvent officiellement du principe de reconnaissance des droits fondamentaux prévu par l'article 1 al.3 du texte européen, certains pays tels que l'Estonie, la Grèce et la France vont, selon les membres de la Commission européenne, instrumentaliser ces dispositions dans le but de renforcer leur autorité décisionnelle et leur contrôle face à l'État émettant le *EAW*.

D'autres pays décident d'affirmer largement cette orientation en introduisant des causes de refus pour des motivations d'ordre politique et de sécurité nationale, ou bien en imposant la nécessité d'établir un contrôle au fond de l'affaire avant l'exécution de la demande. Le

⁵⁸⁴ Rapport de la Commission européenne, COM (2005) 63 final, *op.cit.*, pp. 4-6. .

Danemark, Malte, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni en faisant de tels choix se sont mis en totale contradiction avec le texte européen.

On constate donc, encore une fois, une grande hétérogénéité selon les Etats, ce qui implique pour les magistrats nationaux une connaissance particulièrement fine des différentes législations afin de ne pas voir refuser l'une de leur demande d'extradition. En étroite relation avec la question des motifs de non-exécution, les dispositions relatives à la remise des nationaux connaissent également des transpositions diverses en fonction des pays.

Le principe obligeant la remise des nationaux suite à une demande d'extradition d'un autre pays de l'Union européenne, a également été introduite dans les législations nationales de manière très diverse. Officiellement, l'Autriche est le seul pays à avoir reçu le droit de refuser une extradition en raison du statut de ressortissant national de la personne recherchée. Acceptée pendant les négociations, en référence aux règles constitutionnelles autrichiennes, cette exception fait l'objet d'un article dans la décision européenne qui précise qu'une telle situation n'est que transitoire et qu'elle doit prendre fin au plus tard le 31 décembre 2008⁵⁸⁵. En conformité avec les dispositions prévues, la plupart des Etats membres ont choisi de faire valoir à l'égard de leurs nationaux la condition leur permettant d'exécuter leur peine sur le territoire national. L'Irlande, le Royaume-Uni et la Slovaquie sont, selon les informations recueillies par la Commission européenne et le Parlement européen, les seuls à ne pas avoir officiellement utilisés une telle condition.

Cependant, si la plupart des Etats ont opté pour un traitement relativement équivalent envers leurs nationaux et leurs résidents, certaines autorités ont introduit des exceptions. Ainsi, dans le cas de la Pologne, les autorités exécutives ont décidé dans un premier temps d'exclure l'extradition des nationaux. Comme nous le verrons par la suite, un tel choix doit être mis en relation avec la décision de la Cour constitutionnelle polonaise jugeant cette disposition anticonstitutionnelle.

La République Tchèque a, pour sa part, introduit une clause obligeant le principe de réciprocité et de conversion de la peine infligée à ses ressortissants, allant à l'encontre d'une partie de l'article 4 de la décision-cadre. Enfin, les Pays-Bas ont, eux aussi, apporté une restriction sur ce point en rétablissant le contrôle systématique de la double incrimination pour leurs ressortissants et en conditionnant leur remise à l'assurance que ces derniers peuvent effectuer leur peine sur le territoire national. Si cette condition est présente dans la Convention d'extradition du 21 mars 1983, elle n'est pas reprise dans la décision du mandat d'arrêt européen, plaçant donc les Pays-Bas dans l'illégalité vis-à-vis de celle-ci.

Enfin, concernant les garanties fondamentales pour la personne concernée par le mandat d'arrêt européen, les procédures de transposition ont également abouti à des évolutions importantes du cadre initial. Le Conseil des ministres européens avait décidé, en raison du contexte politique et de sa volonté de montrer son efficacité en matière de lutte anti-terroriste, de ne pas à faire de la condition générale des droits fondamentaux un motif explicite de refus en cas de violation. Dans cette perspective, exception faite de la définition du principe de *non bis in idem* qui est clairement défini, les références à ces problématiques centrales des procédures pénales sont peu présentes dans le texte de la décision-cadre. La mise à l'écart des dispositions formulées sur ce terrain dans le projet de la Commission européenne, se traduit sur le plan juridique par une très grande marge d'appréciation laissée à chaque autorité nationale.

En raison du peu d'engagement demandé sur ces questions, l'ensemble des Etats a transposé les recommandations relatives aux droits fondamentaux en particulier celles prévues

⁵⁸⁵ Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, *op. cit.*, article 33.

par l'article II. Pour autant, certaines transpositions tendent néanmoins à renforcer l'imprécision en maintenant un certain nombre d'approximations procédurales. Au regard de la décision-cadre, le Danemark, la Lettonie, la Pologne et le Portugal restent ainsi assez flous sur le plan des procédures, des effets prévus lorsque la personne accusée accepte son extradition, ou encore des recommandations relatives à l'audition de la personne recherchée. Ces incertitudes sur les questions de respect des droits fondamentaux seront au centre des jugements rendus par les instances juridiques nationales.

Ces différents exemples, permettent donc de constater une transposition hétérogène des dispositions concernant le champ d'application de la nouvelle procédure d'extradition. Un tel processus de reformulation se confirme, d'ailleurs, concernant les questions relatives à l'organisation et à la transmission des demandes d'extradition. En dépit de ces variations, conséquences des procédures de transpositions nationales, les procédures d'extradition entre pays de l'Union européenne tendent toutefois à se simplifier.

C- Les transpositions nationales des règles formelles du mandat d'arrêt européen

Les procédures nationales de transposition induisent, en fonction des pays, des différences sur le plan des règles de diffusion de la procédure européenne d'extradition. Or, les dispositions concernant les questions des autorités en charge de la transmission, des délais et des pièces et formulaires à fournir, occupent une place importante dans l'utilisation quotidienne du nouveau dispositif.

L'une des nouveautés majeures du mandat d'arrêt européen réside dans son entière judiciarisation. Si la très grande majorité des Etats ont appliqué ce principe dans leur transposition en autorisant le contact direct entre les autorités judiciaires de chaque pays durant les différentes étapes de la procédure, certains ont, encore une fois, introduit des exceptions par rapport au texte initial. Ce phénomène doit alors se comprendre, en partie, en raison de la singularité des organisations judiciaires nationales.

L'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Finlande et la Suède ont ainsi désigné un organe exécutif et non pas judiciaire comme autorité compétente en charge d'une partie de la procédure. Le Danemark a, quant à lui, généralisé cette organisation à l'ensemble de l'action. Dans le cas de la France, l'autorité policière de la Section centrale de coopération opérationnelle de Police (SCCOPOL), déjà en charge de la gestion du SIS, est nommée responsable de la transmission des demandes de mandat d'arrêt européen. La nomination d'autorités policières à ce niveau de transmission sera, comme nous le verrons, à l'origine de certains refus d'exécution du *EAW* de la part des tribunaux britanniques.

Par ailleurs, concernant toujours cette question de la judiciarisation de la procédure, la Lettonie, l'Irlande, la Hongrie, Malte et le Royaume-Uni ont également décidé d'appliquer la clause, prévue par la décision-cadre, permettant de faire intervenir une autorité centrale en tant que dernier ressort dans la chaîne de transmission. Les autorités estoniennes et irlandaises sont même allées plus loin, en décidant que leurs autorités centrales détiendraient le monopole de cette transmission, outrepassant ainsi largement le simple rôle de facilitateur prévu par le texte européen.

Sur la question des délais de transfert de la personne extradée, les transpositions nationales ont introduit, là aussi, quelques divergences. Si les Etats se sont dans l'ensemble très largement acquittés des obligations temporelles encadrant le traitement de la demande d'extradition, certaines autorités nationales n'ont pas fixé de délais précis en cas de recours judiciaire, se plaçant en contradiction avec les dispositions de la décision-cadre. La

République Tchèque, Malte, le Portugal, la Slovaquie et le Royaume-Uni n'ont ainsi pas défini de délais stricts pour les juridictions supérieures. Dans le cas de la France et de la Belgique, les autorités exécutives ont certes défini un nombre précis de jours, mais leur choix dépasse les délais maximums requis par la décision-cadre.

Ces différences selon les pays, existent également pour la question du formulaire européen unique et préétabli créé afin de présenter et de justifier la demande d'extradition. Le Royaume-Uni et Malte ont refusé un tel support. D'autres pays ont, quant à eux, appliqué différemment les dispositions relatives aux traductions, aux délais de réception des mandats à compter de l'arrestation et aux modes d'authentification. Si pour cette dernière dimension les différences, qui vont de l'exigence du seul original à la simple version fax, n'ont pas un grand effet sur les pratiques quotidiennes, en revanche, pour ce qui est des traductions et des délais d'émission, les divergences peuvent se révéler importantes. Ainsi, le fait que le Royaume-Uni ait fixé à 48 heures après l'arrestation le délai maximum pour recevoir un mandat d'arrêt européen, n'implique pas la même approche de la procédure que pour un pays comme la Slovaquie qui a fixé le délai à 20 jours, ou l'Autriche dont le délai est de 40 jours.

Tableau 4 : Délais autorisés entre l'arrestation de la personne concernée et la réception officielle du mandat d'arrêt européen.

Source : Commission européenne

Allemagne	40 jours
Autriche	40 jours
Belgique	10 jours
Danemark	10 jours
Espagne	Aucun délai de prévu : « aussi vite que possible »
Estonie	3 jours
Grèce	Délai de 15 jours pouvant être allongé à 30 jours
France	6 jours
Irlande	La personne est considérée comme arrêtée uniquement après la réception du mandat d'arrêt européen et le jugement de la <i>Hight Court</i>
Lettonie	72 heures
Lituanie	48 heures
Luxembourg	6 jours
Hongrie	40 jours
Malte	48 heures
Pays-Bas	Si l'autre Etat participe au SIS : 20 jours Si l'autre Etat ne participe pas au SIS : « aussi vite que possible »
Pologne	48 heures
Portugal	Laisse à l'appréciation des juridictions nationales, en règle générale 10 jours
Finlande	« aussi vite que possible » (quelques jours)
Suède	« aussi vite que possible » (décision des procureurs)
Royaume-Uni	48 heures
République Tchèque	40 jours
Slovénie	20 jours

De même, les exigences de traduction ont également une importance sur les moyens devant être mis en œuvre par les magistrats nationaux afin d'être assurés que leur demande ne soit pas refusée pour des questions de formes.

Tableau 5 : Traductions acceptées dans le formulaire préétabli du EAW.

Source : Commission européenne.

Belgique	Hollandais, français et allemand
Danemark	Danois, anglais et suédois
Allemagne	Aucune langue officielle n'a été reconnue
Estonien	Estonien ou anglais
Grèce	Grec
Espagne	Espagnol
France	Français
Irlande	Gaélique ou anglais
Lituanie	Lituanien ou anglais
Pologne	Polonais
Portugal	Portugais
Slovénie	Slovène
Suède	Suédois, danois, norvégien ou anglais
Royaume-Uni	Anglais

Enfin, sur ce registre formel, une partie des Etats membres impose, en outre, des exigences non prévues par la décision-cadre. Ainsi, la République Tchèque et Malte en rendant obligatoire la présence de pièces et de qualificatifs en plus du formulaire, vont à l'encontre du texte initial. Dans le cas de l'Irlande, un mandat spécifique pour chaque incrimination est imposé aux autorités à l'origine de la demande.

Les divergences d'ordre organisationnel sont donc aussi conséquentes que celles relevées précédemment au niveau du champ d'application. Les procédures nationales de transpositions marquent une reformulation importante de la législation européenne aboutissant à la mise en place d'un régime de l'extradition, certes simplifié, mais encore relativement hétérogène. Parfois en totale opposition avec les dispositions de la décision européenne, les reformulations nationales ont pour conséquence de différencier, de par les nombreuses exceptions qu'elles introduisent, les conditions de transmission et d'application du nouveau dispositif alors même que l'objectif initial était une uniformisation générale du système d'extradition.

L'avis de la Commission européenne et du Parlement européen chargés d'évaluer ces procédures est intéressant à prendre en compte. Le premier message délivré par les autorités européennes s'inscrit dans une vision enthousiaste, évoquant malgré un retard initial, un « succès global » qui se justifie par l'opérationnalité du dispositif : « *tant en termes de judiciarisation, d'efficacité, que de célérité, le tout dans le respect des droits fondamentaux* »⁵⁸⁶.

Au-delà de ce message officiel, qui doit se comprendre en grande partie par la volonté de ne pas rentrer en confrontation directe avec les autorités nationales, les instances européennes

⁵⁸⁶ Rapport de la Commission européenne, *op. cit.*, 2006, p. 7.

jugent tout de même assez sévèrement la manière dont les Etats membres ont adopté dans leurs législations nationales le mandat d'arrêt européen. Ces critiques se centrent, tout d'abord, sur les difficultés rencontrées afin de recueillir les différentes informations nécessaires à l'évaluation. Sur le fond, enfin, la Commission européenne, tout comme le Parlement européen, regrette que les autorités nationales n'aient pas respecté les dispositions du nouveau dispositif.

Dans la conclusion de son rapport de 2006, la Commission européenne définit ainsi une liste de pays dont les transpositions apparaissent, selon elle, des plus incertaines vis-à-vis de la décision-cadre initiale : République tchèque, Danemark, Estonie, Irlande, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Slovaquie et Royaume-Uni. L'instance communautaire pointe également l'Italie et ses différents refus. De son côté, le Parlement européen met, lui aussi, en exergue les limites des procédures de transposition. La commission des Libertés civiles, de la Justice et des Affaires intérieures de l'assemblée européenne met en cause : « *La volonté manifeste de plusieurs Etats membres de conserver des éléments du système traditionnel d'extradition (contrôle de la double incrimination, intervention du pouvoir politique dans la procédure judiciaire) ou encore d'ajouter des motifs supplémentaires de refus qui sont contraires à la décision-cadre, tels que des motifs politiques ou de sécurité nationale, ou encore fondés sur le respect des droits fondamentaux* »⁵⁸⁷.

Dans son rapport d'évaluation publié en 2011 à destination du Parlement européen et du Conseil européen⁵⁸⁸, la commission européenne reprend pour une part son avis de 2006 en insistant à la fois, sur la réussite opérationnelle du dispositif mais également sur les « *failles dans la manière dont certains États membres mettent en œuvre la décision-cadre du Conseil* »⁵⁸⁹.

Ces procédures de transposition aboutissent à une mise en pratique particulière de la nouvelle procédure d'extradition européenne, dans laquelle les juridictions nationales vont occuper le premier rôle.

III- La mise en œuvre effective du mandat d'arrêt européen : usages quotidiens et reformulation juridique

Dès sa transposition dans les législations nationales, le mandat d'arrêt européen fait l'objet d'une application relativement régulière pour certains pays, en tant que nouvelle et unique procédure d'extradition entre les membres de l'Union européenne. Cette utilisation quotidienne est qualifiée par les autorités exécutives européennes et nationales, ainsi que par une grande partie des professionnels de la coopération, comme une réussite opérationnelle. Néanmoins, cette apparente efficacité qui se fonde sur quelques cas exemplaires et sur une partie des chiffres officiels, ne signifie pas que le mandat d'arrêt européen ne connaît pas de nombreuses résistances dans son application.

La prise en compte des usages quotidiens et des décisions juridiques nationales nous permet de dépasser cette vision faisant du mandat d'arrêt européen une « réussite » en raison du nombre de procédures enregistrées. D'ailleurs, notre propos n'est pas de dire si cette nouvelle procédure est une « réussite » ou un « échec ». Notre analyse a pour objectif exclusif d'interroger les logiques sociales et juridiques qui structurent cette phase particulière de

⁵⁸⁷ Proposition de recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸⁸ Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, (COM 2011) 75 Final, Bruxelles, publié le 14 avr. 2011.

⁵⁸⁹ *Ibid*, p. 2

l'européanisation afin de poser la question des effets du mandat d'arrêt européen sur les pratiques nationales d'extradition⁵⁹⁰.

Nous verrons ainsi dans un premier temps les usages concrets de cette procédure par les autorités judiciaires nationales en matière anti-terroriste afin de pouvoir, dans un second temps, évoquer la manière dont les Cours nationales ont cherché à travers leur jurisprudence à reformuler une partie de ce dispositif.

A- L'accélération des procédures d'extradition malgré les différences formelles et juridiques nationales

Afin de problématiser notre présentation de l'application concrète de ce dispositif, notre étude se construit, autour de la question des changements induits par celui-ci sur les usages judiciaires et, réciproquement, des conséquences que ces pratiques ont sur sa forme. A partir des différents entretiens effectués durant l'année 2004 et 2005, les délais de procédure ainsi que les modalités de transmission et de traduction sont régulièrement citées comme les principaux effets pratiques du nouveau dispositif.

Tenus d'utiliser le *EAW* à partir de l'année 2004, les magistrats nationaux vont devoir se familiariser et intégrer rapidement les nouvelles dispositions de la procédure. Dans le cas de la France, la Direction des affaires criminelles et des grâces publie, en mars 2004, une circulaire afin de présenter les règles juridiques du système ainsi que leurs modalités pratiques d'application⁵⁹¹. Ce document est transmis à l'attention des premiers présidents de Cour d'Appel et des présidents des Tribunaux de grande instance, qui ont ensuite la charge de le diffuser aux procureurs et aux magistrats du siège.

Au-delà de cette dimension formelle, l'apprentissage prend surtout une forme plus concrète à travers le traitement ou l'envoi d'une demande d'extradition *via* la nouvelle procédure. De nombreux magistrats ont ainsi souligné l'importance de l'expérience pratique : « *C'est le terrain qui nous permet de connaître les règles et de les utiliser de façon efficace*⁵⁹² ». Dès lors, à partir des témoignages concernant ces expériences, deux types d'effets sont, de manière classique, valorisés. D'une part, ceux qui entraînent une complexité et, d'autre part, ceux qui, à l'inverse, permettent une plus grande fluidité du système d'extradition et l'accélération des délais de traitement et d'exécution.

Concernant les difficultés, il semble que sur les questions d'ordre formel, la nouvelle procédure n'ait pas réglé tous les problèmes liés à l'hétérogénéité du système européen de l'entraide en matière d'extradition.

La familiarisation des magistrats avec le nouveau dispositif apparaît difficile en raison notamment des transpositions nationales qui, du fait de l'introduction de nombreuses conditions spéciales, obligent les magistrats à se renseigner précisément en amont afin de ne pas voir leur demande rejetée. Finalement, les connaissances nécessaires pour établir une demande d'extradition doivent toujours être aussi spécifiques en raison des différences introduites par les lois nationales de transposition. Les délais autorisés entre l'arrestation d'une personne et l'envoi du mandat d'arrêt européen peuvent ainsi être extrêmement différents en fonction des pays (tableau 5). Une mauvaise connaissance des délais décrétés, par exemple par

⁵⁹⁰ Pour une analyse des effets de la construction européenne sur les polices nationales et leurs organisations : R. Lévy, D. Montjardet, « Approche comparée des polices en Europe », *Cultures & Conflits*, n° 48, 2002, pp. 5-14.

⁵⁹¹ Circulaire du 11 mars 2004, Direction des affaires criminelles et des grâces, ministère français de la Justice, CRIM-04-2/CAB-11.03.2004.

⁵⁹² Entretien réalisé avec un magistrat français travaillant dans la coopération judiciaire, mars 2004.

les autorités britanniques ou polonaises peut, du fait de leur durée très courte, compliquer fortement la demande d'extradition.

Certaines difficultés déjà présentes dans l'ancien régime persistent, également, en raison de l'aspect formel préétabli du mandat d'arrêt européen. D'ordre pratique, celles-ci se concentrent sur les traductions ou l'utilisation de formulaires divergents.

La question de la traduction a souvent été évoquée comme l'un des premiers obstacles. Dans un dispositif aussi cadré que celui du formulaire du mandat d'arrêt européen, la traduction de certains termes peut s'avérer extrêmement importante eu égard aux conséquences juridiques qu'une mauvaise interprétation peut entraîner. La qualification des faits est sur ce point particulièrement sensible puisqu'une mauvaise traduction de la liste peut être à l'origine d'un contrôle supplémentaire voire d'un échec de la procédure.

La mise en application très rapide du *EAW* n'a pas permis de construire un lexique européen de traduction uniforme. Le fait que certains pays exigent un nombre restreint de langues dans l'utilisation du formulaire, n'est pas pour simplifier les choses (tableau 6). Enfin, toujours sur ce registre, les nouvelles langues introduites dans l'Union européenne depuis son élargissement constituent une nouveauté supplémentaire difficilement gérable selon les praticiens rencontrés. Dans ces conditions, les contacts directs, pourtant prévus par le dispositif européen, ne semblent pas encore véritablement factuels : « *La difficulté principale aujourd'hui, c'est la traduction qui n'est pas très au point. Donc, en fait, on passe par les services spécialisés qui ont encore toute leur valeur*⁵⁹³ ».

Par ailleurs, l'utilisation de mandats types assez différents, pose des problèmes de forme mais aussi de fond quant à la validité de la demande transmise. Au-delà du Royaume-Uni et de Malte qui ont refusé de valider ce formulaire préétabli, certaines autorités utilisent des mandats types divergents malgré l'exemple fourni dans la décision-cadre. Cette hétérogénéité pose des problèmes dans les procédures de transmission, puisque en fonction du mandat certains éléments de la procédure, envoyés par l'Etat requérant, ne correspondent pas aux obligations formelles établies par l'Etat requis. Dans les premiers mois, il semble ainsi que la plupart des mandats d'arrêt européens transmis étaient en contradiction avec au moins une des dispositions de forme contenues dans la décision-cadre et/ou dans les législations internes : « *Il y a les problèmes de traduction, puis ceux d'écriture avec des mandats remplis à la main et illisibles alors qu'ils doivent être dactylographiés. Ensuite, il y a la manière dont les différentes cases sont remplies. On a des fois des oublis importants, des mandats dans lesquels aucune des incriminations de la liste des 32 n'a été cochée*⁵⁹⁴ ».

Quelques mandats ont ainsi été refusés ou plus exactement renvoyés en raison de ces mauvaises conditions de forme. En fonction du type d'erreurs commises, des formulaires ont tout de même été enregistrés, ce qui par la suite a pu poser des problèmes en cas de recours devant une autorité juridique. En effet, malgré leur enregistrement, certaines demandes d'extraditions vont, dans un second temps, devoir faire face à des procédures d'annulation en raison du non-respect des règles formelles. Dans certains cas, il semble que ce type de refus dépende des autorités nationales et du type de relations bilatérales qu'elles entretiennent.

Enfin, à l'instar des logiques soulignées dans l'analyse de l'unité Eurojust, les relations non plus personnelles mais diplomatiques et judiciaires que les Etats entretiennent, sont importantes à prendre en compte dans la manière dont chaque autorité judiciaire gère concrètement les demandes d'extradition. Cette dimension fondamentale dans l'ancien régime d'extradition, en particulier du fait de sa forte dimension politique, continue à être importante.

⁵⁹³ Entretien réalisé avec un membre du SAEI de la Chancellerie française, mai 2004.

⁵⁹⁴ Entretien réalisé avec un membre du SCCOPOL (France), févr. 2004.

Des relations diplomatiques distantes entre certains Etats membres peuvent encore peser sur la manière dont les autorités judiciaires vont coopérer en matière d'extradition, en particulier sur des sujets ou des affaires considérées sensibles. Dans ce contexte, les transpositions nationales sont régulièrement évoquées pour justifier ce type de méfiance : « *De notre côté, on réussit à judiciariser et à mettre les autorités politiques un peu à l'écart, et puis, à l'inverse, d'autre pays, de leurs côtés, réaffirment l'importance du politique. On ne peut pas être satisfait. Selon moi, c'est un vrai problème pour des affaires judiciaires sensibles, cela empêche une véritable confiance entre nous*⁵⁹⁵ ».

Les conditions et/ou restrictions apportées au dispositif lors de sa transposition dans les législations nationales sont souvent perçues comme des moyens pour certaines autorités nationales de contourner les obligations induites par la nouvelle procédure. De nombreux témoignages évoquent sur ce sujet le cas du gouvernement italien et luxembourgeois qui, en retardant la date d'entrée en vigueur et/ou le champ d'application du *EAW*, désiraient ne pas mettre en danger certains intérêts économiques susceptibles d'être inquiétés par des enquêtes judiciaires étrangères.

Les nombreux témoignages recueillis qui abordent cette question de la « confiance », sous entendent généralement la problématique de la reconnaissance mutuelle en matière pénale. Ce principe qui se trouve au cœur du nouveau régime d'extradition européen connaît des usages contradictoires avec les dispositions contenues dans la décision-cadre.

Pour certains magistrats, une partie des demandes d'extradition reste encore « délicate » eu égard à leur vision du système pénal de l'Etat demandeur. Dans ces conditions, la question de la reconnaissance mutuelle doit faire face à des *a priori* importants. En fonction des pays, les demandes sont ainsi traitées avec plus ou moins de velléité ou de précisions malgré les dispositions de la décision-cadre européenne qui ont pour objectif de limiter ce type de pratiques. La dimension automatique du *EAW* via le principe de reconnaissance mutuelle se heurte, donc, à ces questions de « confiance ». D'ailleurs, comme nous le verrons, les critiques des cours nationales envers le nouveau dispositif d'extradition européen s'inscrivent pour certaines dans cette approche.

Parallèlement à ces effets qui selon une partie des praticiens n'ont pas apporté de changements profonds au régime global de l'extradition, d'autres résultats en revanche vont être largement évoqués afin de justifier et légitimer la nouvelle procédure mise en place depuis 2004.

S'agissant des effets qualifiés de « positifs » par les acteurs (Parlement européen, Commission européenne, autorités judiciaires et politiques nationales), ceux-ci se situent essentiellement sur le plan des délais de transmission et d'exécution. S'appuyant sur les premiers chiffres officiels, ces différents acteurs constatent que l'application du mandat d'arrêt européen a permis une plus grande efficacité en termes de temps en comparaison des anciens mécanismes d'extradition.

Les chiffres précis pour l'ensemble des pays de l'Union européenne sur l'utilisation du *EAW* se sont accumulés depuis 2004 mais leur harmonisation et donc leur exploitation reste délicate. En effet, toutes ces statistiques sont dépendantes du bon vouloir des autorités nationales et de leurs instruments nationaux de recensement, aucun outil statistique commun aux Etats membres n'a été mis en place. Cette situation aboutit parfois à des décalages dans

⁵⁹⁵ Entretien réalisé avec un membre du SAEI de la Chancellerie française, mai 2004.

les chiffres en fonction des sources, voire à l'absence d'informations selon les pays (par exemple Belgique et Italie)⁵⁹⁶.

Tableau 6 : Durée Moyenne des procédures de remises

Source : Commission européenne.

Affaires où la personne a consenti à la remise (délai entre l'arrestation et la décision de remise de la personne recherchée) (délai moyen)

Avant 2004 : 9 mois

2004 : 15 jours

2005 : 14,7 jours

2006 : 14,2 jours

2007 : 17,1 jours

2008 : 16,5 jours

2009 : 16 jours.

Affaires où la personne n'a pas consenti à la remise (délai entre l'arrestation et la décision de remise de la personne recherchée)

Avant 2004 : 9 mois

2004 : 45 jours

2005 : 47,2 jours

2006 : 51 jours

2007 : 42,8 jours

2008 : 51,7 jours

⁵⁹⁶ Pour une présentation précise de ces statistiques, voir pour les sources les plus récentes : Presidency to COREPER/Council, Final report on the fourth round table of mutual evaluations – The practical application of the EAW and corresponding surrender procedures between Member States, 8302/3/09 REV 3, Bruxelles, publié le 26 mai 2009 ; General Secretariat, Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2008, 9734/1/09 REV 1, Bruxelles publié le 22 juillet 2009 ; Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, (COM 2011) 75 Final, Bruxelles, publié le 14 avr. 2011.

Ces statistiques permettent de constater une réduction importante des délais d'extradition depuis la mise en place du nouveau dispositif d'extradition. Cette accélération de la procédure est alors valorisée comme un « succès » permettant un meilleur respect des droits fondamentaux en termes de délais de jugement. Néanmoins, malgré cette dimension souvent mise en avant, de nombreuses cours nationales vont tout de même remettre en cause le *EAW* sur cette problématique des Droits fondamentaux, comme nous le verrons par la suite.

Une autre question concernant les délais est de savoir dans quelle mesure leur raccourcissement va de pair avec une multiplication des demandes ou un accroissement des extraditions exécutées. Dans un document de travail publié pour une formation professionnelle à l'École Nationale de la Magistrature, le ministère français de la Justice fournit des chiffres relatifs au nombre de *EAW* transmis et émis par les autorités nationales.

Tableau 7 : Nombre de personnes remises aux autorités nationales, et par ces mêmes autorités *via* le mandat d'arrêt européen au 10 novembre 2004.

Source : Ministère français de la Justice.

	Personnes remises aux autorités nationales	Personnes remises par les autorités nationales	Total
Autriche	2	3	5
Allemagne	15	17	32
Belgique	28	58	86
Chypre	0	0	0
Danemark	0	0	0
Espagne	63	60	123
Estonie	0	0	0
Finlande	0	1	1
France	118	164	282
Grèce	0	0	0
Hongrie	0	1	1
Irlande	1	0	1
Italie	0	0	0
Lettonie	0	0	0
Lituanie	0	3	3
Luxembourg	0	1	1
Malte	0	0	0
Pays-Bas	7	9	16
Pologne	2	1	3
Portugal	5	8	13
Royaume-Uni	2	1	3
Slovaquie	0	0	0
Slovénie	0	0	0
Suède	0	1	1
Total			57 ¹

À partir de ces données, il apparaît clairement que la mise en application de la nouvelle procédure européenne a conduit à une augmentation du nombre d'exécution des demandes d'extradition, en particulier en cas de consentement de la personne. Cet accroissement doit, sans doute, se comprendre par la réduction des délais d'exécution et par la possibilité offerte à l'extradition des nationaux.

Enfin, toujours concernant les effets pratiques du *EAW*, une dernière dimension est intéressante à prendre en compte pour notre travail plus spécifique sur la lutte contre le terrorisme. Elle concerne le type d'infraction pour lequel l'extradition est demandée et/ou exécutée. Lors de l'adoption politique du mandat d'arrêt européen, l'objectif principalement revendiqué du nouveau dispositif résidait dans le renforcement de la lutte anti-terroriste. De ce point de vue, il semble qu'il y ait un décalage entre l'affichage politique, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, et les usages quotidiens du *EAW*.

Dès l'année 2004, et selon les informations fournies par le ministère français de la Justice, l'Espagne est le pays qui a le plus souvent employé le mandat d'arrêt européen dans le cadre des procédures antiterroristes. Les demandes d'extradition (émises et reçues) concernant ce type de contentieux sont fortement dominantes, aux côtés de celles relatives à l'infraction de « *trafic illicite de stupéfiants et substances psychotropes* ». Cette utilisation espagnole dans le domaine de l'anti-terrorisme ne signifie pas, cependant, que le mandat d'arrêt européen a eu pour effet de multiplier les procédures d'extradition en la matière. L'Espagne, et à une moindre mesure la France, sont des exceptions. En effet, au regard de ces premières statistiques, ainsi que des témoignages recueillis, il semble que le *EAW* est largement plus utilisé dans des infractions criminelles « classiques » que dans le cas du terrorisme. Les infractions de « *trafic illicite de stupéfiants et substances psychotropes* », de « *vols commis en bande organisée ou avec arme* », d'« *homicide volontaire, coups et blessures graves* » apparaissent, sur l'ensemble des pays, comme les catégories les plus représentées⁵⁹⁷.

Le peu d'extraditions constatées pour crime de terrorisme dans l'ensemble des pays de l'Union européenne, doit se comprendre, en premier lieu, par la moindre importance quantitative de ce type de contentieux spécifiques. Il est, toutefois, possible d'affirmer, qu'à l'inverse du discours politique qui avait prévalu lors de l'adoption du *EAW*, l'utilisation et l'application de ce nouveau dispositif ne correspond pas à une simplification automatique de toutes les extraditions dans des affaires de terrorisme. Ainsi, si l'on se concentre sur les deux premières demandes espagnoles *via* le *EAW* concernant des personnes soupçonnées de terrorisme, il est intéressant de constater que ces deux demandes ont été refusées respectivement par le parquet fédéral de Belgique et la Cour d'appel de Pau.

Dans le cas français, un mandat d'arrêt européen avait été lancé par le juge Baltazar Garzón contre trois ressortissants français coupables selon lui d'avoir participé activement à l'organisation Sergi, proche du parti indépendantiste Batasuna, illégale en Espagne depuis 2002. Pour justifier son refus, la cour d'appel de Pau a fait valoir que les faits incriminés avaient eu lieu pour l'essentiel sur le territoire français. Or, pour cette dernière, selon la loi Perben II portant application du mandat d'arrêt européen, une cour d'appel peut et doit refuser l'application du dispositif sur le sol français, s'il est établi qu'un mandat d'arrêt européen est émis dans le but de poursuivre en raison du sexe, de l'origine ethnique, de l'opinion politique, de la langue et de l'orientation sexuelle. Fondés sur le motif de refus relatif au lieu de l'infraction, ces trois rejets seront suivis de nouvelles demandes de la part des autorités espagnoles.

Concernant l'affaire belge, le jugement des autorités judiciaires ne marque pas un véritable rejet de la demande d'extradition, mais une mise entre parenthèse. Comme nous le verrons par la suite, la cour d'arbitrage belge, qui fait office de cour constitutionnelle, décide de saisir la CJCE par la voie d'une demande préjudicielle concernant l'interprétation du nouveau dispositif. Enfin, c'est également sur le terrain de l'anti-terrorisme que la cour constitutionnelle allemande interviendra en défaveur du *EAW*.

Les problèmes de coopération en matière anti-terroriste dans le domaine de l'extradition vont entraîner, pour d'autres pays, une remise en cause générale ou partielle du cadre légal de la nouvelle norme européenne. De manière plus générale, la réalité pratique de cette procédure et sa rapide concrétisation dépend essentiellement de la décision de la personne concernée d'accepter ou bien de refuser l'extradition. Dans le cas où la personne concernée ne

⁵⁹⁷ La grande hétérogénéité des sources statistiques ne permettant pas de construire un tableau récapitulatif général, une telle observation se fonde sur un recoupement des différentes statistiques nationales et communautaires mais également à partir des témoignages recueillis auprès de magistrats travaillant sur ces dossiers.

consent pas à l'extradition, s'enclenche une procédure auprès des juridictions nationales qui doivent valider ou invalider la demande. Certains de ces refus vont alors être à l'origine de décisions qui entraîneront une remise en cause juridique du *EAW* et de ses transpositions dès 2005.

B- Vers une jurisprudence européenne en matière d'extradition ?

Durant les premiers mois de sa mise en application, un certain nombre des personnes concernées par le *EAW* ont refusé son exécution et réclamé son annulation. Dans un grand nombre d'affaires, ces demandes ont été établies par principe sans fondement juridique précis. Les jugements prononcés n'ont alors pas abouti à des remises en cause de la procédure et n'ont ainsi eu comme conséquence qu'un allongement du temps de l'extradition dû à la procédure d'appel.

Dans d'autres cas, en revanche, les recours en annulation se sont appuyés sur certains points de la nouvelle procédure d'extradition, entraînant alors les différents tribunaux nationaux à se prononcer sur les principes juridiques du dispositif et sur leur adéquation avec l'ordre judiciaire national. Une partie des autorités judiciaires nationales, que nous continuons d'appeler de manière générique « *cours nationales* » en raison des nombreuses différences qui existent entre les pays de l'Union européenne, va se montrer critique envers la nouvelle procédure notamment à travers une remise en cause de ses transpositions nationales⁵⁹⁸.

Sous la pression de l'environnement politique de l'époque, les questions d'ordre constitutionnel ont certes été évoquées mais sans qu'elles ne soient véritablement considérées dans leur dimension pratique, à l'exception de l'Autriche avec l'exclusion de l'extradition des nationaux jusqu'à la révision de la constitution. En construisant un cadre juridique uniforme dans le domaine de l'extradition, les autorités européennes ont voulu, selon leurs représentants, dépasser les singularités nationales de chaque Etat membre et « *tordre le bras*⁵⁹⁹ » à certaines instances judiciaires considérées comme réfractaires à toute évolution du cadre légal.

Dans le cas de la France, c'est le pouvoir administratif qui se prononce, en premier, sur le fond de la nouvelle procédure. Le Conseil d'Etat français estime, dans un avis rendu le 26 septembre 2002⁶⁰⁰, que la possibilité de refuser l'extradition pour des raisons politiques n'est pas suffisamment affirmée dans la décision-cadre européenne, ce qui met celle-ci en contradiction avec les principes constitutionnels français. S'appuyant sur une jurisprudence française fortement établie, l'instance administrative évoque le fait que l'Etat puisse refuser l'extradition lorsqu'elle est demandée dans un but politique et que cette obligation constitue une règle fondamentale reconnue comme un principe de valeur constitutionnelle.

Or, selon la cour administrative, si cette possibilité est reconnue dans l'un des considérants du texte européen, la nature politique des infractions ne figure pas suffisamment clairement dans les motifs de non-exécution obligatoires ou facultatifs du mandat d'arrêt européen. A partir de cet avis, le Conseil d'Etat demande une révision de la constitution française afin d'autoriser la transposition concrète de la décision-cadre en droit français.

Cette révision constitutionnelle va donner lieu à des prises de position critiques de la part des représentants du pouvoir législatif français. Après avoir critiqué le fait qu'aucune des

⁵⁹⁸ Pour une analyse précise et complète de ces processus de transposition, V. E. Guild (sous la dir.), *op. cit.*, *Constitutional challenges of the European Arrest Warrant*, Nijmegen, Wolf, 2006.

⁵⁹⁹ Entretien réalisé avec un fonctionnaire européen membre de la DG JAI, mai 2004.

⁶⁰⁰ Avis du 26 sept. 2002, dans Conseil d'Etat, *Rapport public 2003*, Etudes et documents, n° 54, La documentation française, 2003.

deux assemblées françaises n'avait été associée à la production de la nouvelle norme pénale européenne, certains sénateurs et parlementaires « s'étonnent » également que la cour administrative puisse juger de la constitutionnalité des principes pénaux à la place des parlementaires. Dans le cas français, l'introduction du *EAW* a donc conduit à des changements constitutionnels tels que la possibilité d'extrader des ressortissants français. La Cour de cassation a, de manière générale, en s'appuyant sur ces évolutions préalables, largement confirmé le nouveau dispositif et sa compatibilité avec la législation nationale. Entre mai 2004 et décembre 2005, la Cour de cassation a dû se prononcer sur 82 recours, ce qui représente à peine 2,5 % des demandes d'extraditions traitées, la grande majorité des personnes concernées par un *EAW* acceptant l'extradition. Sur les 75 pourvois effectués au nom des personnes concernées par l'extradition, la Cour de cassation a rejeté la quasi-totalité des demandes de non application du *EAW*⁶⁰¹.

A l'inverse, dans d'autres Etats membres, les jugements des cours nationales ont eu pour conséquence une remise en cause générale ou partielle de la nouvelle procédure d'extradition. Ces critiques se focalisent principalement sur la compatibilité des lois de transposition avec les principes constitutionnels de chaque système national. De par la rapidité des délais d'adoption et de mise en œuvre, il semble que certaines autorités exécutives n'ont pas suffisamment pris en compte la nécessité de mettre en cohérence les normes européennes et nationales.

Dans quatre pays de l'Union européenne, Allemagne, Chypre, Finlande et Pologne, les cours nationales ou autorités compétentes décident, dès 2005, de suspendre la nouvelle procédure d'extradition en raison de son inconstitutionnalité. A des degrés divers, ces décisions imposent aux pouvoirs exécutif et législatif une reformulation des lois de transposition ou de la loi constitutionnelle afin de rendre compatible les deux ensembles juridiques. Les cas les plus emblématiques sont sans doute ceux de la Pologne et de l'Allemagne⁶⁰².

Dans son jugement du 27 avril 2005, la Cour constitutionnelle polonaise déclare inconstitutionnelle la disposition prévue par le *EAW* concernant l'impossibilité de refuser une extradition en raison de la nationalité de la personne concernée. En d'autres termes, la remise d'un ressortissant polonais à un autre pays sans aucun jugement préalable d'une cour nationale rentre, selon l'autorité juridique suprême, en contradiction avec la Constitution de 1997⁶⁰³.

Dès lors, la cour ouvre la possibilité pour tout Polonais, concerné par une demande d'extradition, de se pourvoir en appel devant une juridiction nationale. Une telle voie de recours conduit les juridictions nationales à effectuer un contrôle sur la forme mais aussi sur le fond de chaque demande, remettant en cause la fin du principe de double incrimination et l'introduction de celui de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. En conclusion, la Cour constitutionnelle polonaise repousse alors à 18 mois l'introduction de la nouvelle procédure dans le Code pénal polonais. Durant cette période, l'instance demande au parlement national de modifier la constitution afin de la rendre conforme aux nouvelles dispositions du régime européen de l'extradition. Au-delà de cette période, les juges laissent la

⁶⁰¹ Pour une étude de l'application juridique du mandat d'arrêt européen, V. notamment R. Errera, « The relationship of Extradition Law in International Treaties with the EAW and its Application in France », in E. Guild (sous la dir.), *op. cit.*, 2006, pp. 141-162 ; L. De Gentili-Picard, « La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France », *Semaine juridique*, n° 42, 2004, 168.

⁶⁰² Pour une analyse de l'application du *EAW* en Finlande et à Malte, V. respectivement T. Ojanen, « The European Arrest Warrant in Finland - Taking Fundamental and Human Rights Seriously » in E. Guild (sous la dir.), *op. cit.*, 2006, pp. 89-100 ; E. Stefanou, A. Kapardis, « The First Two Years of Fiddling around with the Implementation of the European Arrest Warrant in Cyprus » in E. Guild (sous la dir.), *op. cit.*, 2006, pp. 75-88.

⁶⁰³ Decision P1/05, Official Journal of Laws of the Republic of Poland - « Dz.U », 2005 Nr. 77, poz. 680.

possibilité d'appliquer tout de même ce dispositif même si sa base légale est encore inconstitutionnelle. L'arrivée au pouvoir d'un nouveau gouvernement en avril 2005 grâce à une majorité composite, et la relégation de la question du *EAW* au second plan de l'agenda politique, n'ont pas encore permis cette révision constitutionnelle, même si actuellement la procédure d'extradition est utilisée.

Comme nous l'avons déjà évoqué, dans le cas de l'Allemagne, la remise en cause juridique du mandat d'arrêt européen s'effectue dans une affaire d'anti-terrorisme, ce qui a sans doute pesé sur les dimensions symbolique et médiatique de cette décision. Durant l'année 2004, le juge anti-terroriste espagnol Baltasar Garzón délivre un *EAW* afin de demander l'extradition de Mamoun Darkazanli soupçonné de « terrorisme ». Celui-ci, détenu en Allemagne depuis octobre 2004 en vue de son extradition vers l'Espagne, bénéficie de la double nationalité syrienne et allemande.

C'est sur la question de sa nationalité allemande et du non-respect des droits fondamentaux, que les avocats de M. Darkazanli décident de saisir la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. L'avis de cette dernière est alors sans appel, puisqu'elle décide que le prévenu doit être libéré et le dispositif du *EAW* suspendu, estimant que la loi d'application du mandat d'arrêt européen ne garantit pas suffisamment le respect des droits fondamentaux d'un ressortissant allemand au regard des dispositions prévues par la Constitution allemande. Selon les motivations de la Cour allemande, cette décision privant d'effet le nouvel instrument d'extradition se fonde sur le fait que la loi allemande de transposition est contraire aux règles de la Constitution nationale⁶⁰⁴.

A l'instar de nombreux pays, la législation allemande interdisait l'extradition de ses nationaux. Dès lors, afin de rendre compatible le plus rapidement possible ce principe avec les dispositions du mandat d'arrêt européen, il a été précisé dans un texte d'application ultérieure que l'extradition est possible vers un Etat membre de l'Union européenne à condition d'être autorisée par une loi qui respecte les droits fondamentaux des citoyens. La Cour de Karlsruhe a alors considéré que les autorités exécutives allemandes n'avaient pas correctement transposé la décision-cadre européenne, en n'offrant pas aux ressortissants allemands une protection suffisante de leurs droits. Précisant ce dernier point, les juges ont reproché à la loi de transposition de ne pas avoir prévu de recours devant un tribunal allemand, et de ne pas avoir utilisé toutes les marges de manœuvre qui lui auraient permis de garantir les droits fondamentaux des ressortissants allemands.

La Cour constitutionnelle allemande, tout en ne remettant pas en cause le mandat d'arrêt européen dans son principe, le rend ainsi inapplicable tant que la loi de transposition n'introduit pas plus de garanties pour les libertés individuelles. Autrement dit, les autorités allemandes ne pourront plus utiliser le mandat d'arrêt européen comme base en vue de l'extradition de ressortissants allemands jusqu'à l'adoption d'une nouvelle loi d'application.

Réagissant à une telle décision, la Commission européenne a fortement souligné que la décision de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe visait, non pas le mandat d'arrêt européen en lui-même, mais la loi allemande de transposition. Suite à cette décision, les cours grecques et espagnoles ont décidé d'annuler l'application du principe de reconnaissance mutuelle avec les autorités judiciaires allemandes, et de rétablir celui de réciprocité. En effet, les instances de ces deux pays ont considéré qu'en invalidant la loi de transposition, l'Allemagne s'était *de facto*

⁶⁰⁴ BVerfG, jugement du 18 juil. 2005 – 2 BvR 2236/04, publié in *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 28, n° 32, août 2005, p. 2289. Pour une analyse juridique de cette décision, V. F. Geyer, « The European Arrest Warrant in Germany – Constitutional Mistrust towards the Concept of Mutual Trust » in E. Guild (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 101-124.

retirée du régime de reconnaissance mutuelle en matière judiciaire qui était applicable depuis le mandat d'arrêt européen. Le risque de contagion a, alors, été fortement évoqué par de nombreux acteurs judiciaires.

Pour la Belgique, le traitement du *EAW* par les cours nationales a été suspendu après qu'une question préjudicielle ait été introduite par la Cour d'arbitrage belge, suite à la requête d'une association flamande d'avocats demandant l'annulation de la loi de transposition nationale. L'association estimait notamment que la suppression du contrôle de la double incrimination était contraire au principe de légalité en matière pénale au sens où elle imposait une exigence de double incrimination pour certains délits et pas pour d'autres.

Dans sa décision du 13 juillet 2005, la Cour d'arbitrage décide de renvoyer son jugement à la réponse de la CJCE concernant la compatibilité entre la suppression du devoir de double incrimination et le principe de légalité en matière pénale⁶⁰⁵. Après deux ans d'attente, la CJCE a finalement répondu dans un arrêt rendu le 3 mai 2007⁶⁰⁶, en confirmant la validité de la décision-cadre européenne et de ses principes. Dans son arrêt, la Cour de Luxembourg réfute l'argument de l'association belge, jugeant que la suppression du contrôle de la double incrimination est conforme au principe de légalité ainsi qu'au principe d'égalité et de non-discrimination.

Parallèlement à cette première requête, l'association flamande avait également fait valoir que le mandat d'arrêt européen aurait dû faire l'objet d'une convention entre les Etats membres et non pas d'une décision-cadre, jugeant cette forme contraire aux règles législatives nationales. Si la CJCE a admis la possibilité d'une telle solution, elle a également affirmé que cette décision revenait à la discrétion du Conseil des ministres européens dans le cas où les conditions de l'adoption apparaissaient, comme en l'espèce, satisfaisantes. À travers ce jugement, les magistrats de Luxembourg ont ainsi validé le processus politique d'adoption du mandat d'arrêt européen.

Les jugements rendus par les tribunaux britanniques constituent un dernier exemple intéressant, de par leur importance quantitative et les interrogations légales et pratiques qu'ils posent. En outre, en raison des nombreuses voies empruntées dans l'interprétation juridique et normative de la nouvelle procédure, ces positionnements juridiques illustrent parfaitement la difficulté de parler, à l'heure actuelle, d'une « *jurisprudence européenne homogène en matière d'extradition* ». Deux dimensions de la nouvelle procédure tendent à focaliser l'essentiel des avis rendus : d'une part, la question des pouvoirs délégués aux cours nationales de l'Etat requis dans leur contrôle juridique du *EAW* et, d'autre part, la problématique relative aux respects des droits fondamentaux⁶⁰⁷.

Concernant la première dimension, les cours britanniques ont largement remis en cause par leurs jugements le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, en affirmant que malgré les dispositions du nouveau régime européen d'extradition, les juridictions saisies ont le pouvoir et la compétence d'examiner sur la forme et sur le fond les infractions commises et décrites dans le *EAW* par les autorités requérantes. Dans l'affaire

⁶⁰⁵ Jugement de la Cour d'arbitrage belge, arrêt 124/2005, 13 juil. 2005.

⁶⁰⁶ CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, aff. C-303/05, Rec. p. I-3633.

⁶⁰⁷ Pour une étude précise des différents jugements rendus par les cours britanniques concernant l'application du mandat d'arrêt européen, V. notamment M. Martin, « Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté et sécurité », *Cultures & Conflits*, n° 62, 2006, pp. 63-78.

*Office of the King's Prosecutor Brussels v. Cando Armas*⁶⁰⁸ le représentant de la Chambre des Lords a ainsi estimé que les juges britanniques étaient tenus de s'assurer que les délits exposés dans le formulaire du *EAW* étaient bien conformes aux règles introduites par la loi de transposition britannique dans son application du mandat d'arrêt européen.

Si cette orientation jurisprudentielle qui confirme le pouvoir de contrôle des juridictions de l'Etat requis est affirmée dans certaines affaires, d'autres jugements vont, en revanche, s'inscrire dans une logique relativement contradictoire. Ainsi, certaines Cours irlandaises estiment, pour leur part, que les juridictions nationales des Etats requis doivent s'abstenir de statuer sur la validité des demandes d'extradition à moins que celles-ci ne respectent pas les droits fondamentaux et constitutionnels.

Enfin, toujours concernant la question du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, un autre jugement d'une Cour britannique apparaît intéressant. Comme nous l'avions souligné précédemment, la nomination des autorités nationales chargées de gérer les transmissions du *EAW* est laissée à la discrétion des autorités centrales de chaque pays. Certains Etats ont ainsi nommé des représentants des autorités judiciaires, alors que d'autres ont préféré désigner une instance administrative ou bien policière, notamment en raison de leur organisation interne.

Dans l'affaire *Enander v Governor of HMP Brixton and the Swedish National Police Board*⁶⁰⁹, la juridiction anglaise saisie a refusé d'exécuter l'extradition demandée par la Suède en raison du choix suédois de nommer le Conseil de la Police, c'est-à-dire les autorités policières, comme autorité compétente dans la transmission du *EAW*. Une telle décision va alors à l'encontre du texte européen qui ne prévoyait pas une définition fermée du terme d'autorité judiciaire afin de prendre en compte la singularité de chaque système judiciaire. À travers un tel avis, on retrouve la question évoquée précédemment de la « confiance » entre les différentes autorités judiciaires européennes quant à leurs organisations et approches nationales des procédures pénales.

La contradiction entre les décisions en fonction des affaires se prolonge, de plus, sur l'autre dimension importante des jugements rendus par les cours britanniques, à savoir le respect des droits fondamentaux. Si la décision-cadre du *EAW* ne contient pas expressément de dispositions permettant le refus d'exécution d'un mandat d'extradition pour non-respect des droits fondamentaux, les cours britanniques vont, à l'instar de la Cour allemande, donné un effet juridique à certaines clauses de ce type en stipulant expressément des motifs permettant le refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen pour non-respect des Droits de l'Homme. Cependant comme le démontre Maik Martin dans son analyse de cette jurisprudence, les jugements rendus se caractérisent encore une fois par leur hétérogénéité.

Ainsi, plusieurs jugements ont suivi le précédent établi par la chambre des Lords dans le cas de l'affaire *R (on the application of Ullah) v Special Adjudicator*⁶¹⁰. Dans cette décision, l'instance estime que la référence à la Convention européenne des droits de l'Homme ne peut être invoquée que s'il est possible de démontrer clairement que les droits en question ont été bafoués et non respectés dans l'enquête menée par l'Etat demandeur. A l'inverse, d'autres cours ont reconnu leur compétence pour juger de la conformité vis-à-vis de la CEDH et des réparations en cas de non-respect de cette convention par les autorités de l'Etat requérant.

⁶⁰⁸ Lord Hope of Craighead, *Office of the King's Prosecutor Brussels v Cando Armas & ors*, House of Lords 67, (2005) 1 WLR 1389, (2005) 2 All ER 181 § 23. Affaire citée dans M. Martin, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 70.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 73.

Ces avis posent alors le principe, en contradiction avec celui formulé par la Chambre des Lords, de la non-automaticité de la reconnaissance judiciaire du fait de l'adhésion du pays requérant à la CEDH. Dans ce contexte, la question du refus de la reconnaissance et de l'exécution d'un *EAW* en raison du non-respect constaté ou présumé des dispositions de la CEDH fait l'objet d'interprétation diverses, ce qui ne permet pas d'assurer la stabilité nécessaire à la procédure d'extradition sur une dimension pourtant essentielle. Les dynamiques sociales et politiques qui ont structuré la production générale de cette norme pénale européenne constituent des facteurs explicatifs cruciaux de cette incertitude juridique.

Sans avoir pu réellement interroger les liens qui existent entre les différents avis des cours nationales, il est essentiel de noter que certaines juridictions n'ont pas hésité à se citer respectivement dans leurs décisions. S'il est encore trop tôt pour effectuer une analyse d'ensemble des échanges juridiques entre les autorités judiciaires nationales, les hypothèses formulées concernant le droit européen et l'importance, dans sa construction, des « *dialogues* » entre juridictions⁶¹¹, pourront à plus long terme représenter des pistes de recherche intéressantes.

Toutefois, et malgré la grande hétérogénéité des jugements nationaux, il est tout de même possible de définir les éléments communs qui semblent structurer les jurisprudences des cours nationales. Ces éléments communs, déjà cités dans le cas des tribunaux britanniques, concernent : les pouvoirs dévolus aux autorités nationales dans le contrôle de légalité des demandes étrangères en matière pénale et le respect des droits fondamentaux de la personne concernée.

L'analyse de la mise en œuvre du *EAW* est donc essentielle pour comprendre la réalité juridique de cette nouvelle procédure d'extradition. De manière classique, la décision-cadre européenne connaît une reformulation lors de sa mise en application, à travers une double retraduction qui commence par l'intervention des autorités exécutives et législatives durant la transposition législative, et qui se poursuit lors de l'utilisation quotidienne de la nouvelle procédure par les autorités judiciaires nationales. À l'instar de ce que nous avons démontré dans le cas de l'unité Eurojust, cette retraduction se situe aussi bien sur le plan formel que juridique et nous montre ainsi l'importance de considérer dans sa globalité le processus d'européanisation *via* les mécanismes d'ajustements stratégiques, normatifs et institutionnels qui interviennent après la production de la décision européenne.

Concernant les effets pratiques, l'accélération et la multiplication des extraditions montrent une certaine efficacité du nouveau dispositif. Toutefois, en dépit des avancées importantes en matière de respect des délais de jugements, la nouvelle procédure semble connaître certaines limites en ce qui concerne la reconnaissance et le respect des droits de la personne arrêté et/ou accusée⁶¹². Dès lors, les logiques dominantes lors de la négociation politique du *EAW* constituent des facteurs explicatifs importants. En effet, la mise à l'écart de cette problématique, à travers notamment la non prise en compte des propositions de la

⁶¹¹ V. la section II de l'introduction. Sur cette problématique : K. Alter, « The European Court's Political Power », *European Yearbook of Comparative Government and Public Administration*, vol. 3, 1996, pp. 241-246 ; A. Stone Sweet, J. Caporoso, « La Cour de justice et l'intégration européenne », *Revue française de science politique*, vol. 48, 1998, pp. 194-244 ; A.-M. Burley, W. Mattli, « Europe before the Court : a political theory of legal integration », *International Organization*, n° 47, hiver 1993, pp. 41-76.

⁶¹² V. le Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *op. cit.*, publié le 14 avr. 20011, p. 1.

Commission européenne, a obligé les juridictions nationales à construire d'elles-mêmes, et sans cadre général, leurs jurisprudences en la matière.

Antoine Mégie

Désigner et Geler : les listes noires de l'Union européenne

Dans le sillage des événements de septembre 2001, le décentrage de la lutte contre l'« *argent sale* » vers le financement du terrorisme s'est d'abord concrétisé par une nouvelle impulsion donnée à l'utilisation des sanctions ciblées et ainsi par un recours massif aux « *listes noires* ». Certains Etats et instances supranationales ont publié leurs propres listes nominales, et l'usage de celles qui existaient d'ores et déjà avant 2001 a été considérablement renforcé.

Au-delà des préoccupations nationales et internationales ainsi que des attentes dissuasives, la place accordée à ce moment-là aux listes noires dans les stratégies anti-terroristes s'explique en partie par leur dimension symbolique. Au lendemain du 11 septembre 2001, les professionnels de la politique et de la sécurité ont en effet considéré ces listes comme des instruments permettant de rendre rapidement visible des actions concrètes aux résultats quantifiables via le nombre de désignations et surtout le volume de fonds gelés.

Par ailleurs, si l'approche « *désigner et geler* » a été promptement mobilisée dans le but d'afficher une réponse politique au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, elle a également été orientée vers une logique fondamentalement proactive. D'une mesure essentiellement politique destinée à faire pression sur des autorités ou des dirigeants étatiques réfractaires, l'« *arme économique* » a été progressivement repensée en mesure préventive d'urgence contre le « *terrorisme international* ». Nonobstant la présence d'une ambition dissuasive, le recours aux mécanismes administratifs de désignation et de gel s'inscrit indéniablement dans une forme proactive de prévention dont la rationalité est d'agir avant que le suspect ne puisse agir afin d'anticiper la survenue d'un événement potentiellement catastrophique.

Trouvant leur raison d'être dans le contournement des procédures pénales « *normales* », ces pratiques de « *blacklisting* », émanant du pouvoir exécutif sur la base de renseignements classifiés, visent moins à juger et faire la preuve d'une culpabilité qu'à mettre en incapacité. Justifiées au nom d'un danger imminent, ces décisions politico-administratives permettent notamment aux représentants politiques et à leurs services de sécurité de pallier aux insuffisances de preuves recevables devant un tribunal afin de surveiller et bloquer ceux qui n'auraient pu être condamnés. Transposant les décisions actées au sein du Conseil de sécurité des Nations Unies, la liste externe de l'Union européenne éclaire à merveille cette situation dans laquelle le caractère administratif, préventif et supposé provisoire des sanctions ciblées constitue le levier actionné pour placer ces dernières hors de portée d'un examen judiciaire.

L'imposition de la logique de prévention dans sa forme proactive a donné lieu à des confrontations extrêmement vives à l'égard des listes noires. Les stratégies d'évitement du pénal et du judiciaire par le préventif politico-administratif conféré à l'approche « *désigner et geler* » ont suscité une tension fondamentale entre sécurité et justice. A travers les arrêts rendus par les juges européens et les prises de position de multiples acteurs critiques, la relation entre sécurité, justice et liberté a été et continue d'être âprement discutée. La volonté de prévention a en effet justifié des désignations exécutives contestées par les premiers intéressés et surtout sanctionnées par des décisions de justice pour atteinte aux droits fondamentaux.

A la lumière de cas emblématiques, d'aucuns ont parlé de « *bataille homérique* » qui *in fine* a opposé la logique sécurité/renseignement/administratif/préventif à la logique justice/judiciaire/pénal/enquête criminelle passée. La lutte à distance entre les officiels des Etats-membres du Conseil de l'Union européenne et indirectement du Conseil de sécurité de l'ONU d'un côté, et les juges de la Cour européenne de justice de l'autre, a particulièrement bien montré l'importance des dissensions voire le degré d'incompatibilité entre ces deux logiques ; l'une ayant tout bonnement pour raison d'être de contourner l'autre.

I- Affichage politique et pratique proactive

S'appuyant sur l'action publique initiée sous l'administration Clinton, la promulgation aux Etats-Unis du décret présidentiel 13224, le 23 septembre 2001, a par exemple représenté la mesure la plus visible dans l'immédiat après 11 septembre, donnant corps à la rhétorique américaine de « *guerre contre le terrorisme* ». 27 individus et organisations – présumés liés, directement ou indirectement, aux activités d'Al-Qaida et de groupes associés – ont été listés sous la qualification de *specially designated global terrorists* et leurs avoirs ont été gelés.

D'abord complétée toutes les quatre semaines, cette liste sera, dès la fin de l'année 2001, composée de 158 entités. Dans le même temps, sous la pression des Etats-Unis, ces désignations nationales vont être « *multilatéralisées* » sous l'égide de l'ONU en étant pour la plupart ajoutées à la liste onusienne déjà existante, donnant ainsi une « *validité universelle* » aux sanctions américaines⁶¹³. Liste déjà existante depuis que les membres du Conseil de sécurité des Nations Unies eurent adopté en 1999 la résolution 1267 - concernant les Taliban puis Al-Qaida et les entités qui leur sont associées - et mis sur pieds le « *comité 1267* ».

Le rôle de ce dernier, composé des 15 délégations représentées au Conseil et alors chargé de superviser l'application des résolutions 1267 et 1333 en désignant officiellement les personnes et organisations soumises à ce programme de sanctions financières, va prendre une nouvelle dimension. Désormais placé au cœur des activités anti-terroristes, ce régime de sanctions va ainsi être modifié et étendu par une myriade de résolutions ultérieures. Adoptée en janvier 2002, la résolution 1390 est la première d'entre elles après les attentats perpétrés aux Etats-Unis et elle marque indéniablement un tournant autant qu'elle vient parfaire une transformation ébauchée quelques années auparavant dans les pratiques onusiennes⁶¹⁴.

Le caractère inédit de cette décision réside dans le fait qu'elle a été pensée comme un type de sanctions sans référent géographique. En effet, là où ses prédécesseurs établissaient inévitablement un lien entre les cibles des mesures restrictives et un territoire ou un Etat particulier (l'Afghanistan avec la résolution 1267), ce pré-requis a désormais disparu⁶¹⁵. Autrement dit, si elle n'est pas la première résolution visant des acteurs non-étatiques⁶¹⁶, elle s'affirme en revanche comme la seule renvoyant à une forme de sanction déterritorialisée s'appliquant à des groupes et des individus où qu'ils se trouvent. La déconnection alors opérée laisse place à un régime véritablement global de sanctions ciblées, disposant d'une portée sans précédent et visant un nombre allant croissant d'individualités suspectées de soutenir ou d'appartenir à Al-Qaida.

⁶¹³ I. Cameron, « Protecting Legal Rights : On the (in) security of targeted sanctions » in P. Wallenstein, C. Staibano (sous la dir.), *International Sanctions : between Words and Wars in the Global System*, Frank Cass, 2005, New York, p. 194.

⁶¹⁴ Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1390*, New York, S/RES/1390, 16 janv. 2002.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ D. Cortright, G. Lopez, *Smart Sanctions : Targeted Economic Statecraft*, Rowman & Littlefield, 2002, Lanham, 250 p.

En outre, c'est la logique et la finalité même du programme de sanctions qui sont modifiées, achevant ici une mutation en partie entamée avec la résolution 1333 prise par le Conseil de sécurité en 2000. Tel qu'initié en 1999 avec la mise en place du comité 1267, le programme s'inscrivait dans la ligne traditionnelle des sanctions onusiennes en ce qu'il renvoyait avant tout à un instrument politique ayant pour but de faire pression sur un gouvernement ou des élites politiques d'un territoire donné. Rappelons que l'objectif premier était alors d'amener les Taliban - au pouvoir en Afghanistan - à répondre favorablement aux demandes américaines d'extradition d'Oussama ben Laden. De cet usage somme toute classique de l'« *arme économique* »⁶¹⁷, le Conseil de sécurité va pourtant en dévier, d'abord un peu avec la résolution 1333 puis beaucoup avec celle de janvier 2002, pour faire de cet instrument politique une mesure préventive d'urgence contre les « *réseaux terroristes internationaux* ».

Les acteurs institutionnels européens ne s'y sont d'ailleurs pas trompés en évoquant plus tard la « *transition* » qui s'est effectuée entre l'application « *des mesures de gel de fonds comme une mesure politique contre des gouvernements ou des personnes qui leur sont liées (l'objectif initial de la plupart des régimes onusiens et européens de sanction avant le 11 septembre 2001) et le gel comme mesure préventive, ciblant des individus et des groupes terroristes* »⁶¹⁸.

Cette transition a directement concerné l'Union européenne puisque ce changement aussi bien quantitatif que qualitatif dans le recours aux listes noires a été introduit dans l'espace européen. Le 27 mai 2002, les membres du Conseil ont adopté une position commune, dans le cadre de la PESC, destinée à appliquer les sanctions contre Al-Qaida telles qu'adaptées par la résolution 1390⁶¹⁹.

Le même jour, cette décision du Conseil est transposée dans le droit communautaire par le règlement n° 881/2002⁶²⁰, intégrant par là-même la liste onusienne et contraignant les 15 Etats membres de l'époque à rendre effectifs le gel des avoirs financiers et les interdictions de voyager. Ce copier-coller communautaire des éléments inscrits par le comité 1267 vient compléter l'arsenal de l'Union européenne qui dispose en sus, depuis décembre 2001, de sa propre liste de terroristes en se prévalant déjà d'une autre décision fondamentale du Conseil de sécurité, la résolution 1373⁶²¹.

Adoptée 15 jours après les événements du 11 septembre 2001, cette résolution revêt une importance capitale à plusieurs égards, tant sur ce qu'elle exige et oblige sous chapitre 7 de la Charte des Nations Unies que sur ce qu'elle nous dit en retour sur le rôle endossé par le

⁶¹⁷ M.-H. Labbé, *L'arme économique dans les relations internationales*, PUF, 1994, 128 p. ; G. Devin, *Sociologie des relations internationales*, Editions La Découverte, 2002, 121 p.

⁶¹⁸ Citation originale : « *The transition from applying asset freezing measures primarily as a political measure against governments or persons linked to them (the original aim of most UN and EU sanctions regimes prior to 9/11) to freezing as a preventive measure, targeting terrorist individuals and groups [...]* ». Council, *Note from the Secretary General/High Representative and the Commission to European Council. Subject: The fight against terrorist financing*, 14 Dec. 2004, 16089/04, p. 4.

⁶¹⁹ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2002/402/PESC du 27 mai 2002 concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant les positions communes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC et 2001/771/PESC, JO L 139 du 29 mai 2002, p. 4.

⁶²⁰ Conseil de l'Union européenne, Règlement n° 881/2002/CE du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, et abrogeant le règlement n° 467/2001/CE du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Taliban d'Afghanistan, JO L 139 du 29 mai 2002, p. 9.

⁶²¹ Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1373*. New York, S/RES/1373, 28 sept. 2001.

Conseil de sécurité. Réaffirmant la résolution 1368⁶²² qui, au lendemain des attentats, ouvre la voie juridique à une accentuation de la lutte contre le terrorisme international, le Conseil requiert la criminalisation de tout soutien apporté à des terroristes, le gel des fonds suspects ou encore le partage d'informations opérationnelles⁶²³. Largement consacrée à la facette financière de l'anti-terrorisme, cette résolution 1373 appelle plus généralement les Etats à être parties prenantes à la Convention de 1999 pour la répression du financement du terrorisme. Ainsi, devant le peu d'empressement des Etats membres de l'ONU qui étaient jusqu'alors libres d'adhérer ou non à ce traité international⁶²⁴, la résolution rend en quelque sorte, par son statut contraignant, la ratification de ce dernier obligatoire et non plus optionnelle.

Certains auteurs vont interpréter la portée de cette déclaration comme le signe avant-coureur d'une mutation du Conseil opérée par ses membres et en premier lieu par la représentation américaine. Outrepassant sa fonction de responsable principal du maintien de la paix et de la sécurité internationales, le Conseil se transformerait sans coup férir en une sorte de législateur global en matière de paix et de sécurité générant une nouvelle économie de règles contraignantes⁶²⁵. En ce sens, la résolution 1390 sur les listes vient soutenir l'accroissement des pouvoirs octroyés *de facto* à cet organe exécutif, entérinant ici une redéfinition des usages de l'approche « désigner et geler » porteuse d'un nouveau rapport de l'ONU à l'individu. « Avec l'évolution des sanctions ciblées, nous avons maintenant cette situation extraordinaire dans laquelle le Conseil de sécurité n'a plus affaire à des Etats, il a affaire à des individus et cela c'est vraiment un développement accidentel en raison de ce qui est arrivé en Afghanistan, de l'exposition du régime des Taliban et d'Al-Qaida »⁶²⁶.

Au-delà des débats sur la portée institutionnelle et les enjeux politiques des deux résolutions 1373 et 1390 dans le système onusien, il convient donc de noter qu'au niveau européen la première d'entre elles a été mobilisée pour justifier la création d'une « liste de terroristes » autonome avant la fin de l'année 2001. La séquence politique menant à cette liste proprement européenne débute formellement le 12 septembre avec la déclaration des ministres des affaires étrangères exprimant la solidarité du Conseil de l'Union européenne envers les Etats-Unis et annonçant l'examen de nouvelles mesures anti-terroristes⁶²⁷. A partir de cette date, les propositions et les sessions extraordinaires de différentes formations du Conseil⁶²⁸ vont se succéder à un rythme soutenu jusqu'au 27 décembre de la même année.

⁶²² Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1368*. New York, S/RES/1368, 12 sept. 2001.

⁶²³ Un « comité contre le terrorisme » est également mis sur pieds à l'ONU pour accompagner les Etats membres de l'Organisation dans l'application des mesures édictées dans cette résolution 1373. Sur ce point, V. C. Ward, « The Counter-Terrorism Committee: its relevance for implementing targeted sanctions » in P. Wallenstein, C. Staibano (sous la dir.), *International Sanctions: between Words and Wars in the Global System*, op. cit., pp. 167-180; T. Biersteker, S. Eckert, P. Romaniuk, « International initiatives to combat the financing of terrorism » in T. Biersteker, S. Eckert (sous la dir.), *Countering the Financing of Terrorism*, Routledge, 2008, New York, pp. 234-259.

⁶²⁴ Rappelons que seulement quatre Etats (Botswana, Ouzbékistan, Royaume-Uni et Sri Lanka) avaient ratifié ladite convention avant les attentats du 11 sept. 2001.

⁶²⁵ I. Bantekas, « The international law of terrorist financing », *The American Journal of International Law*, vol. 97, n°2, 2003, pp. 315-333; B. Hayes, G. Sullivan, *Blacklisted: Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, ECCHR, 10 years after 9/11 Publication Series, 2010.

⁶²⁶ Entretien avec un officiel onusien de l'équipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions chargée d'aider le comité 1267 à remplir son mandat, New York, févr. 2009.

⁶²⁷ Conseil de l'Union européenne, Formation Affaires Générales, Communication à la presse, session spéciale du Conseil, Doc. n° 11795/01 (Presse 318) du 12 sept. 2001.

⁶²⁸ Il existe dix configurations possibles du Conseil selon les sujets traités et les ministères concernés. Ce sont principalement les formations « Justice et affaires intérieures », « Affaires générales », « Affaires économiques et

Présentée officiellement par la Commission, une proposition de décision-cadre du Conseil visant avant tout à aboutir à une définition commune du « *terrorisme* » est publiée dès le 19 septembre⁶²⁹. Le 20 septembre 2001 se tient la session du Conseil « *Justice et affaires intérieures* » (JAI) réunissant donc les ministres de l'intérieur et de la justice des Etats membres⁶³⁰. A cette occasion et officiellement en réaction aux événements du 11 septembre, les premières mesures de sécurité sont adoptées « *afin d'améliorer la lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne* »⁶³¹.

Tout un développement est consacré au financement du terrorisme dans lequel les protagonistes de la réunion appellent notamment à ratifier la Convention des Nations Unies de 1999 et prennent position pour disposer rapidement de moyens permettant de surveiller et geler les fonds « *terroristes* ». Loin de proposer des initiatives d'une nouveauté radicale, l'accent est surtout mis sur l'extension aux infractions « *terroristes* » de mesures existantes ou en passe d'être adoptées, telles que le projet de décision-cadre relative au gel des avoirs ou encore le projet alors bloqué de révision de la 1^{ère} directive anti-blanchiment. Une déclaration commune UE/Etats-Unis sur le « *terrorisme* » est également publiée ce jeudi 20 septembre et elle invite aussi à stopper le financement du « *terrorisme* », y compris par le biais de sanctions financières⁶³².

A leur tour réunis en session spéciale le lendemain, les chefs d'Etat et de gouvernement s'accordent sur des conclusions et un plan d'action confirmant les propositions faites la veille sur le « *volet décisif* » que constitue selon eux la lutte contre le financement du « *terrorisme* »⁶³³. Les parlementaires européens voteront à une très grande majorité ce plan d'action deux semaines plus tard. Ensuite, les ministres des affaires étrangères, au nom du Conseil « *Affaires générales* », annoncent le 17 octobre être en mesure de noter les premiers effets résultant du Conseil européen qui s'est tenu le 21 septembre.

Mention est ainsi faite des actions menées dans le cadre de « *la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies, contre les sources de financement du terrorisme, telles que l'accord politique sur la directive contre le blanchiment d'argent, l'application intégrale des mesures du GAFI, et le gel des avoirs de personnes et d'organisations liées aux Taliban; les travaux en cours pour établir une liste d'organisations terroristes, et la contribution précieuse que les services de renseignement y apportent* »⁶³⁴. Seulement deux jours s'écoulent avant que les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne ainsi que le président de

financières », « *Affaires étrangères* » et « *Transports, télécommunications et énergie* » qui sont susceptibles d'avoir affaire de près ou de loin à la problématique du « *terrorisme* ».

⁶²⁹ Commission européenne, Proposition de décision-cadre du Conseil du 19 sept. 2001 relative à la lutte contre le terrorisme COM (2001) 521 final. Une version remaniée sera finalement adoptée en juin 2002 : Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 164, 22 juin 2002, p. 3.

⁶³⁰ Conseil de l'Union européenne, *Lutte contre le terrorisme – Conclusions, session spéciale du Conseil – Justice, affaires intérieures et protection civile*. Bruxelles, 12019/01 (Presse 327) du 20 sept. 2001.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² *Joint EU-U.S. Ministerial Statement on Combating Terrorism*. Communiqué de presse n° 43 du 20 sept. 2001.

⁶³³ Commission européenne, *Conclusions et plan d'action du Conseil européen extraordinaire* du 21 sept. 2001. Bruxelles, SI (2001) 990.

⁶³⁴ Conseil de l'Union européenne, Formation Affaires générales, Action du 17 oct. 2001 de l'Union européenne suite aux attentats aux Etats-Unis d'Amérique - Conclusions du Conseil, session extraordinaire -, doc. n° 12859/01 (Presse 368).

la Commission, Romano Prodi, ne fassent une nouvelle déclaration⁶³⁵. Partant de leur plan d'action, les dirigeants européens y énumèrent quatre priorités dont trois se réfèrent au volet financier du contreterrorisme avec entre autres choses l'ambition toujours affichée d'élaborer une liste d'« *organisations terroristes* » d'ici le 31 décembre 2001⁶³⁶. Ce sera chose faite quatre jours avant cette date limite.

A l'instar du copier-coller de la liste onusienne acté en mai 2002, l'objectif d'une liste autonome sera atteint sur la base d'une position commune relevant de la PESC et d'un règlement du Conseil. Alors que la position commune 2001/930 érige en crime le financement du terrorisme et confirme le principe de geler les fonds des personnes associées à des « *actes de terrorisme* »⁶³⁷, la position commune 2001/931 définit ces derniers et comprend en annexe une « *première liste de personnes, groupes ou entités* »⁶³⁸ suspectés d'être impliqués dans de tels actes. Egaleme nt adopté le 27 décembre à la suite d'une proposition formelle émanant de la Commission, le règlement n° 2580/2001 vient intégrer le tout dans le premier pilier communautaire de l'architecture institutionnelle européenne⁶³⁹.

Pour les Etats membres, l'intérêt d'un règlement communautaire en plus d'une position commune PESC était surtout de pouvoir geler les fonds des « *blacklistés* » concernés par cette restriction financière en évitant tout conflit juridique possible avec le principe de « *libre circulation des capitaux* » (une des quatre libertés fondamentales des Communautés européennes)⁶⁴⁰. Toujours est-il que la vocation de cette position commune et de ce règlement ne consiste donc pas à transposer une liste formalisée à l'extérieur de l'espace européen mais à habiliter les Etats membres de l'UE à dresser leur propre liste sans redondance avec celle de l'ONU. La « *liste noire* » ainsi obtenue couvre potentiellement tout groupe et individu supposé lié à des activités « *terroristes* » sauf ceux susceptibles d'être désignés par le comité 1267, c'est-à-dire ceux soupçonnés d'être associés à ben Laden, Al-Qaida et aux Taliban.

Paradoxalement, si cette liste proprement européenne trouve sa justification dans les événements du 11 septembre, elle ne vise donc absolument pas le « *réseau* » à qui va être attribué la responsabilité de ces attentats. De plus, bien que la mesure réglementaire soit présentée comme étant l'application obligatoire de la résolution 1373, le Conseil de sécurité appelle certes dans cette résolution à geler les fonds « *terroristes* » mais ne demande pas, en tant que telle, la création de listes. L'empressement ayant conduit à lester 29 individus et 13 organisations du label « *terroriste* » dans un laps de temps aussi court n'illustre pas seulement la manifestation d'une volonté commune de se conformer à une décision onusienne contraignante. Ce dénouement renvoie aussi aux stratégies d'autorités nationales qui ont vu dans cette résolution une ressource mobilisable sur des enjeux domestiques.

« L'adoption du règlement [n° 2580/2001] a eu lieu fin décembre 2001, ce qui est rapide c'est vrai, mais cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu beaucoup de discussions. La résolution

⁶³⁵ Declaration by the heads of State or Government of the European Union and the President of the Commission - Follow-up to the September 11 attacks and the fight against terrorism. Bruxelles, SN 4296/2/01, 19 oct. 2001.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/930/PESC du Conseil du 27 déc. 2001 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 90.

⁶³⁸ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/931/PESC du Conseil du 27 déc. 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 93.

⁶³⁹ Conseil de l'Union européenne, Règlement n° 2580/2001/CE du Conseil 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, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 70.

⁶⁴⁰ E. Guild, « The Uses and Abuses of Counter-Terrorism Policies in Europe : The Case of the Terrorist Lists », *Journal of Common Market Studies*, vol. 46, n° 1, 2008, pp. 173-193.

[1373] *des Nations Unies qu'on a utilisée ne prévoit pas une liste de groupes et de personnes « terroristes ». Un gros débat au Conseil a porté sur le fait de savoir s'il fallait une liste et avec quelles modalités d'élaboration⁶⁴¹ ». Alors en passe de prendre la présidence tournante de l'Union européenne pour le premier semestre 2002, les autorités espagnoles vont se montrer particulièrement impliquées dans ces négociations visant d'abord à juger de la pertinence d'une liste européenne et ensuite à l'établir⁶⁴².*

Dans un contexte appréhendé comme une situation d'urgence où se superposent la rhétorique de « *guerre contre le terrorisme* » impulsée par les Etats-Unis, le discours européen de solidarité démocratique et la légitimité des décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies, les représentants espagnols sont en effet très actifs sur la scène européenne⁶⁴³. Reprenant des revendications - en matière de coopération anti-terroriste - présentes de longue date dans la politique extérieure de l'Espagne⁶⁴⁴, ils vont tirer parti de ce moment d'ouverture de l'agenda international pour inscrire leur préoccupation interne au rang de priorité collective dans la mobilisation européenne contre la « *terreur* ». Il s'agit évidemment du conflit qui les oppose depuis longtemps au groupe clandestin *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA).

Insérant cette problématique nationale dans le mouvement général de légitimation de la lutte contre le terrorisme international, l'engagement espagnol va se traduire par la présence en nombre des membres d'ETA sur la première version de la liste nominative de l'Union européenne. Sur les 29 personnes répertoriées ce 27 décembre 2001, 21 le sont en tant qu'activistes de l'ETA⁶⁴⁵. Les modalités d'inscription ayant présidé à ce premier exercice de désignation exemplifient à cet égard les logiques de légitimation et de réappropriation nationales généralement à l'œuvre autour d'une dynamique normative supranationale. En tout cas, si l'organisation clandestine basque ne représentait pas un enjeu partagé par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, cet état de fait a été officiellement modifié quand ces derniers ont entériné à l'unanimité le contenu de la liste européenne édictée au nom de la résolution 1373⁶⁴⁶.

Le rôle clé attribué à l'approche « *désigner et geler* », que ce soit à travers le règlement de décembre 2001 ou celui de mai 2002, ne découle bien sûr pas uniquement de la prégnance de telle ou telle posture nationale. Renvoyant aux dynamiques de spectacle politique finement

⁶⁴¹ Entretien avec un officiel de la direction générale Relations Extérieures (DG RELEX) et un expert national détaché, Commission européenne, Bruxelles, mars 2006.

⁶⁴² Entretien avec un officiel de la DG RELEX, Commission européenne, nov. 2007. V. aussi en ce sens la contribution dans le présent rapport d'A. Peyró Llopis, p. 447.

⁶⁴³ E-P. Guittet, *Antiterrorisme clandestin, antiterrorisme officiel - Chroniques espagnoles de la coopération en Europe*, Montréal, Athéna, 2010.

⁶⁴⁴ Les officiels successivement rencontrés à la DG RELEX de la Commission et au secrétariat général du Conseil indiquent que l'Espagne, en tant qu'Etat membre, a toujours été très active en matière antiterroriste. Sur ce point, avec un développement éclairant sur la question du mandat d'arrêt européen, V. E-P. Guittet, « Ne pas leur faire confiance serait leur faire offense. Antiterrorisme, solidarité démocratique et identité politique ». *Cultures & Conflits*, n° 61, 2006, pp. 51-76.

⁶⁴⁵ Il convient de noter que la position commune 931/2001/PESC précise que ces activistes de l'ETA sont uniquement soumis à son article 4 engageant les autorités des pays européens à une coopération judiciaire et policière pleine et entière vis-à-vis des enquêtes d'Etats membres concernant des personnes et organisations listées. L'article 2 relatif au gel des fonds ne s'applique donc pas à leur égard, leurs avoirs ne seront pas bloqués.

⁶⁴⁶ « *Les négociations visant à établir ce genre de liste sont lourdes d'enjeux, en ce qu'elles engagent l'ensemble des signataires à lutter contre des groupes qui ne constituaient pas toujours des priorités, ou avec lesquels ils entretenaient des relations de non-agression. La position française sur la question basque a longtemps été l'objet de doléances de la part des policiers espagnols, au même titre que la tolérance britannique pour l'islamisme radical, de la part des services français* ». L. Bonelli, « Un ennemi anonyme et sans visage. Renseignement, exception et suspicion après le 11 septembre 2001 », *Cultures & Conflits*, n° 58, 2006, p. 102.

décrites par Murray Edelman⁶⁴⁷, l'idée d'afficher une réponse politique destinée à rassurer sa population en montrant que l'on agit promptement a nourri le succès de l'approche « *désigner et geler* » dans l'immédiat après-11 septembre. Cette ambition consistant avant tout à faire voir que l'on fait quelque chose est présente aussi bien en Europe qu'aux Etats-Unis. Des officiels de l'administration américaine évoqueront plus tard la première phase de désignations débutée le 23 septembre 2001 sous les traits d'un « *processus politique orienté par la nécessité d'une action publique et la disponibilité d'un marteau* »⁶⁴⁸ mais aussi marqué par la faiblesse de certaines « *preuves* » confidentielles ayant justifié ces décisions⁶⁴⁹. Toujours est-il que les autorités américaines, européennes et les autres membres du Conseil de sécurité souhaitaient ainsi véhiculer un message de détermination par le biais de listes et de sanctions financières ciblées largement publicisées.

Censées démontrer les capacités de réaction gouvernementales, ces désignations publiques et le gel des avoirs ont même, pendant un temps, été érigés au rang d'étalon de mesure de l'efficacité anti-terroriste *via* l'accent porté sur les montants gelés⁶⁵⁰. S'exprimant le 25 février 2002 en sa qualité de sous-secrétaire d'Etat aux affaires internationales, rattaché au département du Trésor, John B. Taylor souligne : « *Combattre le financement du terrorisme est un élément très important de la guerre globale au terrorisme. Plus de 104 millions de dollars d'avoirs ont été bloqués dans le monde depuis le 11 septembre – plus de 34 millions aux Etats-Unis et 70 millions dans les autres pays. Entre parenthèses, le fait que je puisse vous donner ces chiffres est un bon exemple de l'insistance du Président sur les résultats mesurables, pas seulement en politique étrangère mais dans tout ce que le gouvernement entreprend. Chaque semaine, nous effectuons un rapport comptabilisant le montant en dollars de fonds terroristes gelés, le nombre de comptes gelés et le nombre de pays qui coopèrent à nos efforts visant à bloquer les avoirs. Et nous avons la preuve que ces actions rendent l'utilisation des réseaux financiers plus difficiles pour les terroristes* »⁶⁵¹. Cette « *logique type feuille de résultat* »⁶⁵² sera toutefois beaucoup moins appuyée en Europe. En revanche, le

⁶⁴⁷ M. Edelman, *Pièces et règles du jeu politique*, Seuil, 1991, 249 p.

⁶⁴⁸ Pour reprendre les propos d'un officiel du département d'Etat cité dans Clunan (A), *The Fight against Terrorist Financing*, *op. cit.*, p. 593. Pour des propos et une analyse similaires, V. aussi E. Lichtblau, J. Meyer, *Crackdown on Terror Funding is Questioned*, Los Angeles Times, 7 avr. 2002 ; I. Warde, *Propagande impériale & guerre financière contre le terrorisme*, Agone, 2007, Marseille, 352 p.

⁶⁴⁹ *Ibid.* ; J. Roth, D. Greenburg, S. Wille, *National Commission on Terrorist Attacks upon the United States: Monograph on Terrorist Financing*, Staff report to the Commission, 2004 ; W. Vleck, « Surveillance to combat terrorist financing in Europe : whose liberty, whose security? » *European Security*, vol. 16, n°1, 2007, pp. 99-119.

⁶⁵⁰ Sur ce point, V. par exemple J. C. Zarate, *Réduire les terroristes à la faillite. Perspectives économiques*, vol. 9, n°3, 2004, pp. 3-6 (M. Zarate était alors secrétaire adjoint au Trésor américain chargé du dossier du financement du « terrorisme ») ; pour une critique pertinente de cette méthode hasardeuse de mesure de l'efficacité antiterroriste, V. S. Eckert, « The US regulatory approach to terrorist financing » in T. Biersteker, S. Eckert (sous la dir.), *Countering the Financing of Terrorism*, Routledge, 2008, New York, pp. 209-233.

⁶⁵¹ Citation originale : « *Combating the financing of terrorism is a very significant part of the overall war on terrorism. Over \$104 million in assets has been blocked worldwide since September 11 - more than \$34 million in the United States and \$70 million in other countries. Incidentally, the fact that I can give you these numbers is a good example of the President's insistence on measurable outputs, not only in foreign policy but in everything that the government does. Every week we do a report tabulating the dollar amount of terrorist assets frozen, the number of accounts frozen, and the number of countries that are cooperating in our efforts to block the assets. And we have evidence that these actions are making it more difficult for terrorists to use the financial networks* » (J. B. Taylor, *Economic Component of Foreign Policy*, Remarks to the Hoover Institutions Boards of Overseers, 25 fév. 2002, p. 3).

⁶⁵² I. Warde, *Propagande impériale & guerre financière contre le terrorisme*, *op. cit.*, p. 234.

discours de légitimation des listes - comme des autres mesures anti-terroristes - fondé sur la prévention est lui équitablement partagé des deux côtés de l'Atlantique⁶⁵³.

A côté de leur valeur symbolique et donc de leur utilité politique supposée, les « *listes de terroristes* » vont être affublées d'un leitmotiv préventif qui va irriguer les stratégies anti-terroristes en général et leurs facettes financières en particulier, et ce jusqu'à aujourd'hui⁶⁵⁴. Révisée en 2008, la stratégie européenne contre le financement du terrorisme rappelle ainsi que cette lutte « *a pour objectif la prévention des attentats et la poursuite en justice de ceux qui projettent ou commettent de tels actes. [...] Les instruments financiers, employés de manière proactive, sont extrêmement utiles pour détecter les réseaux terroristes et pour étoffer le renseignement en matière de lutte contre le terrorisme. L'adoption de la législation susmentionnée et des règlements [n° 2580/2001 et 881/2002] concernant le gel des avoirs est une première étape dans cette direction* »⁶⁵⁵. Alors que l'intégration de l'approche « désigner et geler » dans le cadre de la lutte contre le « *terrorisme international* » s'effectue avant tout dans un mouvement de réaction aux attentats du 11 septembre, l'usage des listes va s'inscrire dans une démarche fondamentalement proactive.

En effet, si la prévention est plus que jamais présentée comme le but ultime de la lutte contre le « *terrorisme international* », c'est dans un sens bien précis qu'elle se concrétise, renvoyant à une forme préventive spécifique. Il ne s'agit pas ici de l'acception traditionnelle de la notion de prévention en termes de sensibilisation ou de tentative visant à s'attaquer aux causes profondes de la violence criminelle ou politique. La référence à ce mot polysémique ne se réduit pas non plus à une autre forme classique de prévention qu'est la dissuasion. Les « *listes de terroristes* » officielles soulignent l'importance contemporaine d'une troisième signification qui est celle d'une forme proactive de prévention dont la rationalité est « *d'agir avant que l'autre n'agisse* »⁶⁵⁶, d'anticiper la survenue d'événements potentiellement catastrophiques⁶⁵⁷.

Transposée aux désignations et aux sanctions financières, cette logique préventive particulière déborde du cadre traditionnel de la justice criminelle en ce qu'elle ne s'embarrasse pas des procédures de cette dernière. « *Bien sûr vous pouvez punir les gens qui commettent des actes terroristes mais la première chose est de prévenir les attaques donc vous avez cette tension entre une action prise avant que les choses n'arrivent et une action prise après. L'action prise avant que les choses n'arrivent est généralement politique et l'action prise après est généralement juridique ou judiciaire* »⁶⁵⁸.

De telles désignations constituent des interventions préventives dans la mesure où des personnes listées n'ont pas été préalablement jugées par une Cour ; nombre d'entre elles

⁶⁵³ D. Bigo, E.-P. Guittet, « Editorial. Antiterrorisme et société », *Cultures & Conflits*, n° 61, 2006, pp. 5-7.

⁶⁵⁴ Y. K. Heng, K. McDonagh, *Risk, Global Governance and Security: The Other War on Terror*, Routledge, 2009, New York, 224 p.

⁶⁵⁵ Conseil de l'Union européenne, Stratégie révisée du 17 juill. 2008 *de lutte contre le financement du terrorisme*, Bruxelles, doc. 11778/1/08, p. 4.

⁶⁵⁶ D. Bigo, L. Bonelli, Th. Deltombe, « Introduction : Les libertés sacrifiées au nom de la sécurité? » in D. Bigo, L. Bonelli, Th. Deltombe (sous la dir.), *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, La Découverte, 2008, p. 6 ; V. aussi D. Bigo. « Globalized-In-Security: the Field and the Ban-Opticon » in N. Sakai, J. Solomon (sous la dir.), *Translation, Biopolitics, Colonial Difference*, Hong Kong : University of Hong Kong Press, 2006, pp. 109-156.

⁶⁵⁷ J. McCulloch, S. Pickering, « Pre-Crime and Counter-Terrorism: Imagining Future Crime in the 'War on Terror' », *British Journal of Criminology*, vol. 49, n° 5, 2009, pp. 628-645.

⁶⁵⁸ Entretien avec un officiel onusien de l'équipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions chargée d'aider le comité 1267 à remplir son mandat, New York, févr. 2009.

n'ayant même pas fait l'objet de poursuite judiciaire⁶⁵⁹. Vleck et de Goede poussent le raisonnement jusqu'au bout en soulignant que l'approche « *désigner et geler* », telle qu'appliquée au « *terrorisme* », a précisément été façonnée pour permettre de mener une action contre ceux qui n'auraient pas pu être poursuivis avec succès au pénal⁶⁶⁰. En ce sens, l'objectif est moins de condamner les coupables que de mettre les suspects en incapacité. Les « *blacklistés* » sont soupçonnés de « *terrorisme* » à partir d'une décision administrative émanant d'un pouvoir exécutif, sur la base de renseignements hors de tout examen judiciaire. En d'autres termes, les listes officielles « *contournent la procédure pénale « normale » en plaçant le pouvoir de désigner un individu ou un groupe comme 'terroriste' dans les mains de l'exécutif, empêchant alors les tribunaux nationaux d'exercer un contrôle judiciaire sur ces désignations. Cet effet n'est pas simplement une conséquence imprévue des régimes de blacklisting mais plutôt leur raison d'être*⁶⁶¹ ».

Alors que les pratiques de confiscation de fonds sont liées à des condamnations pénales, le gel découle donc, dans le cas des listes tout du moins, de simples mesures administratives présentées comme temporaires. Nous verrons pourtant que la ligne de partage théorique entre la permanence d'une punition judiciaire (fonds confisqués) et le provisoire d'une décision administrative peut devenir floue en pratique pour les individus inscrits sur les listes. « *Le gel des avoirs a été construit au départ sur une interprétation tirée par les cheveux des articles 60 et 301 du traité communautaire, traité de Rome, qui était destinée à permettre de faire pression sur des Etats, à commencer par la Libye. Et puis de là on a commencé à dériver vers la pression sur des personnes qui s'apparentent à des gouvernements ; c'était Milosevic et Milosevic ce n'était pas la Serbie, c'était Milosevic et sa clique. Et après le 11 septembre, on a commencé à totalement se balader et je ne comprends pas comment la Cour de justice n'a jamais annulé nos décisions* »⁶⁶².

Tenus en novembre 2007, les propos de cet officiel du Conseil de l'Union européenne portent sur le programme communautaire qui transpose la liste ONU et ils seront en quelque sorte entendus l'année suivante avec l'annulation d'une première décision par la Cour de justice de l'Union européenne. Un arrêt de décembre 2006 avait d'ores et déjà ébranlé les mécanismes de désignation et de radiation propres à la liste autonome. Ses propos mettent donc en lumière une tension fondamentale entre sécurité et justice autour de l'élaboration et la gestion de ces listes officielles ; tension qui ne va cesser de s'accroître au fil des actions

⁶⁵⁹ L'idée de geler des avoirs sur la base d'éléments qui ne seraient certainement pas suffisants devant une cour de Justice a d'ailleurs été clairement assumée par Paul O'Neill, secrétaire au Trésor des Etats-Unis de 2001 à déc. 2002. V. R. Suskind, *The Price of Loyalty*, Simon & Schuster, New York, 2004, p. 192. Iain Cameron souligne d'ailleurs que le gel d'avoirs est très souvent utilisé à la place d'un procès. I. Cameron, « UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights », *Nordic Journal of International Law*, n° 72, pp. 159-214. V. aussi M. De Goede, « Risk, Preemption and exception in the war on terrorist financing » in L. Amooore, M. Goede (sous la dir.), *Risk and the War on Terror*, *Risk and the War on Terror*, Routledge, 2008, London, pp. 97-112.

⁶⁶⁰ W. Vleck, « Acts to combat the financing of terrorism: Common Foreign Security Policy at the European Court of Justice », *European Foreign Affairs Review*, vol. 11, n° 4, 2006, pp. 491-507 ; M. De Goede, « Beyond Risk: Premediation and the Post-9/11 Security Imagination », *Security Dialogue*, vol. 39, n° 2, 2008, pp. 155-176.

⁶⁶¹ Citation originale : « *As outlined above, the terror listing regimes enacted by the UN and EU circumvent the 'normal' criminal procedure by placing the power to designate an individual or group as 'terrorist' in the hands of the executive and then preventing national courts from exercising judicial review of those designations. This effect is not simply an unforeseen by-product of the blacklisting regimes, but rather its raison d'être* ». B. Hayes, G. Sullivan, *Blacklisted: Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, op. cit., p. 82.

⁶⁶² Entretien avec un officiel du Conseil de l'Union Européenne, Bruxelles, novembre 2007. S'il fournissait la base légale et énonçait les objectifs de la PESC, le traité de l'Union européenne ne donnait pas de définition des sanctions, laissant par là même une certaine marge de manœuvre.

intentées par les personnes et entités mises à l'index et des verdicts rendus par les juges européens.

II- Sécurité, Liberté et Justice : tensions autour des mécanismes de désignation

De toutes les mesures anti-terroristes initiées ou renforcées au nom du 11 septembre 2001, la production des listes nominatives figure parmi celles qui ont, au fil du temps, suscité le plus de controverse. Les rapports de force se sont fixés autour des mécanismes de désignation et de radiation, avec en creux la question de l'articulation entre sécurité, justice et liberté. Au niveau européen, cette mise à l'épreuve des « *listes noires* » s'est principalement adossée à un registre juridique relayé par les nombreuses réclamations contre les décisions du Conseil de l'Union européenne dont a été saisie la Cour de justice siégeant au Luxembourg. Autour de cette « *bataille homérique entre le Conseil et la Cour de justice* »⁶⁶³, nombre d'acteurs ont endossé un rôle de médiation et fait appel à l'« *opinion* » en dénonçant les procédures sous-tendant l'établissement des « *listes de terroristes* ».

A l'instar de Martin Scheinin⁶⁶⁴ et de Dick Marty⁶⁶⁵, ces « *opérateurs de mise à l'épreuve d'un sens commun de l'injustice* »⁶⁶⁶ auront très souvent recours à la figure de Kafka et à son ouvrage *Le procès* afin d'illustrer par la métaphore leurs arguments⁶⁶⁷. Si ces critiques partent généralement d'une mise en récit de cas individuels concernés par les sanctions financières, c'est au profit d'une montée en généralité arguant que leur histoire « *n'est qu'une parmi d'autres* »⁶⁶⁸ démontrant les insuffisances structurelles dont pâtissent les programmes européens et onusiens. En effet, les débats ont très vite porté sur l'opacité originelle des processus d'inclusion et d'exclusion qui tranche avec la sur-visibilité des « *listes noires* ».

A- La liste interne et sa chambre de compensation : le marché aux « *terroristes* »

A partir de sa création en décembre 2001, la gestion de la liste interne de l'Union européenne a dépendu en grande partie des recommandations provenant de ce que certains

⁶⁶³ Pour reprendre la formule d'un officiel de la DG RELEX.

⁶⁶⁴ Martin Scheinin a occupé de 2005 à 2011 la fonction de rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste. La fonction est actuellement occupée par Ben Emmerson.

⁶⁶⁵ Dick Marty a été, entre autres choses, membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe où il a publié différents rapports critiques sur certaines pratiques antiterroristes contemporaines.

⁶⁶⁶ Selon l'expression employée par L. Boltanski, E. Claverie, « Du monde social en tant que procès » in L. Boltanski (sous la dir.) et al., *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Stock, 2007, p. 413.

⁶⁶⁷ A titre d'exemples : « *L'histoire qui suit semble sortir d'un livre de Kafka. Hélas, il s'agit bien de faits réels qui se passent au XXI^e siècle dans des pays membres du Conseil de l'Europe, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies* ». Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme), *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies*, note publiée en mars 2007 (Propos introductifs) ; « *This was the beginning of a Kafkaesque journey that has become all too familiar* », European centre for constitutional and human rights, *The slow road to justice : Sison case returns to Court in ongoing challenge to EU terrorist blacklist*, 27 avr. 2009 ; « *This is the opening line of Franz Kafka's famous novel about the Process (1925), somewhat misleadingly translated into English as The Trial - misleading because Josef K., like most of those who are blacklisted, never received a trial* ». M. Scheinin, Foreword in B. Hayes, G. Sullivan, *Blacklisted : Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, op. cit., p. 4.

⁶⁶⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme), *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies*, op. cit., p. 1.

officiels de la Commission ont appelé, non sans ironie, la « *non-existent clearing house*⁶⁶⁹ ». Inexistante, cette « *chambre de compensation* » l'a été dans une certaine mesure. Il s'agit d'une instance informelle liée à la position commune 931/2001. Elle n'apparaît dans aucun organigramme ni aucune recension officielle des groupes de travail du Conseil jusqu'en 2007.

En l'état, la dite position commune mentionne simplement le fait que la « *liste est établie sur la base d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision a été prise par une autorité compétente à l'égard des personnes, groupes et entités visés, [...] on entend par « autorité compétente », une autorité judiciaire, ou, si les autorités judiciaires n'ont aucune compétence dans le domaine couvert par le présent paragraphe, une autorité compétente équivalente dans ce domaine* »⁶⁷⁰. En pratique, la *clearing house* va faire office de mécanisme de consultation des demandes d'Etats membres et de pays tiers proposant des noms à enregistrer. Dès le 7 décembre 2001, le comité des représentants permanents (ci-après COREPER) a en effet décidé que l'élaboration puis la révision semestrielle de la liste proprement européenne seraient effectuées sur la base de travaux préparatoires menés sous l'égide d'un forum *ad hoc* appelé *clearing house*⁶⁷¹.

A la fin de l'année 2001, les sessions confidentielles de cette chambre de compensation constituent donc le centre de gravité autour duquel s'organise la préparation des listes dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune au sein du Conseil. Les règles ayant trait à la composition de la *clearing house* sont relativement succinctes, très peu détaillées⁶⁷². Les Etats membres, la Commission et le secrétariat général du Conseil doivent normalement être représentés, avec un maximum autorisé de trois officiels par délégation nationale.

De ce point de vue, ce groupe informel aux contours imprécis est composé pour l'essentiel de délégués des ministères des affaires étrangères et des services de renseignement des Etats membres avec souvent un suivi attentif des ministères des finances⁶⁷³. « *Au niveau français, ce sont des gens du ministère des affaires étrangères, sous-direction de la sécurité. Une sous-direction qui possède un petit bureau de lutte contre le terrorisme qui comprend deux ou trois diplomates, ce sont vraiment des petits services. Ce sont eux en principe qui participent à ces discussions, on est ici dans le 2^e pilier où il faut qu'il y ait consensus pour qu'une personne soit inscrite sur une liste. Et, bien sûr, en coopération avec les services de renseignement* »⁶⁷⁴. Participant aux réunions, les officiels de la DG RELEX rencontrés à la Commission européenne et au Conseil insistent également sur le rôle prépondérant des professionnels de la sécurité et du renseignement dans ce groupe *ad hoc*, que ce soit pour informer ou apprécier les suggestions émises.

Le pouvoir décisionnel ainsi accordé à ces professionnels vient du degré d'expertise et de connaissance qu'ils sont réputés, et qu'ils prétendent, détenir⁶⁷⁵. Si la désignation des

⁶⁶⁹ Entretien avec un officiel de la direction générale Relations Extérieures (DG RELEX) et un expert national détaché, Commission européenne, Bruxelles, mars 2006.

⁶⁷⁰ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/931/PESC du 27 déc. 2001 *relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme*, *op. cit.*

⁶⁷¹ Le mandat de la *clearing house* a été confirmé en 2002. Conseil, *Fight against the financing of terrorism - follow-up of EU measures implementing UNSCR 1373(2001)*. Bruxelles, 11693/1/02, 3 sept. 2002 (document déclassifié le 18 juil. 2007).

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ Entretien avec officiel du ministère des finances du Royaume-Uni, Londres, janv. 2009.

⁶⁷⁴ Entretien avec un officiel de l'Unité (française) de Coordination de la Lutte Anti-Terroriste (UCLAT), Paris, juin 2006.

⁶⁷⁵ Sur ce point général, V. P. Gill, « Not just joining the dots but crossing the borders and bridging the voids: constructing security networks after September 11, 2001 », *Policing & Society*, vol. 16, n°1, 2006, pp. 27-49 ; P. Gill, M. Phythian, *Intelligence in an insecure world*. Cambridge : Polity Press, 2006.

personnes et organisations proposées n'est pas formalisée en tant que telle par cette instance informelle, elle y prend en grande partie sa source. Une fois qu'un dossier présenté lors d'une session obtient l'accord des parties présentes, « *la clearing house fait des recommandations au COREPER et c'est ensuite approuvé par le Conseil des ministres sans trop de discussions* »⁶⁷⁶. Les membres de la chambre de compensation prédéterminent donc fortement le processus d'inscription sur la liste autonome, d'autant que les décisions arrêtées sont transmises sans être motivées au COREPER qui les adopte quasi-automatiquement avant qu'elles ne soient entérinées par le Conseil⁶⁷⁷.

Largement libérée des mécanismes parlementaires (nationaux comme européens) de contrôle démocratique⁶⁷⁸, cette procédure particulière faisant la part belle à un nombre restreint d'acteurs sécuritaires est à replacer dans un processus de sélection politisé. « *Même s'il y a des critères, il est clair que la question revêt une dimension politique. Ce n'est pas un débat purement technique comme celui de savoir si un groupe ou une certaine entité correspond bien à tels critères A, B, C ou D ; c'est une question qui dans certains cas est très politique* »⁶⁷⁹.

« *Il y a un peu un aspect subjectif, c'est parfois presque politique donc c'est assez flou. A la rigueur, c'est plus facile envers les personnes car il faut indiquer dans quels types d'actes la personne a été impliquée, donc il faut se baser sur des choses précises. Mais pour un groupe, c'est beaucoup plus difficile donc cela fait l'objet de grandes discussions et très souvent on se base en partie sur les indications que les Etats donnent, même des Etats extérieurs à l'Union européenne. Donc il y a plutôt un choix politique mais il faut quand même des critères car il y a évidemment des différences entre un groupe terroriste et un groupe politique mais c'est vrai que parfois cela reste flou et mal défini. Mais il y a quand même une définition du terrorisme contrairement à ce qui s'est passé à l'ONU, il y a une décision-cadre donc ce n'est pas totalement arbitraire non plus*⁶⁸⁰ ». Même si les acteurs de l'Union européenne peuvent se targuer d'être parvenus à une définition commune du « *terrorisme* »⁶⁸¹, l'usage de ce label délégitimant à l'endroit de certains mouvements, de par l'outil de disqualification politique qu'il représente, n'échappe pas aux tractations diplomatiques.

Conséquence directe de la portée relativement vaste conférée à cette liste interne à l'Union européenne, le processus d'inscription d'une personne physique ou morale s'est accompagné d'un fort travail de lobbying. Les propositions faites par les Etats membres et les pays-tiers sont sujettes à d'âpres discussions lors et en dehors des sessions discrètes de la *clearing house* où les intérêts et les préoccupations s'affrontent au moins autant que s'échangent les informations. Déjà en 2006, des officiels du Conseil notaient que la nécessité d'aboutir à un consensus rendait « *la procédure très lente en raison des grands débats parfois politiques sur la question de savoir s'il y a certaines entités qui peuvent être mises sur la liste ou*

⁶⁷⁶ Entretien avec un officiel de la direction générale Relations Extérieures (DG RELEX) et un expert national détaché, Commission européenne, Bruxelles, mars 2006.

⁶⁷⁷ Sur ce point, V. également A. Rettman, « EU's secretive counter-terror group to face scrutiny », *EU Observer*, 13 juin 2007.

⁶⁷⁸ E. Guild, « The Uses and Abuses of Counter-Terrorism Policies in Europe : The Case of the Terrorist Lists », *Journal of Common Market Studies*, 2008, op. cit.

⁶⁷⁹ Entretien avec un officiel du secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, DG JAI, Bruxelles, juin 2006.

⁶⁸⁰ Entretien avec un officiel de la direction générale Relations Extérieures (ci-après RELEX) et un expert national détaché, Commission européenne, Bruxelles, mars 2006.

⁶⁸¹ Conseil de l'Union européenne, *Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*, op. cit. Sur les enjeux liés à l'imprécision de cette définition, V. D. Morin, « Terrorisme » in A. Macleod et al., *Relations internationales : Théories et concepts*, Montréal : Athéna, 2008, p. 476.

pas. Cela prend un certain temps avant que le dossier ne puisse monter au Conseil des ministres pour être adopté»⁶⁸².

Dès 2004, cette question ainsi que des délais jugés trop longs faisaient l'objet d'une communication de la Commission concluant que le mécanisme adopté fin 2001 « *n'a pas abouti à une liste qui puisse être considérée comme exhaustive ou totalement efficace. La principale raison semble être que les modalités de cette désignation ont été interprétées différemment selon les cas et que des délais en ont résulté, compte tenu de l'obligation d'unanimité. En même temps, le fait de ne pas avoir donné d'orientations aux pays tiers qui souhaitent soumettre une demande de désignation peut également avoir eu un effet* »⁶⁸³.

Il y a là un jeu de négociation complexe fait de partage de renseignements et d'arguments, de telle organisation selon une ligne de démarcation qui s'avère bien plus incertaine que ne le laissent penser les textes officiels. A l'instar des marchés financiers fonctionnant à l'aide de chambres de compensation, la *clearing house* du Conseil de l'Union européenne semble assurer la gestion administrative et comptable des transactions entre les opérateurs d'un marché aux « *terroristes* ».

Celui-ci brille par son artificialité tant la liste obtenue après tractations a pu unifier sous le label « *terrorisme* » des organisations aussi « *analogues* » que des groupuscules anarchistes de quelques dizaines d'individus (groupes italiens notamment) et des entités politiques et militaires de plusieurs milliers de membres (Hamas). Suivant ici le circuit *clearing house*/COREPER/Conseil des ministres, la nature invariablement politique de ce type de listes s'illustre également dans le traitement différencié dont font l'objet certains mouvements, « *terroristes* » pour les uns, partis politiques pour les autres⁶⁸⁴.

Toujours est-il qu'à l'issue de ce cheminement allant de la chambre de compensation au Conseil de l'Union, les individus et groupes retenus étaient donc portés sur la liste autonome et ce sans que ne leur soient communiqués, au moins jusqu'en 2007, ni leur inscription⁶⁸⁵ ni les raisons justifiant cette décision synonyme de mesures restrictives. Se heurtant au statut réglementaire de la liste et aux arguments mettant en avant le principe de confidentialité des renseignements ayant justifié leur mise à l'index, les « *blacklistés* » ne disposent alors d'aucun accès à ces éléments classifiés.

Dans cette perspective, des associations de défense des droits de l'Homme ont pu dénoncer le manque de transparence des procédures de *listing/delisting* et ses conséquences sur les droits fondamentaux au travers de cas « *kafkaïens* » emblématiques⁶⁸⁶. Si la base légale du programme de sanctions exclut toute évaluation par le Parlement européen et ses pairs

⁶⁸² Entretien avec un officiel du secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, DG RELEX, Bruxelles, juin 2006 ; propos similaires dans l'entretien avec un officiel du secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, DG JAI, Bruxelles, juin 2006.

⁶⁸³ Commission européenne, Communication du 20 oct. 2004 de la Commission au Conseil et au Parlement européen : « *Prévenir et combattre le financement du terrorisme par des mesures visant à améliorer l'échange d'informations, la transparence et la traçabilité des transactions financières* », COM (2004) 700 final.

⁶⁸⁴ Alliés dans la lutte contre le « *terrorisme* », les autorités américaines et européennes portent par exemple un regard très différent sur le Hezbollah libanais.

⁶⁸⁵ Jose Maria Sison, ressortissant philippin vivant aux Pays-Bas, a été successivement inscrit sur les listes néerlandaise et européenne en août et en oct. 2002. Il raconte avoir pris connaissance de ces décisions quand il n'a pu, coup sur coup, régler par carte bancaire ses dépenses alimentaires et de santé en raison du gel de ses fonds. Entretien avec l'intéressé, Utrecht, mai 2009.

⁶⁸⁶ « *L'incapacité d'avoir accès aux documents relatifs à la décision d'inclure une personne sur la liste a pour effet de saper la possibilité pratique de former un recours contre cette inclusion. Il est impossible de contester une inclusion si ses raisons demeurent inconnues* ». Citation (traduite, p. 8) résumant l'argumentation du rapport d'Amnesty International sur ce sujet évoquant notamment le cas de Jose Maria Sison. Amnesty international, EU Office, *Human rights dissolving at the borders ? Counter-terrorism and EU criminal law*. 30 mai 2005.

nationaux, certains recours formés devant le tribunal de première instance des Communautés européennes ont au contraire abouti aux premières annulations de décisions du Conseil⁶⁸⁷. Ces arrêts importants n'ont pas impliqué un retrait de la liste pour les requérants mais, à l'instar de l'« arrêt OMPI », ils ont en revanche poussé les acteurs du Conseil à procéder à un premier réexamen des mécanismes d'inscription et de radiation.

B- Le cas OMPI comme idéal-type

Dans le verdict prononcé en décembre 2006 ayant annulé la décision du Conseil ordonnant le gel des fonds de l'Organisation des Moudjahidines du peuple iranien (ci-après OMPI), le tribunal de première instance a ainsi considéré que « *la décision attaquée viole les droits de la défense, l'obligation de motivation et le droit à une protection juridictionnelle effective* »⁶⁸⁸. A la suite de cet arrêt OMPI, les procédures ont donc été quelque peu modifiées suivant les propositions émises par le groupe de travail des conseillers « *affaires étrangères* » (RELEX). Sans empiéter sur les missions de la *clearing house*, ces diplomates du Conseil de l'Union européenne s'occupent plus largement des problématiques inhérentes à la transposition des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et des sanctions régionales autonomes dans le droit européen.

Ils se réunissent notamment en « *formation spécialisée RELEX/Sanctions* » consacrée au suivi des questions touchant à la gestion des listes. C'est dans cette configuration spécialisée que des discussions ont été entamées sur de possibles réformes procédurales en juillet 2006, anticipant ainsi de quelques mois les conclusions des juges dans l'affaire OMPI. Il faudra toutefois attendre 2007 et la pression exercée par ce cas judiciaire sur les acteurs du Conseil pour voir des réformes entrées en vigueur afin de répondre aux griefs énoncés par le tribunal⁶⁸⁹.

« *Tous les Etats membres n'étaient pas favorables à une trop grande transparence sur des sujets comme les listes, pas favorables à une judiciarisation du processus parce que là on ne parle pas d'efficacité des procédures mais de respect des libertés, il y a donc une tension sous-jacente* »⁶⁹⁰. Exemplaaires d'une tendance lourde dans les débats contemporains sur la lutte contre le « *terrorisme international* », ces propos illustrent parfaitement le recours récurrent à l'image de la balance entre les revendications de sécurité et de liberté. Bien plus utilisée que l'argument de l'exception par les représentants du Conseil et de la Commission européenne pour justifier les développements anti-terroristes⁶⁹¹, la métaphore de l'équilibre à trouver sous-entend ici que le choix de rétablir des libertés civiles se ferait au détriment de l'efficacité, davantage postulée que démontrée, des mesures de sécurité concernées⁶⁹².

⁶⁸⁷ TPICE, 12 déc. 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, aff. T-228/02, Rec. 2006, p. II-04665 ; TPICE, 11 juil. 2007, *Stiching Al-Aqsa c. Conseil*, aff. T-327/03, Rec. 2007, p. II-00079.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ Conseil, *Fight against the financing of terrorism – Implementation of Common Position 2001/931/CFSP*. Bruxelles, 10826/1/07, 28 juin 2007.

⁶⁹⁰ Entretien avec un officiel de la DG RELEX, Commission européenne, novembre 2007.

⁶⁹¹ D. Bigo, R. Walker, « Liberté et sécurité en Europe : enjeux contemporains », *Cultures & Conflits*, n° 61, 2006, pp. 103-136.

⁶⁹² Pour une analyse fine et nuancée de cette métaphore de la balance, de son utilisation politique ainsi que des simplifications et autres biais dangereux dont elle est porteuse, V. J. Waldron, « Security and Liberty : The Image of Balance », *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, n° 2, 2003, pp. 191-210. Pour une discussion de son usage dans la littérature en relations internationales, V. D. Bigo, « Delivering Liberty and Security ? The Reframing of Freedom When Associated with Security » in D. Bigo *et al. Europe's 21st Century Challenge : Delivering Liberty*, Ashgate, 2010, Londres, pp. 388-420.

Malgré les réticences ainsi exprimées par certaines délégations nationales et relayées par des acteurs des institutions européennes au nom de l'efficacité du programme, des changements notables apparaissent après l'arrêt OMPI, avec notamment : la formalisation de l'existence et des fonctions de la *clearing house* sous l'intitulé « Groupe PC 931 »⁶⁹³ (ses travaux et sa composition restant confidentiels) ; la nécessaire rédaction d'un exposé des motifs devant justifier l'inscription sur la liste ; l'obligation d'envoyer une lettre de notification aux intéressés les informant des mesures prises à leur encontre, de l'exposé des motifs et de leur droit de recours ; la vérification semestrielle du bien fondé de chaque inscription à partir d'éléments actualisés⁶⁹⁴.

Outre cet impact jurisprudentiel pionnier, la trajectoire du cas OMPI s'avère être particulièrement révélatrice des tensions à l'œuvre entre décisions de justice et décisions du Conseil qui vont persister après ce réexamen procédural. L'arrêt du 12 décembre 2006 résultait de la requête déposée en juillet 2002 par l'organisation iranienne en réaction à sa désignation sur la liste autonome deux mois plus tôt. S'il a eu des conséquences significatives sur l'économie générale des sanctions financières proprement européennes, ce verdict n'a néanmoins pas eu l'effet escompté par le mouvement plaignant qui est resté listé.

Prenant acte de la décision du tribunal, les représentants du Conseil, et donc en premier lieu ceux de la chambre de compensation désormais rebaptisée groupe PC 931, ont finalement envoyé à l'organisation iranienne un exposé des motifs censés attester de la validité de leur inscription. Visant ainsi à remplir l'obligation de motivation désormais inévitable, les raisons fournies fin janvier 2007 au principal intéressé étaient logiquement basées sur des éléments issus des autorités britanniques. En effet, l'OMPI a initialement été listée sur la demande des représentants du Royaume-Uni où elle était déjà considérée comme une organisation « terroriste » depuis mars 2001 suite à une ordonnance émanant du ministère de l'intérieur.

C'est d'ailleurs principalement sur la foi de cette ordonnance que les acteurs du Conseil vont justifier le maintien des sanctions contre le groupe lors de la révision semestrielle de la liste opérée en juin 2007. Ce dernier réplique par une nouvelle action en justice moins d'un mois plus tard. Peu de temps après, l'organisation ressort victorieuse d'une procédure qu'elle avait parallèlement lancée au Royaume-Uni en septembre 2006. Selon l'autorité judiciaire (*Proscribed Organizations Commission Appeal* ci-après *POAC*)⁶⁹⁵ chargée d'étudier ce dossier, l'OMPI ne répond plus à aucun des critères nécessaires pour être qualifié de « terroriste » et donc « n'est pas et, en septembre 2006, n'était pas impliquée dans le terrorisme »⁶⁹⁶. Rendu en novembre 2007, l'avis contraignant de la *POAC* n'empêche toutefois pas le groupe PC 931 de conserver l'organisation sur la liste européenne en décembre de la même année en se prévalant de la tentative du ministère de l'intérieur britannique d'interjeter appel. Forte de son succès devant la *POAC* au Royaume-Uni, l'OMPI conteste cette nouvelle décision du Conseil auprès de la Cour de justice de l'Union européenne. Il faudra attendre le 23 octobre 2008 pour que les juges du Tribunal de première instance statuent sur ce recours ainsi que sur celui déjà introduit en juillet 2007.

⁶⁹³ Du nom de la Position Commune 2001/931/PESC à l'origine de la liste.

⁶⁹⁴ Conseil, *Fight against the financing of terrorism – Implementation of Common Position 2001/931/CFSP*. Bruxelles, *op. cit.*

⁶⁹⁵ Créée par la loi britannique antiterroriste (*Terrorism Act*) de 2000, celle là-même qui a servi de base juridique à la désignation de l'OMPI comme « terroriste », la *POAC* traite des recours émis par des groupes que le ministère de l'intérieur refuse de dé-lister. Consulter le site internet de la *POAC* : <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/tribunals/proscribed-organisations/index.htm>.

⁶⁹⁶ Cité dans B. Hayes, G. Sullivan, *Blacklisted : Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, *op. cit.*, p. 44.

Entretiens, l'organisation iranienne est officiellement retirée de la liste noire du Royaume-Uni par le Parlement en juin 2008 après que le pourvoi en appel du ministère de l'intérieur ait été définitivement rejeté un mois auparavant⁶⁹⁷. Malgré ce dénouement dans l'Etat membre ayant impulsé l'inscription de l'OMPI au niveau européen, le cheminement « *groupe PC 93/COREPER/Conseil des ministres* » va tout de même déboucher sur le maintien du mouvement sur la liste autonome lors de la révision actée en juillet 2008.

Chargés d'actualiser les informations sur les « *blacklistés* » proposés par le Royaume-Uni en vue des procédures européennes de révision semestrielle, les officiels britanniques se sont retrouvés à cette période dans une situation pour le moins inconfortable. « *A partir du moment où ils [OMPI et ses membres] ont été retirés de la liste nationale, nous avons pris du recul et dit à nos homologues que pour ce qui nous concerne, nous devons tenir compte des décisions de la Cour d'appel et du Parlement qui les ont dé-listés, et donc que nous n'avons plus vraiment de position sur l'OMPI désormais, que le sujet est potentiellement clos pour nous*⁶⁹⁸ ».

Evoquant l'attitude de la délégation française désireuse de poursuivre le gel des fonds de l'organisation iranienne, un autre officiel confirme les dires de son collègue. « *Le Royaume-Uni est dans une position très difficile car nous voulons soutenir nos alliés européens vis-à-vis de leurs préoccupations, des préoccupations domestiques comme des préoccupations plus largement européennes, mais en même temps la Cour d'appel a dit que le groupe n'est plus terroriste. Donc en ce qui nous concerne ils ne sont pas terroristes et si d'autres pays ont des problèmes avec eux, alors c'est à ces autres pays de l'UE de porter ces problèmes et d'arriver à une décision du Conseil*⁶⁹⁹ ».

Pour la première fois, en juin 2008, le renouvellement de l'inscription de l'OMPI sur la liste européenne ne peut donc être fondé sur des informations émanant du Royaume-Uni. Les représentants français prennent alors le relais. « *Dans le cas d'un groupe [OMPI], le Conseil a tenu compte du fait que la décision d'une autorité compétente qui servait de justification pour l'inclusion de ce groupe sur la liste n'était plus en vigueur depuis le 24 juin 2008. Cependant, de nouveaux éléments concernant ce groupe ont été portés à l'attention du Conseil. Le Conseil a considéré que ces nouveaux éléments justifiaient l'inclusion de ce groupe sur la liste*⁷⁰⁰. Une information judiciaire ouverte en avril 2001 par le parquet anti-terroriste de Paris ainsi que deux réquisitoires supplétifs de 2007 visant des membres présumés de l'OMPI sont invoqués pour soutenir la reconduction des sanctions financières.

Aucune précision supplémentaire n'est cependant apportée pour étayer la pertinence des éléments mis en exergue. Si la décision du Conseil est indéniablement prise sur demande française, c'est également sur l'instigation des représentants français que les membres du Conseil refuseront de communiquer à l'OMPI comme au tribunal le contenu du document censé résumer les fameux nouveaux éléments à charge⁷⁰¹. Nouveaux éléments ou pas, le groupe iranien va encore une fois contester cette énième décision du Conseil sur laquelle le tribunal de première instance des Communautés européennes sera également amené à se

⁶⁹⁷ V. communiqué de presse n° 79/08, 23 oct. 2008 sur TPICE, aff. T-256/07, *People's Mojahedin Organization of Iran c. Conseil*.

⁶⁹⁸ Entretien avec un officiel du ministère de l'intérieur du Royaume-Uni, Londres, janv. 2009.

⁶⁹⁹ Entretien avec un officiel de la *Serious Organized Crime Agency*, Londres, janv. 2009.

⁷⁰⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision du Conseil du 15 juil. 2008 mettant en œuvre l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 2580/2001/CE 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 abrogeant la décision 2007/868/CE, JO L 188/21, 16 juil. 2008, p. 21.

⁷⁰¹ V. Communiqué de presse n° 84/04, 4 déc. 2008 sur TPICE, aff. T-284/08, *People's Mojahedin Organization of Iran c. Council*.

prononcer. Avant cela, nous arrivons au 23 octobre 2008, date à laquelle est rendu l'arrêt sur les deux précédentes révisions semestrielles de la liste européenne, soit celles de juin et décembre 2007.

Dans ce verdict en deux temps, les juges commencent par reconnaître la légalité de la procédure de révision de juin 2007 ayant abouti à la conservation du groupe sur la liste, essentiellement au titre de l'ordonnance du ministère de l'intérieur britannique encore valide à ce moment-là⁷⁰². En revanche, le tribunal annule la décision suivante du Conseil, de décembre 2007, en considérant que ce dernier devait tenir compte du verdict de la *POAC* rendu en novembre et qui allait jusqu'à qualifier l'entêtement ministériel de « *déraisonnable* » et « *pervers* »⁷⁰³. Au regard de la sévérité du jugement au Royaume-Uni, le tribunal européen a estimé que se prévaloir de la tentative de pourvoi en appel pour continuer à lister l'OMPI constituait une motivation insuffisante ; d'autant que la *POAC* avait d'ores et déjà annoncé que les arguments accompagnant cet appel du ministère de l'intérieur étaient voués à être rejetés⁷⁰⁴. Après celle de décembre 2006, cette deuxième annulation va véritablement tendre les relations entre les acteurs de la Cour de justice et ceux du Conseil.

Par son jugement, le Tribunal de première instance pousse le Conseil à retirer le nom de l'organisation de la liste européenne mais ses représentants ne prennent pas cette direction au prétexte que l'arrêt annule une décision déjà obsolète puisque *de facto* remplacée par celle de juillet 2008. Le rapport de forces engagé entre les deux institutions va alors connaître son épilogue avec le verdict rendu sur cette dernière révision basée sur les « *nouveaux éléments* » et les renseignements confidentiels que les représentants français refusent de divulguer aux autorités judiciaires européennes : « *Le Conseil a violé les droits de la défense de la PMOI [acronyme anglais de l'OMPI] en ne lui communiquant pas les nouvelles informations qui, selon lui, justifiaient son maintien dans la liste européenne des organisations terroristes ; en refusant de communiquer au Tribunal certaines informations relatives à l'affaire, le Conseil a également porté atteinte au droit fondamental de la PMOI à un contrôle juridictionnel effectif* »⁷⁰⁵.

Les attendus du jugement sont sans équivoque, le tribunal annule pour la troisième fois une décision de gel de fonds relative à l'Organisation des moudjahidines du peuple iranien en décembre 2008. Toutefois, si cet arrêt constitue véritablement le point d'orgue de ce que d'aucuns ont appelé une « *bataille homérique* », c'est peut-être moins sur son contenu que sur sa temporalité hors norme.

Tout d'abord, le verdict tombe moins de deux mois après l'annulation précédente tandis que la durée entre l'introduction du recours et son traitement est réduite par rapport à l'action judiciaire antérieure. Ensuite, l'audience de cette 3^e affaire OMPI se déroule le 3 décembre et, pour la première fois de son histoire, le tribunal va rendre un arrêt dans les 24 heures. Intervenant dans le cadre d'une procédure dite accélérée demandée par les plaignants, ce délai record n'a rien d'anodin une fois mis en perspective avec la course de vitesse lancée entre la Cour de justice et le Conseil. Il s'agit pour les juges de mettre fin au jeu des membres du Conseil consistant à maintenir l'OMPI sur la liste en dépit d'une annulation judiciaire en arguant que l'arrêt prononcé concerne une décision « *périmée* » et ne s'applique pas à celle, semestrielle, en cours de validité. Contrairement au jugement d'octobre 2008 et à un mois de la nouvelle révision des sanctions au Conseil, cet arrêt du 4 décembre intervient bien pendant la période au cours de laquelle la décision attaquée est effective, prévenant ainsi tout

⁷⁰² Communiqué de presse n° 79/08, 23 oct. 2008 *op. cit.* sur TPICE, aff. T-256/07.

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Communiqué de presse n° 84/04, 4 déc. 2008, *op. cit.* sur TPICE, aff. T-284/08.

contournement. Malgré un pourvoi formé par les autorités françaises, l'OMPI est formellement radiée de la liste autonome de l'Union européenne depuis janvier 2009 : « *Bon, tout ce qu'on peut dire, mais là c'est un débat plus général qui dépasse le seul cas des listes, c'est que la jurisprudence aussi bien de la Cour européenne des droits de l'Homme que de la Cour de justice du Luxembourg des Communautés européennes est, pour le moment en tout cas, favorable aux mesures anti-terroristes et assez réticente à constater des violations des droits fondamentaux. Je ne me prononce pas sur le fond mais c'est un constat qui est fait, les recours qui sont venus pour le moment ont eu peu d'effet* »⁷⁰⁶.

Emise au début de l'année 2006, cette observation rejoint alors celles de Jeremy Waldron et consorts soulignant que le « *judiciaire n'est pas immunisé contre la panique populaire* »⁷⁰⁷ et qu'il peut, dans les situations dites d'urgence, montrer une certaine passivité face à la restriction des libertés civiles. Ramenés à la question des sanctions européennes, les propos tenus par cet officiel du Conseil permettent surtout de saisir le contraste entre la période allant de décembre 2001 à décembre 2006 et celle qui s'ouvre avec le premier des trois arrêts OMPI.

Parmi les représentations sur l'approche « *désigner et geler* », celle articulée autour du triangle danger, liberté et sécurité a d'abord été prépondérante et cette configuration du débat a eu tendance à poser les revendications en termes de libertés civiles comme problématiques. Cette vision dominante s'est ensuite faite concurrencer par une autre articulation conceptuelle, celle autour du triangle justice, liberté et sécurité à partir duquel ce sont davantage les mesures de sécurité en place qui ont été présentées comme posant problème.

Particulièrement révélatrice des luttes entre professionnels de la sécurité et professionnels de la justice, l'affaire OMPI montre comment, d'un espace de décision (la PESC) *a priori* à l'abri d'une supervision judiciaire, nous sommes aujourd'hui arrivés à une situation où les Etats membres doivent rendre compte des actes du Conseil affectant des individus et des organisations⁷⁰⁸. Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, le traité de Lisbonne a ainsi inclus une exception à la mise à l'écart de la Cour de justice de l'Union européenne vis-à-vis des dispositions et actes pris au nom de la PESC. L'article 275 TFUE précise que la Cour est compétente « *concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil* ».

Dans cette perspective, l'affaire OMPI peut aussi être analysée comme une lutte de compétences avec des professionnels de la justice ayant réussi à se faire reconnaître une capacité d'action dans un domaine où cette aptitude était pour le moins incertaine. Initialement décomposé en trois étapes, le circuit de la liste européenne comprend de plus en plus une étape supplémentaire et part ainsi de la chambre de compensation (groupe PC 931) pour généralement s'étirer jusqu'à la Cour de justice. A l'image de l'appel formé par les représentants français et des nuances récemment apportées par l'avocat général d'un côté⁷⁰⁹, de la persistance des revendications pour une protection juridictionnelle effective de l'autre, les tensions restent vives.

⁷⁰⁶ Entretien avec un officiel du secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, DG JAI, Bruxelles, juin 2006.

⁷⁰⁷ J. Waldron, *Security and Liberty : The Image of Balance*, *op. cit.* p. 191 ; L. Tribe, « Trial by fury: why Congress must curb Bush's military courts », *The New Republic*, 10 déc. 2001.

⁷⁰⁸ E. Guild, « The Uses and Abuses of Counter-Terrorism Policies in Europe : The Case of the Terrorist Lists », *op. cit.* Cela concerne toutefois des mesures PESC transposées par un règlement européen.

⁷⁰⁹ Conclusions de l'avocat général sur CJUE, aff. C-27/09 P, *France/People's Mojahedin Organization of Iran*, communiqué de presse n° 73/11 du 14 juillet 2011.

C- La liste externe et le Conseil de sécurité des Nations Unies : la permanence temporaire

Concomitantes des rapports de force mis en lumière à propos de la liste autonome, ces tensions autour des mécanismes de désignation et de radiation se sont cristallisées sur l'autre liste européenne, celle par laquelle a été transposé le programme de sanctions onusien. Le retentissement des discussions et décisions de justice autour de cette liste externe a été plus important dans la mesure où elles interfèrent, ne serait-ce qu'indirectement, avec des résolutions du Conseil de sécurité prises sous le chapitre 7 de la charte des Nations Unies primant sur le droit communautaire de l'Union européenne.

De ce point de vue, le cas de Yassin Abdullah Kadi constitue indéniablement un des éléments catalyseurs sur lequel a pris appui la critique. Cet homme d'affaires saoudien a été désigné, le 19 octobre 2001, par le comité 1267 de l'ONU comme étant affilié à Oussama ben Laden, Al-Qaida ou aux Taliban et ses comptes bancaires ont été gelés. Parmi les premiers inscrits, M. Kadi va également faire partie des premiers à contester sa mise à l'index et les sanctions inhérentes à cette situation devant les tribunaux européens. Son dossier va être traité de manière conjointe avec celui de la fondation Al Barakaat basée en Suède.

Cette dernière était une agence de la compagnie du même nom représentant le plus important système de remise de fonds opérant en Somalie, soit en quelque sorte la plus grosse banque et accessoirement le plus gros employeur du pays avant d'être « blacklistée » et fermée par les autorités américaines. Présentés comme étant les « *intendants de la terreur* » (*Quatermasters of Terror*) par le secrétaire au Trésor des Etats-Unis en novembre 2001, ce groupe et ses filiales ont été accusés – accusations abandonnées depuis – de financer le « terrorisme » en ayant fait transiter des millions de dollars au profit de ben Laden et d'Al-Qaida⁷¹⁰.

Avant cela, cette société de transfert d'argent jouait donc un rôle fondamental dans l'économie somalienne et dans les échanges financiers en direction de ce pays caractérisé par une forte instabilité politique et par l'absence de système bancaire. Bien que d'autres sociétés équivalentes soient progressivement venues combler le vide laissé, la fermeture abrupte d'Al Barakaat et de ses bureaux à travers le monde a eu un impact immédiat sur la population somalienne et les entités présentes sur ce territoire. « *Pour hawala et précisément le cas d'Al Barakaat, il y a eu un malaise avec la dureté américaine puisque des représentants de l'UE en Somalie nous disaient qu'eux aussi utilisaient ça de toute façon car c'était la norme sans réel système bancaire*⁷¹¹ ».

Les officiels de l'Union européenne mais aussi des Nations Unies étaient des utilisateurs réguliers des services proposés par cette compagnie afin de transmettre les fonds nécessaires aux opérations essentiellement humanitaires menées sur place⁷¹². Aucune preuve n'est finalement venue étayer les accusations proférées à l'encontre de la société Al Barakaat à propos d'un lien supposé très étroit avec Al Qaida. Aucune des personnes associées à Al

⁷¹⁰ Sur le cas Al Barakaat, V. : S. Maimbo, N. Passas, « The design, development, and implementation of regulatory and supervisory frameworks for informal funds transfer systems » in : Th. Biersteker, S. Eckert Sue (sous la dir.), *Countering the Financing of Terrorism*, op. cit., pp. 179-182 ; I. Warde, *Propagande impériale et guerre financière contre le terrorisme*, op. cit., pp. 189-199.

⁷¹¹ Entretien avec un officiel de la DG RELEX et un expert national détaché, Commission européenne, Bruxelles, mars 2006.

⁷¹² S. Maimbo, N. Passas, « The design, development, and implementation of regulatory and supervisory frameworks for informal funds transfer systems » in Th. Biersteker, S. Eckert Sue (sous la dir.), *Countering the Financing of Terrorism*, op. cit.

Barakaat et arrêtées aux Etats-Unis n'a finalement été inculpée de participation ou de soutien à une quelconque activité « terroriste » et la plupart des fonds gelés ont depuis été débloqués.

Il n'en reste pas moins que M. Kadi et la branche suédoise d'Al Barakaat ont donc été dans les premiers *pecially designated global terrorists* listés par l'administration Bush en réaction aux événements du 11 septembre 2001. En vigueur le 12 octobre et « multilatéralisée » sept jours plus tard via le comité 1267, cette décision américaine est devenue onusienne à l'instar des 267 désignations d'individus et d'entités proposées par les Etats-Unis et universalisées sous l'égide du Conseil de sécurité entre fin septembre 2001 et mars 2003⁷¹³.

Après un premier arrêt ambivalent du tribunal de première instance ayant rejeté les allégations des plaignants en septembre 2005, la CJCE va annuler en appel, trois ans plus tard, le règlement du Conseil gelant les fonds des intéressés⁷¹⁴. Reconnaisant une violation des droits de la défense, les juges entendent alors surtout signifier « *que les juridictions communautaires sont compétentes pour contrôler les mesures adoptées par la Communauté qui mettent en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies*⁷¹⁵ ». Bien qu'il ne se prononce nullement sur la décision du Conseil de sécurité au fondement des mesures imposées à M. Kadi et qu'il n'induisse pas la radiation de ce dernier (ni d'Al-Barakaat⁷¹⁶), cet arrêt du 3 septembre 2008 a alimenté la controverse au sujet de la liste onusienne⁷¹⁷.

Outre les débats ouverts sur un éventuel conflit entre ordres juridiques européen et international⁷¹⁸, ce cas a focalisé l'attention sur le fait que les personnes et entités listées pouvaient l'être pour des motifs fondés sur des renseignements classés confidentiels et donc partiellement aux suspects sanctionnés. Au fil des années, de nombreux rapports ont insisté sur cette situation en l'assimilant à un écart indigne entre d'un côté la faiblesse des exigences requises par les standards de *listing* et de l'autre la garantie des droits fondamentaux des individus⁷¹⁹. Qu'elles soient modérées ou extrêmement virulentes, ces mises en accusation

⁷¹³ A. Wayne (Assistant secretary for economic and business affairs), "International Dimension of Combating the Financing of Terrorism", *Testimony to House Committee on International relations, subcommittee on international terrorism, non-proliferation and human rights*, 108th Congress, 1st session, Washington D.C., 26 mars 2003.

⁷¹⁴ TPICE, 21 sept. 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation et Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'UE*, aff. T-306/01, Rec. 2005, p. II-03533 et TPICE, 21 sept. 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-315/01, Rec. 2005, p. II-03649.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ La fondation Al-Barakaat établie en Suède sera toutefois retirée de la liste onusienne en oct. 2009 et abandonnera son action en justice tandis que M. Kadi, toujours inscrit, persistera. Le cas de la branche suédoise d'Al-Barakaat a fait très tôt l'objet de mobilisations en Suède autour des ressortissants suédois listés et a même été un enjeu évoqué lors d'élections politiques dans ce pays en 2002. B. Zagaris, « The Merging of the Counter-Terrorism and Anti-Money Laundering Regimes », *Law & Policy in International Business*, vol. 34, 2003, pp. 45-108.

⁷¹⁷ Suite à un recours analogue, le tribunal de première instance a également annulé la décision du Conseil gelant les fonds d'Omar Mohammed Othman : TPICE, 11 juin 2009, *Omar Mohammed Othman c. Conseil et Commission*, aff. T-318/01, Rec. 2009, p. II-01627.

⁷¹⁸ H. Chatham, *UN and EU Sanctions : Human Rights and the Fight against Terrorism - The Kadi case*, *Summary of the Chatham House International Law Discussion Group*, 22 janv. 2009.

⁷¹⁹ A titre d'exemples : Watson Institute for international studies, *Strengthening Targeted Sanctions*. Targeted Sanctions Project, 2006 ; D. Marty (Rapporteur). *Report : United Nations Security Council and European Union blacklists*. Committee on Legal Affairs and Human Rights, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 16 nov. 2007 ; International Commission of Jurists, *Assessing Damage, Urging Action : Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights*, 2009 ; G. Lopez et al., *Overdue Process : Protecting Human Rights while Sanctioning Alleged Terrorists (A Report to Cordaid from the Fourth Freedom Forum and Kroc Institute for International Peace Studies at the University of Notre Dame)*, avr. 2009 ; B. Hayes, G. Sullivan, *Blacklisted : Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, *op. cit.*

prennent généralement la forme de « *critiques internes* » qui, même si elles ne remettent pas en cause l'idée des sanctions ciblées, prétendent juger l'Organisation des Nations Unies et l'Union européenne à l'aune de leurs propres principes⁷²⁰.

Une coalition d'États européens⁷²¹ a bien préconisé, auprès du Conseil de sécurité, un système de révision judiciaire indépendant des décisions de listing avant même l'arrêt Kadi⁷²² et des réformes ont pourtant été engagées au fur et à mesure des résolutions mais elles n'ont pas apaisé les tensions⁷²³.

En 2009, les discussions continuaient d'achopper sur le type de mécanisme révisionnel approprié, les membres du Conseil de sécurité (à commencer par les représentants des cinq permanents) arguant du caractère administratif et préventif de la liste pour la placer au-dessus de toute révision judiciaire⁷²⁴ : « *Le Conseil de sécurité a reconnu qu'il y avait un besoin d'améliorer les procédures de recours et a travaillé dans ce sens mais cela ne peut se faire que jusqu'à un certain point car qui est en charge de ces procédures en dernière instance ? Est-ce le Conseil de sécurité, les tribunaux nationaux ou régionaux ? Les représentants du Conseil de sécurité vous répondront toujours que c'est et que cela doit être le Conseil de sécurité et que si vous pensez à un organisme indépendant pour fournir une révision judiciaire efficace, alors vous êtes en dehors du Conseil de sécurité, c'est autre chose. Et vous ne pouvez pas avoir le Conseil de sécurité nommant un tel organisme chargé d'examen judiciaires effectifs car le Conseil nommera seulement un autre organisme intergouvernemental qui ne sera pas cette sorte d'instance judiciaire ; ce n'est pas une cour créant une cour d'appel. Donc vous avez cette relation entre l'huile et l'eau, entre ce qui est politique et ce qui est judiciaire et nous attendons de voir comment cela va se décanter, se diluer* »⁷²⁵.

Depuis cet entretien réalisé en avril 2009, les choses se sont effectivement décanterées quelque peu au cours de cette même année au gré des rapports de force émaillés par le dénouement d'autres affaires emblématiques, telles que celle de Nabil Sayadi et Patricia Vinck, elle aussi révélatrice des tensions suscitées par les listes.

A cette tension (médiatisée)⁷²⁶ autour de la révision de la liste externe, du droit d'être entendu et de pouvoir bénéficier d'un contrôle juridictionnel effectif, se superpose logiquement celle concernant les difficultés éprouvées pour ne plus être répertorié sur les « *listes noires* ». En effet, un retrait de la liste ONU requiert un consentement unanime du Conseil de sécurité. Le dévoilement critique des implications de cet état de fait a été relayé par la médiation d'articles de presse relatant le parcours de « *victimes collatérales* » de la lutte anti-terroriste. Parmi les récits d'« *innocents accusés à tort* », il convient d'évoquer le cas

⁷²⁰ Sur la notion de critique interne et sa distinction de critique externe, V. C. Lemieux, *Mauvaise presse, une sociologie compréhensive du travail journalistique et de ses critiques*, Métailié, 2000 ; D Linhard, « Epreuve terroriste et forme affaire : Allemagne, 1964-1982 » in L. Boltanski et al. (sous la dir.), *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Stock, 2007, pp. 307-328.

⁷²¹ Avec notamment l'Allemagne, le Danemark, le Liechtenstein, les Pays-Bas, la Suède et la Suisse.

⁷²² United Nations, *Enclosure : Improving the Implementation of Sanctions Regimes Through Ensuring "Fair and Clear Procedures"*, New York, 2 juil. 2008.

⁷²³ Conseil de sécurité, Résolutions 1617 (2005), 1720 (2006), 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009) et 1989 (2011).

⁷²⁴ G. Lopez et al., *Overdue Process : Protecting Human Rights while Sanctioning Alleged Terrorists (A Report to Cordaid from the Fourth Freedom Forum and Kroc Institute for International Peace Studies at the University of Notre Dame)*, op. cit.

⁷²⁵ Entretien avec un officiel onusien de l'équipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions chargée d'aider le comité 1267 à remplir son mandat, New York, févr. 2009.

⁷²⁶ C. Whitlock, "Terrorism Financing Blacklists at Risk", *The Washington Post*, 2 novembre 2008.

symbolique de Nabil Sayadi et Patricia Vinck, dé-listés en juillet 2009, qui a été particulièrement commenté, notamment dans la presse belge et française⁷²⁷.

Ce couple belge a officiellement été enregistré le 23 janvier 2003 par le comité 1267 suite à l'ouverture d'une instruction judiciaire entamée en Belgique le 3 septembre 2002 et à des informations transmises à ce comité par les représentants de l'Etat belge le 19 novembre 2002. La décision onusienne est alors transposée dans la liste externe de l'Union européenne dès le 27 janvier. Bien que le détail des renseignements sous-tendant ces désignations reste confidentiel et donc inaccessible aux deux personnes visées, l'information générale est que Nabil Sayadi et Patricia Vinck sont respectivement directeur et secrétaire de la « *fondation secours mondial* » présentée comme la branche européenne de *Global Relief Foundation*. Soupçonnée d'être associée à Al-Qaida, cette association américaine a été mise à l'index aux Etats-Unis et aux Nations Unies en octobre 2002.

Désormais listé et sanctionné, le couple multiplie dès 2003 les démarches auprès des autorités belges et européennes pour être radié, sans succès. La Commission européenne comme le gouvernement belge invoquent en effet la primauté des décisions émanant du Conseil de sécurité qui, selon eux, les privent de toute capacité à accéder à la demande formulée⁷²⁸. Confrontés à cette fin de non-recevoir, les « *suspects de terrorisme* » lancent alors une procédure judiciaire en Belgique au début de l'année 2004. Le 11 février 2005, celle-ci aboutit au jugement du tribunal de première instance de Bruxelles enjoignant l'Etat belge d'initier une demande de radiation auprès du comité de sanctions des Nations unies.

En outre, le 19 décembre 2005, ce même tribunal confirmera l'innocence des prévenus en prononçant un non-lieu après plus de trois ans d'instruction judiciaire. Pour autant, si les représentants de l'Etat belge ont bien sollicité, après chaque jugement, le comité 1267 pour dé-lister leur nationaux, aucune décision ne viendra valider cette requête. Evoquant l'idée de « *mort civile* »⁷²⁹ engendrée par le gel de leurs avoirs, l'atteinte à leur réputation et la privation de passeport, de travail et de revenus avec quatre enfants à charge, les plaignants – par la voix de leur avocat – finiront par saisir le Comité des droits de l'Homme de l'ONU en mars 2007.

Cette démarche inscrit *de facto* la tension justice/sécurité à l'intérieur même du système onusien à travers la position adoptée par le Comité des droits de l'Homme. Le 29 décembre 2008, celui-ci rend un avis très critique envers l'attitude de l'Etat belge, estimant qu'il a le «

⁷²⁷ A titre d'exemples : *La libre Belgique*, « Affaire Sayadi-Vinck: le troisième essai », 19 déc. 2008 ; « Plainte à Genève contre la Belgique », 1er juin 2006 ; *Le Monde*, « Un couple belge dans l'enfer de la lutte anti-terroriste », 3 juin 2006 ; « Inscrit sur la liste antiterroriste de l'ONU, un couple belge, innocenté, est réduit à une "mort civile" », 24 déc. 2008 ; *Le Soir*, « Deux belges figés sur la liste des sympathisants d'Al-Qaida », 12 sept. 2003 ; « La commission 11 septembre ne peut rien prouver - Al-Qaida : deux belges "innocentés" », 26 août 2004 ; « Radier deux belges de la liste des terroristes - les Sayadi-Vinck réhabilités », 24 févr. 2005 ; « Nabil Sayadi et Patricia Vinck », 23 déc. 2008 ; « L'ONU les retire d'une liste de "terroristes": Sayadi et Vinck sont enfin réhabilités », 23 juillet 2009 ; « Nabil Sayadi mis au ban de la société pendant six ans : "On nous appelait Ben Laden" », 24 juill. 2009.

⁷²⁸ United Nations, Human rights Committee, *Communication No. 1472/2006 : Nabil Sayadi and Patricia Vinck/Belgium on Application to have names removed from the Consolidated List of the United Nations Sanctions Committee*, 22 oct. 2008.

⁷²⁹ Cette rhétorique de « *mort civile* » est également employée par d'autres, comme Jose Maria Sison, pour matérialiser les implications de l'« *injustice* » dont ils considèrent être frappés, espérant ainsi mobiliser autour de leur « *cause* ». Entretien avec Jose Maria Sison, Utrecht, juin 2009 ; entretien téléphonique avec Georges-Henri Beauthier (avocat de Nabil Sayadi et Patricia Vinck), juin 2009. V. aussi The International defence committee, *European Court to hear Sison complaint against terrorist blacklist of EU Council*, 28 avr. 2009 ; Suite à l'arrêt du 30 sept. 2009, le nom de M. Sison a finalement été retiré de la liste autonome telle que révisée le 22 déc. 2009 : TPICE, aff. T-341/07, *Jose Maria Sison c. Conseil* ; Council of the European Union, *Review of the EU autonomous regime on measures to combat terrorism*, 22 décembre 2009.

*devoir de faire tout ce qu'il peut pour retirer les deux noms de la liste dès que possible*⁷³⁰ ». En conséquence de quoi, les autorités belges émettent une troisième demande de radiation qui va finalement déboucher, le 21 juillet 2009, sur la réhabilitation des deux personnes après six ans d'inscription et de mesures restrictives dites temporaires.

S'ajoutant aux questionnements d'ores et déjà incessants sur le programme de sanctions anti-terroristes, le dénouement de l'affaire Sayadi-Vinck a participé au choix des membres du Conseil de sécurité d'adopter en décembre 2009 la résolution 1904⁷³¹. Celle-ci marque une évolution notable avec la création d'un « *bureau du médiateur du comité 1267* ».

Remettant à plat les procédures jugées insuffisantes des réformes antérieures, cette résolution mandate un médiateur indépendant chargé de recevoir les demandes de radiation et de les répercuter auprès du comité 1267. En cela, le médiateur se substitue au « *point focal* » mis en place en 2006 pour remplir cette fonction et pallier l'impossibilité pour les personnes et entités listées de contester directement leur désignation auprès des Nations Unies⁷³².

Avant l'introduction de ce point focal, les inscrits sur la liste ONU ne pouvaient effectivement pas réagir par leurs propres moyens, ne serait-ce que pour faire connaître leur désaccord et plaider leur cause. L'unique solution pour que leur demande de radiation soit formellement prise en compte était de solliciter en amont les autorités de leur Etat de résidence ou de nationalité et de les convaincre de bien vouloir se faire leur intermédiaire en transmettant leurs griefs au comité 1267. Très décriée, cette dépendance initiale vis-à-vis d'un Etat avait donc déjà été gommée par la résolution 1730. Succédant au point focal, l'originalité du bureau du médiateur est qu'il ne se contente pas de transférer telles quelles les contestations qui lui sont adressées. Il doit informer les membres du comité par le biais d'un rapport contenant les principaux arguments soutenant les demandes reçues. Pour ce faire, le rôle du médiateur consiste à collecter les informations provenant aussi bien des « *pétitionnaires* » (les « *blacklistés* » ayant soumis une demande de radiation) que des Etats et instances concernés.

Là où en 2002 la résolution 1390 instaurait *de facto* un nouveau rapport très asymétrique entre l'ONU (via le Conseil de sécurité/Comité 1267) et l'individu (via les personnes listées), il s'agit ici de rééquilibrer cette relation avec un médiateur passeur d'informations entre deux interlocuteurs qui ne sont pas en contact direct. Ancienne juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et ancienne chef de la section des avis juridiques de l'office des Nations Unies contre la drogue et le crime, la canadienne Kimberly Prost a été officiellement désignée à ce poste de médiateur par le secrétaire général de l'ONU, Ban Ki Moon, en juin 2010.

Si elle a été accueillie comme une avancée positive, l'instauration d'une médiatrice n'a pas pour autant mis un terme au débat, loin de là, sur la protection juridictionnelle des « *blacklistés* » et sur l'accès aux renseignements sous-tendant leurs désignations. Dans son rôle de rapporteur spécial des Nations Unies, Martin Scheinin a par exemple critiqué en août 2010 le manque de transparence et l'absence d'examen même proto-judiciaire qui caractérisent

⁷³⁰ United Nations, Human rights Committee, *Communication No. 1472/2006 : Nabil Sayadi and Patricia Vinck/Belgium on Application to have names removed from the Consolidated List of the United Nations Sanctions Committee*, *op. cit.*

⁷³¹ Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1904*, New York, S/RES/1904, 17 déc. 2009.

⁷³² Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1730*, New York, S/RES/1730, 19 déc. 2006.

toujours selon lui le programme de sanctions onusien avec un médiateur n'étant même pas autorisé à faire des recommandations au comité 1267⁷³³.

Puis, en septembre 2010, des observations similaires ont été formulées par le Tribunal de l'Union européenne lorsque celui-ci a statué sur le recours introduit par M. Kadi contestant son maintien sur la liste ONU-UE après l'arrêt crucial de la Cour de justice de septembre 2008. Annulant pour la seconde fois le règlement gelant les fonds de Yassin Abdullah Kadi, les juges de Luxembourg ont cette fois estimé que le respect des droits de la défense du requérant n'avait été que de pure forme sans l'accès aux éléments à charge : « *En réalité, cet accès a été refusé malgré sa demande express, sans aucune mise en balance des intérêts au regard de la nécessité de protéger la confidentialité des informations en question. Dans ces conditions, les quelques éléments d'information et les vagues allégations figurant dans le résumé des motifs apparaissent comme étant manifestement insuffisants pour permettre à M. Kadi de réfuter de façon efficace les accusations dont il fait l'objet, en relation avec sa prétendue participation à des activités terroristes* »⁷³⁴.

Bien que le recours de M. Kadi soit antérieur à la mise en place du bureau du médiateur, les membres du Tribunal de l'Union européenne ont pris soin d'inclure ce dernier dans leurs remarques en indiquant qu'une protection juridictionnelle effective n'était toujours pas garantie par les nouvelles procédures de réexamen du comité 1267. Ils ont estimé que les critiques exprimées à l'égard des insuffisances du « point focal » dans l'arrêt Kadi de 2008 « *demeurent fondamentalement valables à l'heure actuelle, même en tenant compte du « bureau du médiateur », dont la création a été décidée en son principe par la résolution 1904 (2009) et qui a été très récemment pourvu. En substance, le Conseil de sécurité n'a toujours pas estimé opportun d'établir un organe indépendant et impartial chargé de statuer, en droit comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le comité des sanctions. En outre, ni le mécanisme du point focal ni l'office du médiateur ne remettent en cause le principe selon lequel la radiation d'une personne de la liste du comité des sanctions requiert un consensus au sein de ce comité. De plus, le choix des éléments de preuve qui peuvent être révélés à l'intéressé continue à relever de l'entière discrétion de l'État qui a proposé l'inscription de celui-ci sur la liste du comité des sanctions, et aucun mécanisme ne garantit que l'intéressé dispose de suffisamment d'éléments d'information pour lui permettre de se défendre utilement (ni même qu'il connaisse l'identité de l'État qui a demandé son inscription sur la liste du comité des sanctions). Pour ces motifs au moins, la création du point focal et du médiateur ne saurait être assimilée à l'institution d'un recours juridictionnel effectif contre les décisions du comité des sanctions* »⁷³⁵.

La crédibilité et la légitimité du programme de sanctions étant une nouvelle fois mises à mal, les représentants du Conseil de sécurité ont réagi à ces griefs en étendant le mandat du médiateur. Adoptée en juin 2011, la résolution 1989 répond en partie aux appréciations sévères de Martin Scheinin et du Tribunal de l'Union européenne⁷³⁶. Concernant les inquiétudes du premier, cette résolution donne désormais à la médiatrice l'opportunité d'ajouter ses

⁷³³ United Nations General Assembly, M. Scheinin, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*. New York, A/65/258, 6 août 2010.

⁷³⁴ Trib. UE, aff. T-85/09 *Yassin Abdullah Kadi c. Commission*, Communiqué de presse n° 95/10, 30 sept. 2010, p. 2.

⁷³⁵ Trib. UE, 30 sept. 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne*, aff. T-85/09, Rec. 2010, p. II-05177.

⁷³⁶ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1989 (2011) du 17 juin 2011, S/RES/1989. Il convient de noter qu'avec cette résolution et la résolution 1988 prise le même jour, le Conseil de sécurité fait désormais la distinction entre Al-Qaïda et les Taliban avec deux programmes de sanctions différents ; la liste initiée avec la résolution 1267 en 1999 est ainsi réservée aux personnes et entités supposées liées à Al-Qaïda.

propres recommandations aux rapports à fournir au comité 1267 sur les radiations sollicitées. Concernant les attendus du second, la résolution n'abolit pas totalement le principe du consensus qui s'applique au sein du comité pour aboutir à un retrait de la liste mais elle l'inverse dans un premier temps.

En effet, une fois que la médiatrice a émis un avis favorable sur une demande de radiation, le retrait devient effectif au bout de 60 jours si tant est que les membres du comité 1267 ne décident par consensus de maintenir les mesures restrictives à l'encontre du pétitionnaire. Cependant, dans les cas non consensuels où des réticences sont tout de même exprimées par certains représentants du comité, c'est au président de ce dernier, à la demande d'un des membres réfractaires, de porter formellement la question du retrait au Conseil de sécurité où elle sera tranchée, par consensus...

Sinon, la résolution « *engage très instamment* » les Etats ayant instigué une désignation de bien vouloir faire connaître leur identité à la personne ou à l'organisation visée à partir du moment où une demande de radiation a été soumise. Enfin, elle « *prie très instamment* » les Etats de livrer « *toute information utile* » au bureau du médiateur, « *y compris, s'il y a lieu, toute information confidentielle pertinente* », précisant au passage que la médiatrice est tenue au principe de confidentialité⁷³⁷.

Ces derniers changements concédés par les représentants du Conseil de sécurité sont donc perceptibles mais ils s'accompagnent de tournures à la portée ambiguë (« *très instamment* ») et surtout ne satisfont pas l'ensemble des points soulevés sur le plan de la protection juridictionnelle. Il n'y a d'ailleurs rien d'étonnant à cela tant ils refusent d'appliquer des garanties procédurales semblables à celles de la justice criminelle à cette approche « *désigner et geler* » qui a justement été utilisée pour affranchir l'anti-terrorisme de la logique pénale. La politique des petits pas adoptée par les membres du Conseil de sécurité pour sauvegarder la mise en œuvre de leur programme de sanctions illustre en quelque sorte l'impasse dans laquelle ils se trouvent.

Plus ils se voient contraints, par petites touches successives, d'accommoder leur mécanisme administratif à de nouvelles règles de procédures nécessaires à sa légitimité contestée, plus ils lui retirent sa raison d'être, contourner la procédure pénale « *normale* ». Qu'elle ait été prise pour « *agir avant que l'autre n'agisse* » ou, plus prosaïquement, pour pallier le manque de preuves recevables devant un tribunal pénal, cette raison d'être paraît fatalement incompatible avec les revendications portées par Scheinin et les juges européens. C'est tout simplement à une différence de nature que l'on a affaire entre les listes comme décisions politico-administratives et les décisions judiciaires. Incontestable du point de vue procédural, cette différence de nature s'atténue pourtant fortement dans les effets pratiques de ces décisions, donnant lieu à un paradoxe qui s'avère aussi être une source de critiques envers les listes.

Le « *Tribunal constate que, étant donné la portée générale et la persistance des mesures de gel des fonds, le règlement constitue également une restriction injustifiée du droit de propriété de M. Kadi* »⁷³⁸. Dans leur arrêt de septembre 2010, les juges européens démontrent l'actualité d'une problématique ancienne de l'anti-terrorisme parfaitement illustrée par les listes, celle de la « *permanence temporaire* »⁷³⁹.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ Communiqué de presse n° 95/10 du 30 sept. 2010 sur Trib UE, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission*, aff. T-85/09.

⁷³⁹ Sur ce point, V. notamment L. Donohue, « Temporary permanence: The Constitutional Entrenchment of Emergency », *Stanford Journal of Legal Studies*, vol. 1, n°1, 1999, pp. 35-71 ; L. Donohue, *Counter-Terrorist Law and Emergency Powers in the UK, 1922-2000*, Irish Academic Press, 2001, Dublin.

Telle qu'elle est appliquée, l'approche « *désigner et geler* » constitue un exemple particulier faisant écho à l'enjeu plus général des mesures d'urgence présentées comme temporaires mais qui tendent *de facto* à devenir permanentes. Déjà en 2006, Martin Scheinin exprimait son inquiétude vis-à-vis des sanctions du comité 1267 supposées provisoires mais se révélant potentiellement illimitées dans le temps. Une fois listées, les personnes et entités concernées le restent effectivement pour une durée indéfinie.

Alors que l'idée de mesures préventives *a priori* temporaires a pu être mobilisée pour justifier le faible encadrement de ces sanctions administratives, la permanence constatée du provisoire constitue désormais un appui critique supplémentaire pour les détracteurs du fonctionnement actuel des listes : « *La position des individus inscrits sur nos listes européennes n'est pas du tout la même, en termes de conséquence, que celle des individus soumis à une procédure pénale. Les mesures sont tout à fait différentes, dans le premier cas l'ordre est donné aux banques de geler des avoirs, ce sont des mesures restrictives, pas des punitions comme dans le second cas* »⁷⁴⁰.

« *Le gel de fonds, contrairement à la confiscation, est sans effet sur la propriété des fonds concernés*⁷⁴¹ ». Pour un individu listé depuis près de 10 ans, la différence entre la permanence d'une « *punition* » pénale de confiscation de ses fonds et le provisoire d'une « *restriction* » administrative de gel de ses avoirs peut toutefois devenir extrêmement floue dans les faits. C'est en tout cas ce qu'a estimé le tribunal européen en soulignant les atteintes au droit de propriété subies par Yassin Abdullah Kadi.

Que ce soit sur la liste interne ou externe de l'Union européenne, les tensions autour de la relation justice, sécurité et liberté ont été et continuent donc d'être d'une grande intensité. En touchant directement à la légitimité de l'approche « *désigner et geler* », les luttes à l'œuvre ont indéniablement eu des retombées négatives sur les listes et ont, par là-même, entamé si ce n'est annihilé une de leur qualité supposée, à savoir leur utilité politique. Les listes demeurent certes symboliques de la lutte contre le « *terrorisme international* » mais de moins en moins pour les raisons espérées par leurs promoteurs.

Anthony Amicelle

⁷⁴⁰ Entretien avec un officiel de la DG RELEX et un expert national détaché, Commission européenne, Bruxelles, mars 2006.

⁷⁴¹ Conseil de l'Union européenne, *Meilleures pratiques de l'UE en ce qui concerne la mise en œuvre effective de mesures restrictives*. Bruxelles, 15115/05, 29 nov. 2005.

La lutte contre le blanchiment de capitaux à des fins terroristes

Lutter contre le terrorisme en asséchant ses sources de financement est le fil conducteur qui gouverne l'ensemble des politiques publiques de lutte contre le terrorisme. Ce combat a pris une importance particulière dans le contexte de l'après 11 septembre 2001. Il s'opère principalement dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux. Cependant, celui-ci ne représente qu'un des aspects du financement du terrorisme. En effet, les sources de financement du terrorisme sont aussi bien légales qu'illégales. Le délit de blanchiment de capitaux à fins terroristes ne recouvre pas exactement celui de financement du terrorisme. Le blanchiment consiste à déplacer ou à dissimuler des actifs obtenus ou produits par une activité illégale. Il s'agit d'un délit pénalement sanctionné consistant à donner une apparence légitime à des capitaux qui, en vérité, proviennent d'activités illicites telles que le trafic de stupéfiants, la corruption, la prostitution, le trafic d'armes, certains types de fraude fiscale, etc.

Cependant, si la lutte contre le financement du terrorisme s'opère principalement dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux, le financement du terrorisme ne recouvre pas exactement le délit de blanchiment de capitaux. Les terroristes peuvent recourir à des fonds obtenus légalement, sans qu'il y ait préalablement blanchiment.

Pour cette raison, les systèmes juridiques connaissent généralement à côté du délit de blanchiment de capitaux, qui s'attache à prouver le caractère illicite des fonds, le délit général de financement d'une activité terroriste, qui s'intéresse, non pas à l'origine des fonds mais à leur destination.

La lutte contre le financement du terrorisme à travers la lutte contre le blanchiment des capitaux est devenue l'une des préoccupations majeures des États au cours des deux dernières décennies tant sur le plan interne qu'international. L'Union européenne ne pouvait que s'emparer de ce phénomène qui transcende les frontières et qui se joue d'elles. Les événements dramatiques du 11 septembre 2001 n'ont fait qu'accélérer et accentuer un processus d'encadrement international commencé trois décennies plus tôt. Le renforcement continu de l'arsenal juridique, même s'il est inéluctable (I) ne va cependant pas sans poser des questions assez préoccupantes non seulement en terme d'efficacité, mais également et surtout, en termes de respect des libertés fondamentales dans nos sociétés qui se veulent démocratiques et libérales (II).

Finalement, le terrorisme international n'est-il pas sur le point de gagner insidieusement la partie, gangrénant un peu plus chaque jour nos sociétés jusqu'ici libérales, en en faisant des sociétés de soupçon et de délation. Le remède n'est-il pas, sinon pire, au moins aussi maléfique que le mal à combattre?

I- Un renforcement continu de la lutte contre le blanchiment de capitaux dans le cadre de l'Union européenne

Au-début des années quatre-vingt, la communauté internationale a commencé à se mobiliser pour mettre en place une politique d'action commune de lutte contre le blanchiment de l'argent sale, et tout particulièrement contre le développement de la criminalité organisée⁷⁴².

⁷⁴² En particulier le trafic de stupéfiants. Il n'était pas encore question ou très peu de lutter contre le terrorisme.

Les pays européens ont été les premiers à réagir, avec l'adoption de la recommandation du Conseil de l'Europe du 27 juin 1980, bientôt suivie par le reste de la communauté internationale. La déclaration de Bâle du 12 décembre 1988 ou « *déclaration de principes du comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires* » puis la Convention de Vienne du 20 décembre 1988 sont les premières manifestations internationales contre le blanchiment d'argent des organisations criminelles.

Le résultat de ces initiatives est la création du Groupe d'action financière internationale (ci-après GAFI) en 1989, lors d'une réunion du G7 à Paris⁷⁴³. Cet organisme propose en février 1990, 40 recommandations, propositions qui ont été reprises dans leurs législations par un certain nombre d'Etats, en particulier la France.

Le Conseil de l'Europe a adopté à Strasbourg le 8 novembre 1990 une convention visant le dépistage du blanchiment, la saisie et la confiscation des produits du crime, ratifiée par la France le 8 octobre 1996. Un des objets de cette convention était déjà d'imposer la levée du secret bancaire.

Ces principes ont été repris par l'Union européenne dans le cadre de plusieurs directives et introduit dans la législation interne des Etats membres.

A- Le cadre juridique communautaire et européen foisonnant

1- Un encadrement européen de plus en plus contraignant

Le dispositif communautaire de lutte contre le blanchiment de capitaux repose sur l'idée que tous les Etats de l'Union européenne doivent participer efficacement à la lutte contre le blanchiment de capitaux en instaurant une surveillance par les opérateurs économiques et financiers. Au départ circonscrit à certains délits, ce dispositif s'est progressivement étendu pour viser aujourd'hui presque tous les délits.

L'Union européenne n'a, en effet, cessé de renforcer les dispositions anti-blanchiment. Alors que la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991 n'imposait aux Etats membres de combattre le blanchiment de capitaux que pour certaines infractions les plus graves (principalement le trafic de stupéfiants), la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 du Parlement européen et du Conseil a étendu le dispositif à tout type de participation délictuelle ou criminelle à une infraction grave⁷⁴⁴. La directive du 26 octobre 2005 parachève l'évolution en définissant l'infraction grave comme englobant toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté d'une durée maximale supérieure à un an⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Le GAFI est un organisme intergouvernemental dont le but est de développer et de promouvoir une réponse internationale pour lutter contre le blanchiment d'argent. En oct. 2001, le GAFI a étendu sa mission pour y inclure la lutte contre le financement du terrorisme. Le GAFI est un organisme d'élaboration des politiques, qui rassemble des experts juridiques, financiers et policiers. Depuis 2007, ses membres se composent de 34 pays et territoires et deux organisations régionales. En outre, le GAFI travaille en collaboration avec un certain nombre d'instances et organisations internationales telles que le Fonds monétaire international, la Banque centrale européenne, Interpol, l'OCDE, l'ONUUDC... Ces entités ont le statut d'observateur auprès du GAFI, statut qui, s'il ne donne pas le droit de vote, permet cependant une pleine participation aux séances plénières et aux groupes de travail.

⁷⁴⁴ Il s'agissait du financement du terrorisme, des activités criminelles organisées, au trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, ou encore la corruption.

⁷⁴⁵ Outre les trois directives anti-blanchiment, d'autres textes communautaires sont venus compléter lesdites directives. V. pour exemples, Parlement européen et Conseil, Règlement 1889/2005/CE du 26 oct. 2005 *relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté*, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 9 ; Commission européenne, Directive 2006/70/CE de la Commission du 1^{er} août 2006 *portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des*

a) La directive Blanchiment I : les bases d'un dispositif qui reste limité aux professions financières

La directive 91/308/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux a été adoptée le 10 juin 1991⁷⁴⁶. Elle exigeait uniquement des établissements de crédit et institutions financières qu'ils identifient leurs clients, adoptent des programmes de lutte contre le blanchiment et passent outre le secret bancaire pour l'information des autorités en cas de soupçon.

Le 1^{er} juillet 1998, la Commission européenne a publié un rapport d'évaluation sur l'application de la directive 91/308/CEE⁷⁴⁷. Ce rapport affirmait que la situation relative à l'application de la directive était très satisfaisante, tous les Etats membres l'ayant transposée en droit national. Les conclusions du rapport portaient sur la nécessité d'actualiser et d'élargir le champ d'application de la directive.

b) La directive blanchiment II : un élargissement du dispositif aux professions non financières

La directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et communément désignée comme deuxième directive anti-blanchiment étend le champ d'application de la lutte contre le blanchiment⁷⁴⁸, à un ensemble d'activités et de professions non financières et notamment à la profession d'avocat⁷⁴⁹.

personnes politiquement exposées et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée, JO L 214 du 4 août 2006, p. 29.

Parlement européen et Conseil, Règlement 1781/2006/CE du 15 nov. 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds, JO L 345 du 8 déc. 2006, p. 1.

⁷⁴⁶ Conseil, Directive 91/308/CEE du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, JO du 28 juin 1991, p. 77.

⁷⁴⁷ Commission européenne, Rapport d'évaluation du 1^{er} juillet 1998 sur l'application de la directive 91/308/CEE, COM (1998) 395 final.

⁷⁴⁸ Parlement européen et Conseil, Directive 2001/97/CE du 4 déc. 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, JO du 28 déc. 2001, p. 76.

⁷⁴⁹ Elle introduit un nouvel article 2 bis qui précise les établissements auxquels sont imposées des obligations en matière de lutte contre le blanchiment. Les Etats membres veillent à ce que les obligations prévues par la présente directive soient imposées aux établissements suivants :

- 1) établissements de crédit tels que définis à l'article 1^{er}, point A ;
- 2) institutions financières telles que définies à l'article 1^{er}, point B ; ainsi qu'aux personnes morales ou physiques suivantes, agissant dans l'exercice de leur profession :
- 3) commissaires aux comptes, experts-comptables externes et conseillers fiscaux ;
- 4) agents immobiliers ;
- 5) notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent, en assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant : l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales; la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client; l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles; l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés; la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires; ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière ;
- 6) marchands d'articles de grande valeur, tels que pierres et métaux précieux, ou d'œuvres d'art et commissaires-priseurs, lorsque le paiement est effectué en espèces, pour une somme égale ou supérieure à 15 000 € ;

La directive détermine les activités non concernées par la déclaration de soupçon⁷⁵⁰. Les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer d'obligation de déclaration de soupçon aux avocats pour les informations reçues lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client, dans l'exercice de la mission de défense ou de représentation d'un client dans une procédure judiciaire⁷⁵¹.

A l'inverse, la directive prévoit une obligation de déclaration de soupçon lorsque les avocats assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions financières ou immobilières ou agissent dans certaines matières⁷⁵². Les Etats membres peuvent désigner un organe d'autorégulation approprié comme autorité à qui communiquer la déclaration de soupçon⁷⁵³

La directive blanchiment II donnait la possibilité aux Etats membres d'autoriser les avocats à informer leur client qu'ils vont faire ou ont fait une déclaration de soupçon.

En dehors de l'obligation de déclaration de soupçon, des obligations de vigilance s'imposent aux avocats. Il s'agit de vérifier, dans le cadre d'une consultation juridique préalable, l'identité du client, du donneur d'ordre et de l'ayant-droit économique de l'opération financière ou immobilière à laquelle l'avocat participe, de vérifier que l'opération à laquelle l'avocat participe est en rapport avec l'activité et le patrimoine légitime du client, l'origine et la destination des fonds lors du paiement du prix. Enfin, il faut conserver les pièces du dossier après la cessation de la relation avec le client.

c) La directive blanchiment III : Une extension du dispositif aux délits les plus graves

La directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux

7) casinos

⁷⁵⁰ Un amendement à l'article 19 de la loi NRE, du 15 mai 2001, avant l'adoption de la directive du 4 déc. 2001, prévoyait déjà l'extension de cette obligation de déclaration de soupçons à l'ensemble des professions juridiques indépendantes. L'opposition dans une déclaration commune du Conseil national des barreaux (CNB), de la Conférence des bâtonniers et de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris a pour un temps éloigné le danger. L'amendement a été rejeté par l'Assemblée nationale et par le Sénat.

⁷⁵¹ En vertu de l'article 6-3, 2^{ème} § de la directive 91/308/CE, les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues au § 1 aux notaires, aux membres des professions juridiques indépendantes, aux commissaires aux comptes, aux experts-comptables externes et aux conseillers fiscaux pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure.

⁷⁵² Notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent,

a) en assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant :

- i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;
- ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client ;
- iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles ;
- iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ;
- v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires ;

b) ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière (...).

⁷⁵³ Comme le prévoit l'article 6, point 3, § 1^{er} de la directive : « (...) Dans le cas des notaires et des membres des professions juridiques indépendantes mentionnées à l'article 2 bis, point 5, les Etats membres peuvent désigner un organe d'autorégulation approprié de la profession concernée comme l'autorité à informer des faits visés au § 1, point a) et, dans ce cas, prévoient les formes appropriées de coopération entre cet organe et les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux (...) ».

et de financement du terrorisme dite « directive Blanchiment III », est venue renforcer la sévérité des contrôles.

L'article 1^{er}, § 2, reprend la définition du blanchiment de capitaux issue de la première directive. Par cette directive, le blanchiment de capitaux couvre spécifiquement le financement du terrorisme (directive 2005/60/CE, article 1^{er}, § 4) : « Aux fins de la présente directive, on entend par "financement du terrorisme" le fait, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fournir ou de réunir des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'une quelconque des infractions visées aux articles 1^{er} à 4 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme ».

Ce texte ne remet pas en cause la structure et l'esprit des deux premières directives anti-blanchiment. Il vient renforcer les contrôles. Le champ d'application *ratione personae* de la directive est repris à l'article 2. La troisième directive innove en ce qu'elle adapte le degré des obligations de vigilance au risque encouru dans le cadre de telle ou telle opération⁷⁵⁴

En outre, la réglementation européenne ne visait jusqu'alors que des opérations liées au financement du terrorisme, aux activités criminelles organisées, au trafic de stupéfiants, à la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, ou encore la corruption.

La troisième directive a considérablement élargi son champ d'activité à l'ensemble des infractions financières dites « graves », c'est-à-dire punissables d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

L'élargissement des infractions a pour effet direct de multiplier le nombre de déclarations de soupçon par les personnes assujetties au sens du Code monétaire et financier. Les normes en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux sont en constante évolution. Les normes du GAFI ont été révisées en février 2012⁷⁵⁵, afin de renforcer les mesures de protection et de protéger davantage le système financier, en dotant les gouvernements d'outils plus efficaces pour sanctionner les infractions graves.

Suite à cette révision des normes internationales, la Commission s'est engagée à actualiser au plus vite le cadre législatif de l'Union européenne afin d'y intégrer les changements indispensables. La Commission a entrepris le réexamen de la troisième directive anti-blanchiment, en vue de remédier aux lacunes éventuellement mises au jour. La Commission prévoit de présenter une proposition de quatrième directive anti-blanchiment à l'automne 2012⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ Parlement européen et Conseil, Directive 2005/60/CE du 26 oct. 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 15.

⁷⁵⁵ Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, les Recommandations du GAFI, OCDE, févr. 2012.

⁷⁵⁶ La Commission européenne dans un communiqué d'avr. 2012 fixe la feuille de route pour la révision de la troisième directive anti-blanchiment. Elle vise à mieux cibler et orienter l'évaluation des risques et l'affectation des ressources aux domaines où elles sont le plus nécessaires. Elle étudiera les possibilités d'étendre le champ d'application des règles anti-blanchiment, de clarifier les règles de vigilance à l'égard de la clientèle. Elle vise également à intégrer de nouvelles dispositions portant sur les personnes politiquement exposées qui travaillent à l'échelon national et pour des organisations internationales. Elle vise également à renforcer les pouvoirs et la coopération entre les cellules de renseignement financier des différents pays, de clarifier la manière dont les pouvoirs de surveillance dans le domaine de la lutte contre le blanchiment de capitaux s'appliquent dans un contexte transfrontalier, d'intégrer de nouvelles dispositions sur la protection des données collectées.

2- Un cadre juridique controversé

L'atteinte importante aux libertés individuelles générée par l'obligation de dénoncer des soupçons de blanchiment ne pouvait que s'attirer les foudres de certaines professions, réticentes à se plier aux nouvelles obligations sans cesse plus contraignantes, instaurées par les textes communautaires. Des imprécisions dans les textes communautaires ont conduit à des recours de certaines organisations professionnelles soit contre les textes communautaires, soit contre ceux transposant en droit interne les directives anti-blanchiment.

a) Un cadre trop imprécis

La CJCE⁷⁵⁷ a été saisie, dans le cadre d'une question préjudicielle, de la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du 10 juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001, par différents Ordres d'avocats. Cette saisine concernait l'élargissement du champ d'application de la déclaration de soupçon de blanchiment aux avocats pour les opérations qui ne concernent pas les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de leur situation juridique ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation dans une procédure judiciaire.

En outre, la directive offrait aux Etats membres la faculté d'exclure les avocats, au moins pour une partie de leur activité professionnelle, de l'obligation de déclaration de soupçon, mais ne leur en faisait en aucun cas l'obligation.

Les Ordres des avocats requérants demandaient l'annulation d'une série de dispositions de la loi belge du 12 janvier 2004 portant transposition de la directive, au motif qu'elle porte une atteinte injustifiée aux principes du secret professionnel et de l'indépendance de l'avocat, élément fondamental du droit à un procès équitable et du respect des droits de la défense, en dépit des limitations de l'obligation d'information introduites par la loi nationale⁷⁵⁸. La juridiction de renvoi a estimé que l'appréciation de la validité de la loi de transposition impliquait que soit tranché au préalable le problème de la validité de la directive elle-même.

Toutefois, la question préjudicielle s'est limitée à interroger la Cour sur la compatibilité de la directive avec le droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6 CEDH, et non pas sur d'autres dispositions du droit communautaire ou européen comme le sollicitaient les requérants. La Cour a statué dans les strictes limites de la question posée, ce qui a pour conséquence que certaines questions de fond quant à la compatibilité de la directive avec les droits fondamentaux n'ont pas été tranchées.

L'Avocat général Poiares Maduro estimait souhaitable de ne pas limiter l'examen au regard du seul principe du procès équitable, et de s'interroger plus largement sur la validité de la directive par rapport au principe de protection du secret professionnel des avocats qui constitue un principe fondamental dans tous les droits des Etats membres, et qui est consacrée par la jurisprudence de la Cour EDH dans de nombreux arrêts.

⁷⁵⁷ CJCE (Grde ch.), 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles c. Conseil*, aff. C-305/05, Rec. 2007, p. I-05305, V. pour commentaire D. Simon in *Europe* n° 8-9 août-septembre 2007, pp 12-14.

⁷⁵⁸ Seraient ainsi violés les articles 10 et 11 de la Constitution belge, l'article 6 CEDH, les principes généraux des droits de la défense, l'article 6 § 2 TUE et les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux.

Sur ce point la Cour n'a pas suivi son Avocat général et a estimé qu'il « *n'y a pas lieu d'étendre l'examen de la validité de la directive 91/308 au regard de droits fondamentaux non visés par la juridiction de renvoi, notamment, le respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la CEDH* ». Or, le fait que les obligations d'information et de coopération ne soient imposées que pour les activités de l'avocat consistant à assister son client dans la préparation ou la réalisation de transactions financières ou immobilières, à l'exclusion de l'assistance sollicitée pour l'exercice d'une mission de défense ou de représentation en justice ou pour l'obtention de conseils sur la manière d'engager ou d'éviter une procédure judiciaire, situent ces éventuelles atteintes au secret professionnel hors du champ contentieux et donc hors du domaine d'application du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH.

Certains commentateurs⁷⁵⁹ ont regretté que la question de la compatibilité des mesures anti-blanchiment avec la garantie du secret professionnel de l'avocat et des liens de confiance nécessaires à la protection des droits de son client n'ait pas été posée d'une manière plus générale. La question de l'obligation de prévoir l'exclusion des avocats, au moins pour une partie de leur activité professionnelle, se pose au moins en théorie.

Pendant l'article 6, § 3, second alinéa de la directive 91/308 dispose : « *les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations d'information et de coopération des avocats pour ce qui concerne les informations reçues de l'un de leurs clients ou obtenues sur l'un de ceux-ci, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure* » (considérant 23).

Elle admet que cette disposition « *peut se prêter à plusieurs interprétations, de sorte que l'étendue précise des obligations d'information et de coopération pesant sur les avocats n'est pas dépourvue de toute ambiguïté* » (considérant 27).

Elle relève : « *L'importance d'une telle exonération est soulignée par le dix-septième considérant de la (2^{ème}) directive, lequel énonce qu'il ne serait pas approprié que la directive 91/308 impose l'obligation de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux aux avocats, dans les cas où ils évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire* » (consid. 24).

La Cour indique que « *le même considérant souligne qu'il résulte d'une telle exonération que la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel sauf dans les cas où l'avocat soit participe lui-même à des activités de blanchiment de capitaux, soit fourni des conseils juridiques à des fins de blanchiment de capitaux, soit est conscient du fait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques à de telles fins* » (consid. 24).

Même si la Cour n'indique pas explicitement que l'exclusion de la déclaration de soupçon dans les cas où ils évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire n'est pas une simple faculté mais une obligation, la référence insistante au considérant 17 de la directive peut le laisser supposer⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ D. Simon, « Lutte contre le blanchiment et secret professionnel des avocats », *Europe* n° 8, Août 2007, comm. 201. B. Favreau, « La prévention du Blanchiment et l'atteinte des droits fondamentaux », *Les annonces de la Seine*, févr. 2008, n° 10, pp. 1-10.

⁷⁶⁰ C'est d'ailleurs la position qu'adoptera le Conseil d'Etat en France lorsqu'il aura à interpréter une disposition interne qui excluait les consultations juridiques de l'exonération de la déclaration de soupçon.

b) *Un cadre juridique insuffisamment protecteur du secret professionnel des professions concernées par la lutte contre le blanchiment*

La question du secret professionnel est l'élément central de la problématique de la lutte contre le blanchiment des capitaux. Pour certains professionnels, ce n'est pas tellement l'accès aux données confidentielles de leurs clients qui est en cause, mais plutôt l'obligation de divulgation de ses données à l'extérieur en violation de l'obligation de secret professionnel, dont la violation est par ailleurs sanctionnée pénalement

Les professions réglementées et tout particulièrement les avocats, détiennent des données sensibles qui sont censées être protégées contre toute divulgation. Le secret professionnel constitue le noyau dur du droit de la défense et sa violation met en péril l'existence même de la profession d'avocat.

La CJCE comme la CEDH⁷⁶¹ ont eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur le problème sensible du secret professionnel de l'avocat, qui laisse présager que l'exclusion de certaines activités est une obligation et non pas une faculté. La CJCE dans l'affaire *AM & S*⁷⁶² a consacré un principe de la confidentialité des échanges entre un client et son avocat en rappelant : « *cette confidentialité répond à l'exigence, dont l'importance est reconnue par l'ensemble des Etats membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin* ».

Cette confidentialité de la correspondance entre avocat est cependant assujéti à ce que, d'une part, la correspondance échangée le soit aux fins de la défense du client, et d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi. Dans une affaire plus récente et concernant la possibilité d'exercer une profession de façon « *intégrée* » entre avocats et experts comptables aux Pays-Bas, la Cour dans son célèbre arrêt *Wouters* du 19 février 2002⁷⁶³, elle a relevé que les règles essentielles de la réglementation prises pour « *assurer l'exercice correct de la profession d'avocat (...) sont notamment le devoir de défendre son client en toute indépendance et dans l'intérêt exclusif de celui-ci, (...) ainsi que le devoir de respecter un strict secret professionnel* ».

Dès lors, l'exercice en collaboration de leur profession par l'avocat et l'expert-comptable entraînerait un risque de violation du secret professionnel de l'avocat du fait notamment « *que, dans certaines circonstances, l'expert-comptable a l'obligation légale de communiquer aux autorités compétentes des informations relatives à l'activité de ses clients* ». L'éventualité d'une telle communication d'informations relatives à l'activité des clients à une autorité de poursuite était dès lors jugée incompatible avec la profession d'avocat et interdit tout exercice pluri-professionnel au sein d'un même cabinet.

Dans une affaire plus récente encore⁷⁶⁴, la CJUE dans un arrêt du 14 septembre 2010 (Aff. n° C-550/07) a estimé que la protection de la confidentialité des communications entre l'avocat et son client ne s'applique pas aux avocats internes d'une entreprise. En l'espèce, alors qu'elle menait une perquisition dans les locaux de la société soupçonnée de fraude, la Commission avait saisi la copie de deux courriers électroniques compromettants échangés entre le directeur général et un employé du service juridique du groupe.

⁷⁶¹ Pour une bonne analyse de la jurisprudence en matière de prévention du blanchiment et l'atteinte aux droits fondamentaux, B. Favreau, « La prévention du Blanchiment et l'atteinte des droits fondamentaux », *op. cit.*

⁷⁶² CJCE, 18 mai 1982, *AM & S & Europe*, aff. 155/79, Rec. 1982, p. I-01575.

⁷⁶³ CJCE, 19 févr. 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, Rec. 2002, p. I-01577.

⁷⁶⁴ CJUE, 14 sept. 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, aff. C-550/07, Rec. 2010, p. I-08301.

La CJUE a estimé que les courriers électroniques saisis par la Commission, ne bénéficient pas de la protection accordée aux documents échangés entre l'avocat et son client et constituaient des éléments de preuve pouvant être présentés à l'instance. Un juriste salarié d'une entreprise, nonobstant son éventuelle inscription au barreau, ne peut jouir du même degré d'indépendance à l'égard de son employeur qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à son client. Cette décision, confirme, *a contrario*, la confidentialité des communications entre l'avocat et son client et devrait définitivement fermer la voie à ceux qui veulent voir instaurer en France le statut d'avocat en entreprise, au risque sinon d'ouvrir une brèche plus que fâcheuse dans le secret professionnel de l'avocat, instaurant deux catégories d'avocats, ceux soumis à un secret professionnel strict et donc protégés et les autres avocats en titre mais ne bénéficiant ni des garanties, ni d'ailleurs des contraintes.

Resitué dans le cadre particulier de la déclaration de soupçon, l'avocat en entreprise se trouvera confronté à un défi de taille, notamment en raison de l'élargissement du champ d'application de la déclaration de soupçon. Ne bénéficiant pas de la protection réservée aux « vrais » avocats, notamment en matière de consultation juridique, il risque se trouver dans une position, pour le moins inconfortable et surtout périlleuse, lorsqu'il devra se livrer à une analyse juridique, en particulier fiscale. Soumis au pouvoir hiérarchique et devoir de loyauté vis-à-vis de son employeur, il devra également, sans avertir son employeur, faire une déclaration soupçon, au risque sinon d'être lui-même poursuivi et pris dès lors entre le marteau et l'enclume.

La Cour EDH a également eu à se prononcer de façon récurrente sur le statut de l'avocat et ses spécificités essentielles au fonctionnement d'une société démocratique. C'est d'abord à propos de la liberté d'expression qu'elle en est venue à s'exprimer sur les garanties qui s'attachent à la profession d'avocat. La Cour de Strasbourg a rappelé à plusieurs reprises sur le terrain de l'article 10 CEDH la spécificité de la profession d'avocat et la raison d'être de ces règles professionnelles.

Dans une décision du 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, la Cour rappelle que l'avocat dont « *le statut spécifique le place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaire entre le justiciable et les tribunaux* » ne peut être sujet à des restrictions de sa liberté d'expression que dans des cas exceptionnels⁷⁶⁵. Divers arrêts sont venus confirmer la liberté d'expression particulièrement importante dont doivent bénéficier de par leur fonction les avocats⁷⁶⁶.

Mais la liberté d'expression des avocats si elle nécessairement importante n'est pas illimitée⁷⁶⁷. La Cour s'est également prononcée au regard d'autres dispositions de la

⁷⁶⁵ Cour EDH, 24 févr. 1994, req. n° 15450/89, §§ 35-37 et 51-57.

⁷⁶⁶ Cour EDH, 21 mars 2003, *Nikula c. Finlande* : La critique émise par un avocat, dans le cadre de l'audience, sur la manière dont un magistrat s'est acquitté de ses fonctions, est admissible. V. également, Cour EDH, 28 oct. 2003, *Steur c. Pays-Bas* : critique émise par un avocat sur la manière dont les aveux de son client ont été obtenus par un inspecteur de police ; de même est admissible une critique qui porterait sur une question d'intérêt général (Cour EDH, 20 avr. 2004, *Amihalachioaie c. Moldova*, req. n° 60115/00, critique du président de l'union des avocats à l'encontre d'une décision de la Cour constitutionnelle relative au statut des avocats. – Cour EDH, 7 nov. 2006, *Mamère c. France*, req. n° 12967/03, critique de l'attitude d'un haut fonctionnaire dans la catastrophe de Tchernobyl.

⁷⁶⁷ Ainsi, la Cour EDH a pu juger qu'il n'y avait pas violation de l'article 10 à ce que l'Ordre des avocats inflige une sanction disciplinaire à raison des critiques sur l'ordre judiciaire que l'avocat avait formulé lors d'une conférence de presse sur la détention de l'un de ses clients. En l'espèce, la Cour a relevé que le requérant avait d'abord critiqué publiquement, de manière générale et grave, la procédure et formé ensuite seulement un appel devant la Cour d'appel nationale (Cour EDH, 20 mai 1998, *Schöpfer c. Suisse*). Également ne doit pas être tolérée la critique qui constituerait une insulte personnelle (Comm. EDH, 30 juin 1997, *W.R c. Autriche*, req. n° 26602/95.).

Convention. Elle voit le statut spécifique des avocats, à la fois comme élément du procès équitable⁷⁶⁸ et également comme composante essentielle du droit au respect de la vie privée.⁷⁶⁹ La Cour a consacré dès 1988⁷⁷⁰, une protection particulière de la relation de la correspondance entre un avocat et son client en jugeant contraire à l'article 8 de la CEDH, l'interception de la lettre d'un avocat de Zurich à un détenu qui donnait au destinataire notamment le conseil d'opposer son droit au silence pendant l'enquête. Il s'agissait de circonscrire le degré tolérable de contrôle de la correspondance des détenus. Dans son arrêt *S. c. Suisse* du 28 novembre 1991⁷⁷¹, la Cour a insisté sur le droit pour un détenu de communiquer avec son avocat en toute confidentialité, y compris à l'égard de l'administration pénitentiaire. En 2000, dans son arrêt *Foxley c. Royaume-Uni*⁷⁷², la Cour a rappelé, à propos de l'ouverture, la lecture et la copie de la correspondance d'un requérant avec ses conseillers juridiques par un syndic de faillite, que la relation avocat-client est en principe privilégiée et que la correspondance en la matière, quel que soit son objectif, présente un caractère confidentiel.

La Cour a eu également à se prononcer plus largement sur le secret professionnel de l'avocat. Elle a d'abord étendu le droit au respect de la vie privée, du "domicile" et de la correspondance aux activités professionnelles et rappelé que le secret est un des éléments d'une bonne administration de la justice et est donc garanti par l'article 6-1⁷⁷³. Même si d'ailleurs la Cour ne se base pas en l'espèce sur cette disposition relative au procès équitable, mais sur les dispositions relatives au respect de la vie privée (article 8) pour constater la violation des dispositions de la CEDH en estimant que la perquisition d'un cabinet d'avocat, tiers à l'infraction pénale poursuivie, empiétait sur le secret professionnel à un degré qui se révèle disproportionné.⁷⁷⁴ Cette jurisprudence protectrice du secret professionnel de l'avocat a été par la suite confirmée à de nombreuses reprises⁷⁷⁵.

⁷⁶⁸Cour EDH 16 déc. 1992, *Niemetz c. Allemagne*, *op. cit.*, § 37.

⁷⁶⁹Cour EDH 16 déc. 1992, *Niemetz c. Allemagne*, *op. cit.*, Cour EDH, 29 sept. 2000, *Foxley c. Royaume-Uni*, § 44.

⁷⁷⁰Cour EDH, 20 juin 1988, *Schönenberger et Durmaz c. Suisse*; Cour EDH *Silver et autres c. Royaume-Uni* du 25 mars 1983, req. n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, § 98.

⁷⁷¹ Cour EDH - *S. c. Suisse*, req. n° 12629/87 et 13965/88 du 28 nov. 1991 : « *Si un avocat ne pouvait s'entretenir avec son client sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité, alors que le but de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs.* »

⁷⁷² Cour EDH, 29 sept. 2000, *Foxley c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 44.

⁷⁷³ L'article 6-3 consacre par ailleurs le droit de recourir au défenseur de son choix.

⁷⁷⁴ Cour EDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c. Allemagne*, *op. cit.* Il s'agissait en l'espèce d'une perquisition d'un cabinet d'avocat pour découvrir l'identité d'un client de ce cabinet auteur d'une lettre d'injure envers un juge. Le mandat de perquisition était rédigé en termes larges : il ordonnait la recherche et la saisie de tout document sans aucune limitation révélant l'identité de l'auteur de la lettre. Ce point était le plus important, dès lors qu'en Allemagne la perquisition d'un cabinet d'avocat ne s'accompagne d'aucune garantie, telle la présence d'un tiers observateurs indépendant.

⁷⁷⁵Cour EDH, 27 sept. 2005, *Petri Sallinen et autres c. Finlande*, req. n° 50882/99 27/09/2005. Dans le cadre d'une enquête de police, les locaux d'un avocat finlandais furent perquisitionnés par la police finlandaise et une saisie de certains documents de cet avocat, considéré comme témoin. Un deuxième mandat de perquisition fut émis à son encontre en raison des soupçons de complicité qui pesaient sur lui dans une affaire concernant deux de ses clients, accusés de fraude aggravée aux droits des créanciers. Bien qu'aucune charge ne fut retenue contre l'intéressé, c'est en vain que celui-ci demanda aux juridictions internes d'annuler la décision de saisie. Dans une décision rendue le la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que le droit finlandais n'apportait pas « *des garanties juridiques adéquates en ce qu'il ne précise pas clairement les circonstances dans lesquelles des documents confidentiels peuvent faire l'objet d'une perquisition et d'une saisie* » et que le requérant avait été privé de la protection à laquelle il a droit.

Cour EDH - *Smirnov c. Russie*, arrêt du 7 juin 2007, req. n° 71362/01, § 48 : A propos de la saisie et la rétention de l'unité centrale de l'ordinateur d'un avocat de Saint-Petersbourg, La Cour a observé que l'avocat lui-même n'était soupçonné d'aucune infraction pénale, Elle a estimé la perquisition menée sans fondement suffisant et

Dans une affaire célèbre, *Kopp contre Suisse* du 25 mars 1998, la Cour a eu à se prononcer sur la conformité à la CEDH de la mise sous écoutes téléphoniques d'un cabinet d'avocats en tant que tiers alors même que la législation suisse ne le permettait pas en principe⁷⁷⁶. Dans des décisions plus récentes, concernant la France, la Cour a eu à se prononcer à nouveau sur des atteintes au secret professionnel des avocats.

Dans un arrêt du 24 juillet 2008⁷⁷⁷ concernant une perquisition effectuée dans le cabinet d'un avocat, la Cour a rappelé sa jurisprudence traditionnelle suivant laquelle le terme de « *domicile* » figurant à l'article 8 englobe le local professionnel d'un avocat. Elle a estimé qu'une perquisition et une saisie chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client.

Elle ajoute au point 41 : « *D'ailleurs, la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'à le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé* ».

En l'espèce, l'avocat n'était pas accusé ou soupçonné d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude commise par la société qui était sa cliente. La Cour a relevé que, dans le cadre du contrôle fiscal de cette société, l'administration visait l'avocat pour la seule raison qu'elle avait des difficultés, d'une part, à effectuer le contrôle fiscal, et, d'autre part, à trouver

pertinent et l'absence de garanties contre l'atteinte au secret professionnel, car le libellé excessivement général du mandat donnait toute latitude à la police pour déterminer ce qui était à saisir.

Cour EDH, 18 avr. 2006, *Chadimová c. République tchèque*, req. 50073/99, § 146 : Des poursuites pénales furent engagées contre la requérante. Au cours de la procédure pénale dirigée contre elle, la requérante fut mise sur écoutes téléphoniques, dont des conversations avec son avocat. La Cour n'est pas convaincue, sur la base des informations obtenues par les parties et, notamment, de celles présentées par le Gouvernement, que les autorités ont déployé des efforts suffisants afin de démontrer que toutes les cassettes audio contenant les enregistrements des conversations téléphoniques de la requérante avec son avocat avaient effectivement été détruites. Dès lors, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 8 de la Convention.

Cour EDH, 25 févr. 2003, *Roemen et Schmidt c. Luxembourg*, req. 51772/99, § 71 : Il s'agissait d'une perquisition effectuée au cabinet de l'avocate luxembourgeoise d'un journaliste inculpé de « *recel de violation de secret professionnel* ». La perquisition s'était pourtant accompagnée de garanties spéciales de procédure (présence du juge d'instruction, du représentant du parquet et du bâtonnier, dès lors mais qu'il s'agissait d'une mesure détournée pour attenter aux droits garantis au journaliste par l'article 10 de la Convention. La Cour a estimé par ailleurs que la fouille dans le cabinet de la requérante a été disproportionnée par rapport au but visé.

⁷⁷⁶ Cour EDH, 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, req. 23224/94. La législation suisse semblait claire et interdisait la surveillance des lignes téléphoniques d'un avocat lorsque celui-ci n'est pas suspect ou inculpé. Il vise à protéger les relations professionnelles entre un avocat et ses clients par le biais de la confidentialité des correspondances téléphoniques. Le gouvernement Suisse soutenait que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que ce qui relève de sa profession, et que M. Kopp, mari d'une ancienne conseillère fédérale, n'a pas été mis sur écoute en qualité d'avocat mais en qualité de conjoint, d'une ancienne conseillère fédérale soupçonnée de divulgation d'informations recueillies à l'occasion de ses fonctions.

La Cour a relevé que le requérant avait la qualité d'avocat et que toutes les lignes téléphoniques de son cabinet ont été surveillées. Que les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. La Cour décèle une contradiction entre un texte législatif clair, protecteur du secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci est surveillé en tant que tiers, et la pratique suivie en l'espèce. Même si la jurisprudence consacre le principe, d'ailleurs généralement admis, que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que la relation avocat-clients, la loi n'explique pas comment, à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil. Surtout, en pratique, il est pour le moins étonnant de confier cette tâche à un fonctionnaire du service juridique des PTT, appartenant à l'administration, sans contrôle par un magistrat indépendant.

⁷⁷⁷ Cour EDH, 24 juill. 2008, req. n° 18603/03 : Droit fiscal 2008, n° 43 note C. Louit ; D. 2008, p. 2353 ; RJF 2008, n° 1341.

des documents comptables, juridiques et sociaux de nature à confirmer les soupçons de fraude qui pesaient sur la société cliente. Elle a jugé en conséquence que la perquisition et la saisie effectuées au domicile de l'avocat étaient, dans les circonstances de l'espèce, disproportionnées par rapport au but visé et que, partant, il y avait eu violation de l'article 8.

La récurrence du contentieux relatif à la profession d'avocat dans la jurisprudence européenne démontre le caractère particulièrement sensible et spécifique du secret professionnel de l'avocat. Elle démontre également l'insistance des pouvoirs publics dans la plupart des pays de l'Union européenne à remettre en cause le principe fondamental du secret professionnel de l'avocat, qui constitue pourtant l'une des bases d'une société démocratique.

La détermination des pouvoirs publics à réduire autant que possible le secret professionnel des avocats ne doit pas être négligée et la vigilance est de mise. La résistance de la profession d'avocat au mécanisme de la déclaration de soupçon n'est cependant pas terminée et le débat n'est pas clos.

Le Conseil d'Etat dans un arrêt du 23 juillet 2010⁷⁷⁸ semblait avoir pourtant définitivement tranché la question. A l'occasion d'un recours de l'ordre des avocats de Paris contre une décision du Conseil national des barreaux édictant des procédures internes destinées à mettre en œuvre de façon unifiée pour la profession d'avocat les obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux, le Conseil d'Etat a considéré que la notion de déclaration de soupçon qui fonde des obligations des avocats et la notion de consultation juridique ne saurait être regardée comme insuffisamment précise et comme portant atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme.

Le Conseil d'Etat a, par ailleurs, jugé qu'eu égard « *d'une part à l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre le blanchiment de capitaux et d'autre part, à la garantie que représente l'exclusion de son champ d'application des informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles, ainsi que de celles reçues ou obtenues dans le cadre d'une consultation juridique, sous les seules réserves pour ces dernières informations, des cas où le conseil juridique est fourni à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux, la soumission de l'avocat à l'obligation de déclaration de soupçon ne porte pas une atteinte excessive au secret professionnel* ». L'obligation de déclaration n'est donc pas incompatible avec les dispositions de l'article 8 de la CEDH⁷⁷⁹. Une requête est cependant en cours devant la Cour EDH pour faire trancher la question toujours récurrente de l'atteinte au secret professionnel des avocats par la déclaration de soupçon⁷⁸⁰.

B- La mise en œuvre en France de la lutte anti-blanchiment

1- Un système centré sur une cellule de lutte contre le blanchiment : TRACFIN

TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins) est la cellule française de lutte anti-blanchiment⁷⁸¹. Créée en 1990, à la suite du sommet du G7, elle concourt au développement d'une économie saine en luttant contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

⁷⁷⁸ Conseil d'Etat, 23 juil. 2010, n° 309993, Lebon 2010.

⁷⁷⁹ P. Michaud, « Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon - De nouvelles obligations pour les juristes et fiscalistes », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 42, 2009, p. 1967.

⁷⁸⁰ Cour EDH, Req. *Michaud c. France*, n° 12322/11.

⁷⁸¹ Il dépend des ministres de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et de l'emploi ainsi que du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la réforme de l'État.

Elle est chargée de recueillir et d'analyser les déclarations de soupçons. Une cellule spécialisée est spécialement en charge de toutes les affaires susceptibles de se rapporter au financement du terrorisme. Toutes les déclarations de soupçon susceptibles de se rapporter à cette thématique lui sont soumises et elle procède à leur analyse, à leur exploitation et aux investigations approfondies qui y sont liées.

Plusieurs décrets récents⁷⁸² ont modifié l'organisation interne du Service TRACFIN pour faire face à la croissance continue des déclarations de soupçon reçues et la diversification des missions induites par l'ordonnance du 30 janvier 2009.

Les nouvelles dispositions, qui accompagnent une révision en profondeur des modalités de fonctionnement du service TRACFIN, ont pour objectifs de recentrer l'action opérationnelle du service autour de ses missions essentielles et d'améliorer la transmission à l'autorité judiciaire. L'action opérationnelle du service s'organise désormais autour de deux départements et d'une cellule spécialisée⁷⁸³.

La nouvelle organisation de TRACFIN n'affecte évidemment en rien les obligations des professionnels. Toutes les relations avec les professionnels en rapport avec les problématiques de financement du terrorisme sont traitées par les agents de la cellule spécialisée.

2- Un dispositif qui repose sur la déclaration de soupçon

Pour lutter contre le blanchiment de capitaux, la déclaration de soupçon est essentielle. La nécessité d'une déclaration de soupçon n'est évidemment pas à démontrer. Les premières concernées par la déclaration de soupçon sont à l'évidence les banques, mais pas seulement. La déclaration de soupçon n'est pas cependant sans poser des problèmes épineux pour certaines professions soumises au secret professionnel, tout particulièrement les avocats. Par ailleurs, les assujettis à l'obligation de déclaration tendent à devenir de plus en plus nombreux.

Il s'agit d'un dispositif originellement essentiellement centré sur les banques et limité aux délits les plus graves. Tout naturellement les banques sont les premières destinataires du dispositif anti-blanchiment.

	2008	2009	2010
Banques, établissements de crédit	11 511	12 254	13206
Changeurs manuels	1 467	2 249	3002
Compagnies d'assurance	703	1 007	808
Instituts d'émission	200	675	608
Entreprises d'investissements	58	67	134
Mutuelles et institutions de prévoyance	10	58	56
Sociétés de gestion de portefeuille	0	3	10
Intermédiaires en assurance	0	2	3
Participants système de règlement et de livraison	5	0	0

⁷⁸² Le décret n° 2010-69 du 18 janv. 2010 (JORF du 20 janvier 2010), le décret n° 2011-28 du 7 janv. 2011 (JORF du 8 janvier 2011) et l'arrêté du 7 janv. 2011 (JORF du 8 janvier 2011).

⁷⁸³ - Un département de l'analyse, du renseignement et de l'information (DARI) chargé du recueil des déclarations de soupçons, de leur orientation, de l'analyse du renseignement financier et des relations avec les professionnels déclarants ainsi que des relations internationales ;

- Un département des enquêtes (DE) qui assure les investigations approfondies nécessaires au traitement des affaires les plus complexes.

- Par ailleurs, une cellule spécifique est dédiée au traitement des affaires de financement du terrorisme.

Conseils en investissements financiers	14	46	78
Total professions financières	13963	16361	17905
Notaires	347	370	674
Cercles, jeux de hasard, pronostics sportifs ou hippiques	148	361	269
Professionnels de l'immobilier	3	33	14
Casinos	37	30	137
Administrateurs de justice et mandataires judiciaires	18	57	55
Experts-comptables	19	55	98
Commissaires aux comptes	5	22	46
Marchands de biens précieux	11	12	2
Commissaires-priseurs, sociétés de ventes	5	5	8
Huissiers	1	2	0
Avocats	3	2	0
Sociétés de domiciliation	Non applicable	0	0
Opérateurs de jeux en ligne	Non applicable	Non applicable	0
Agents sportifs	Non applicable	Non applicable	0
Total professions non financières	597	949	1303
Total des déclarations de soupçon	14565	17310	19208

Sources : Rapports TRACFIN 2009 à 2011

Les banques sont tenues par la loi de connaître leurs clients et donc, en premier lieu, de les identifier. Pour ouvrir un compte, le client doit décliner son identité et produire comme justificatif une pièce d'identité officielle, en cours de validité, comportant photo et signature. La banque doit en conserver la trace (photocopie, image scannée ou encore références du document présenté⁷⁸⁴).

Les banques sont aussi tenues de vérifier le domicile de leurs nouveaux clients⁷⁸⁵. Elles doivent recueillir toute information qui leur paraît pertinente pour mieux connaître leurs clients comprendre leurs intentions, et lutter efficacement contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

La banque a besoin notamment de connaître l'activité de ses clients, leur résidence fiscale, le montant et la provenance de leurs revenus ainsi que la composition et l'étendue de leur patrimoine. Elle peut ainsi vérifier ultérieurement que les opérations réalisées restent cohérentes avec cette situation.

Dans le cas contraire, ces opérations pourraient être suspectées de constituer du blanchiment. Les banques peuvent ainsi demander à leurs clients leur avis d'imposition ou de non-imposition, leur déclaration de revenus, leurs derniers bulletins de salaire s'ils sont salariés ou récapitulatif de l'organisme qui verse une pension ou des allocations. En ce qui concerne leur patrimoine, tout document officiel (acte de propriété par exemple) ou émanant d'un organisme reconnu (relevé de portefeuille-titres ou contrat d'assurance-vie par exemple).

⁷⁸⁴ Il n'existe pas de liste de justificatifs applicable à l'ensemble des banques. Sont couramment acceptés par les banques l'original en cours de validité de la carte nationale d'identité française et l'original du passeport ou du titre de séjour sur le territoire français. Certains justificatifs peuvent être refusés par une banque, car jugés par exemple trop facilement falsifiables ou trop anciens (par exemple le permis de conduire).

⁷⁸⁵ Elles acceptent couramment une facture d'eau, de gaz, d'électricité ou de téléphonie fixe, mais aussi un certificat d'imposition ou de non-imposition, une attestation d'assurance habitation, un contrat de location, une quittance de loyer ou une attestation de domicile dans un organisme social.

La banque est tenue de s'assurer que les opérations que ses clients réalisent avec elle, sont cohérentes avec la connaissance qu'elle a de ses clients et de leur environnement, et cela pendant toute la durée de leur relation d'affaires. L'efficacité de cette vigilance repose pour beaucoup sur l'actualisation des informations. La banque est donc en droit de leur demander une mise à jour les données et les documents qui les concernent si elle estime que cette demande est pertinente pour l'exercice de sa vigilance.

De même, en cas d'opération inhabituelle (vente d'une maison, d'une voiture), la réglementation impose au banquier d'obtenir de son client des informations sur l'origine des fonds et des justificatifs. A défaut, une déclaration de soupçon devra être faite.

La loi a prévu des cas de risques faibles et de risques élevés, et même prédéfini le niveau de risque de certaines situations (par exemple une entrée en relation réalisée en l'absence physique du client est une situation de risque élevé). La banque peut ainsi mettre en place une vigilance adaptée en fonction du niveau de risque identifié et détecter des opérations incohérentes avec le profil du client, qui pourraient constituer du blanchiment ou du financement du terrorisme. Cela permet à la banque d'établir un profil et établir leur niveau d'exposition potentiel au risque de blanchiment et de financement du terrorisme.

Le refus de fournir les justificatifs relatifs à sa situation patrimoniale ou justifiant une opération ou les justificatifs demandés concernant l'identité, le domicile ou les caractéristiques de l'opération crée inévitablement une suspicion sur la réalité des informations verbales communiquées et sur les motivations réelles du client. Si la banque ne peut pas exercer les contrôles prévus par la loi, elle pourrait être amenée à refuser d'effectuer l'opération demandée et conduite à faire une déclaration de soupçon.

Si la légitimité du contrôle de la banque n'est pas discutable, l'entendue des demandes qu'elle peut faire, l'absence de listes exhaustives des documents et éléments qu'il lui est possible de demander à ses clients, n'est pas sans poser de problèmes au regard des libertés individuelles. Les pouvoirs d'investigation des banques sont finalement aussi étendus, sinon plus, que ceux de l'administration fiscale.

Peut-on légitimement accepter qu'un organisme privé ait un accès aussi important aux données privées des individus, sans que ceux-ci puissent refuser de les communiquer au risque sinon de faire l'objet d'une déclaration de soupçon, alors même que les autorités publiques ne peuvent quant à elles les obtenir que sur commission rogatoire d'un juge ou l'engagement d'une procédure de contrôle fiscal encadrée strictement par la loi ?

3- L'extension progressive du dispositif anti-blanchiment à d'autres professions

Pour d'autres professionnels, ce n'est pas tellement l'accès aux données confidentielles de leurs clients qui est en cause, mais plutôt l'obligation de divulgation de ses données à l'extérieur en violation de l'obligation de secret professionnel. Les professions réglementées et tout particulièrement les avocats détiennent des données sensibles qui sont censées être protégées contre toute divulgation.

Si l'objectif de lutte contre la criminalité et le terrorisme est légitime, la profession d'avocat considère que les directives anti-blanchiment, en soumettant l'avocat à une obligation de dénonciation, menacent les droits fondamentaux des citoyens, l'indépendance de l'avocat, le secret professionnel et la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client.

Les avocats sont, depuis la loi du 11 février 2004, tenus de déclarer certaines opérations « douteuses » déterminées par la loi ⁷⁸⁶au bâtonnier qui décide ou non de transmettre

⁷⁸⁶ L'article L. 562-1 et s. du Code monétaire et financier,

l'information à TRACFIN. Cependant, le statut particulier de cette profession juridique impose, en effet, de concilier l'impératif du respect du secret professionnel, et la nécessité de combattre le blanchiment.

Pour préserver le secret professionnel, la loi écarte la déclaration de soupçon lorsque les informations ont été reçues d'un client ou obtenues sur un client, soit dans le cadre d'une consultation juridique, sauf si celle-ci est fournie directement ou indirectement aux fins de blanchiment, soit dans l'exercice de leur activité juridictionnelle, ce qui limite considérablement le domaine de la déclaration.

Un décret d'application du 26 juin 2006 avait prévu que TRACFIN pouvait demander directement des informations aux avocats évitant ainsi le rôle de filtre du bâtonnier, et avait omis de préciser que des consultations juridiques étaient exclues de l'obligation de déclaration de soupçon. La profession d'avocat a saisi plusieurs juridictions de la validité de l'application des dispositifs anti-blanchiment aux avocats. Les organes représentant la profession d'avocat⁷⁸⁷ ont déposé un recours devant le Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation du décret 26 juin 2006 au motif que ce texte portait atteinte au secret professionnel qui est un droit fondamental. Ils soutenaient également que tant la directive de 2001 que la loi de 2004 étaient contraires à la CEDH et aux principes généraux du droit communautaire.

Le Conseil d'Etat a statué sur ce recours par un arrêt du 10 avril 2008⁷⁸⁸. Il a jugé que la directive était conforme aux articles 6 et 8 de la CEDH relatifs au procès équitable dès lorsqu'elle impose que soient exclues du champ des obligations d'information, les informations reçues ou obtenues par les avocats dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire.

En revanche, le Conseil d'Etat a estimé que deux dispositions du décret devaient être annulées, car elles portaient atteinte au secret professionnel. D'une part, l'article R. 562-2 alinéa 3 qui oblige les commissaires aux comptes, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats et les avoués près des cours d'appel et les commissaires-priseurs judiciaires, à titre individuel, à répondre aux demandes de TRACFIN. Le Conseil considère que cette relation directe entre le professionnel et ce service, qui supprime le filtre de l'ordre professionnel et plus particulièrement du bâtonnier pour les avocats, n'est pas conforme aux modalités d'organisation et d'exercice des professions.

D'autre part, l'article R. 563-4 qui impose aux professionnels des obligations de vigilance, dans le cadre de leur activité non judiciaire, lorsqu'ils traitent avec un client occasionnel ou lorsqu'ils réalisent pour le compte d'un client toute transaction financière ou immobilière, est annulé au motif que ce texte n'a pas assorti ces obligations des réserves relatives aux informations qu'ils détiennent ou reçoivent dans le cadre d'une consultation juridique et a seulement rappelé les dérogations propres aux procédures judiciaires. Par conséquent, cet article réglementaire n'est pas conforme aux dispositions légales.

Le Conseil d'Etat rappelle à ces professionnels du droit, le rôle déterminant qu'ils doivent assumer dès lors qu'ils ont connaissance de l'origine frauduleuse des fonds, dans la lutte contre le blanchiment de capitaux par le biais de la déclaration de soupçon dans le cadre de leur activité autre que celle de défense, de représentation en justice et de conseil juridique. Lorsque leur client les consulte directement ou indirectement à des fins de blanchiment et que

⁷⁸⁷ Le Conseil national des Barreaux, le barreau de Paris, la Conférence des bâtonniers de France et d'Outre-mer, l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

⁷⁸⁸ Conseil d'Etat, 10 avril 2008, 6^{ème} sous-section, n° 296845 et 296907.

l'avocat le sait ou le soupçonne, le sacro-saint principe du respect du secret professionnel doit s'effacer devant la nécessaire collaboration avec la justice.

L'ordonnance du 30 janvier 2009 a donc été contrainte de prendre en compte la position du Conseil d'Etat dans sa décision de 2008 et reprend la solution, visant à empêcher toute relation directe de l'avocat avec TRACFIN en cas de déclaration de soupçon. Les avocats, adressent leur déclaration écrite⁷⁸⁹ au bâtonnier de leur ordre, qui devra vérifier que les conditions d'une telle déclaration sont remplies⁷⁹⁰.

Si tel est le cas, le bâtonnier transmettra la déclaration à TRACFIN qui, s'il estime que la déclaration a été transmise en méconnaissance des prescriptions dérogatoires applicables à l'avocat, devra en refuser la communication et informer dans les meilleurs délais le bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat déclarant est inscrit⁷⁹¹. TRACFIN ne peut, sauf exception, demander à un avocat la communication des pièces qu'il conserve, que par l'intermédiaire du bâtonnier de l'ordre auprès duquel il est inscrit⁷⁹². L'avocat communique les pièces demandées à son bâtonnier qui les transmet à TRACFIN. L'ordonnance consacre la dissuasion du client par l'avocat de prendre part à une activité illégale⁷⁹³, ainsi que l'immunité pénale, civile et disciplinaire de l'avocat en cas de déclaration de soupçon faite de bonne foi⁷⁹⁴.

Par ailleurs, les avocats doivent mettre en place des procédures écrites destinées à assurer une mise en œuvre efficace des mesures de prévention par des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment et de financement du terrorisme⁷⁹⁵. Ils doivent assurer la diffusion de procédures et d'informations régulières à l'ensemble des membres de leurs personnels concernés et la formation de ces derniers⁷⁹⁶.

Les avocats sont contrôlés par les Ordres, qui peuvent être assistés par le Conseil national des barreaux, afin de vérifier le respect de l'ensemble de leurs obligations⁷⁹⁷. A cette fin, les articles 17 et 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 sont complétés (article 13 de l'ordonnance). Lorsque, dans l'accomplissement de sa mission de contrôle le Conseil de l'ordre découvre des faits susceptibles d'être liés au blanchiment, le bâtonnier en informe le procureur général près la Cour d'appel qui transmet cette information sans délai à TRACFIN⁷⁹⁸.

La décision de censure partielle du Conseil d'Etat renforce les garanties exigées par les avocats pour le respect du secret professionnel. Elle tente d'assurer une conciliation efficace entre leurs intérêts et la lutte indispensable contre le fléau du blanchiment de capitaux dont ils peuvent avoir à connaître et à laquelle il est normal qu'ils participent. Il faut cependant reconnaître qu'elle vide cependant de sa substance le dispositif à l'égard des avocats dès lors que ceux-ci ne sont finalement tenus de faire une déclaration de soupçon que lorsque la consultation demandée est faite en vue d'une opération de blanchiment de capitaux. Hypothèse, il faut bien le reconnaître assez limitée. Compte tenu du caractère relativement restreint du champ d'application de la directive concernant les avocats, il serait sans doute opportun de renoncer non pas à toute implication des avocats en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, mais simplement à l'obligation de dénonciation, qui pose véritablement un problème au regard du secret professionnel des avocats.

⁷⁸⁹ Article L. 561-18 du Code monétaire et financier

⁷⁹⁰ Article L. 561-17 du Code monétaire et financier

⁷⁹¹ Article L. 561-17 al. 2 du Code monétaire et financier

⁷⁹² Article L. 561-26 du Code monétaire et financier

⁷⁹³ Article L. 561-19 du Code monétaire et financier

⁷⁹⁴ Article L. 561-22 du Code monétaire et financier

⁷⁹⁵ Article L. 561-32 du Code monétaire et financier

⁷⁹⁶ Article L. 561-33 du Code monétaire et financier

⁷⁹⁷ Article L. 561-36 du Code monétaire et financier

⁷⁹⁸ Article L. 561-30 III du Code monétaire et financier

La participation des avocats au dispositif est plus que réduite puisqu'oscillant selon les années entre 3 et 0 déclarations. TRACFIN dans son rapport annuel de 2010⁷⁹⁹, en déduit la mauvaise volonté de la profession d'avocat et préconise un renforcement de la sensibilisation des avocats à la lutte contre le blanchiment. La Cour des comptes dans son rapport public de 2012 relève également l'absence de participation des avocats au dispositif de déclaration de soupçon.

C'est sans doute prendre le problème sous le mauvais angle. Il est absolument évident que compte tenu du champ d'application plus que restreint de la directive pour la profession d'avocat, il est illusoire d'espérer que ceux-ci feront des déclarations de soupçon, sinon en masse, du moins d'un niveau équivalent aux notaires. On rappellera qu'ils sont assujettis à la déclaration de soupçon uniquement lorsque la consultation juridique est clairement faite en vue du blanchiment de capitaux. Inutile de préciser ici encore que cette hypothèse est pour le moins rarissime.

Par ailleurs, les avocats sont les seuls à disposer du droit de dissuader le client de commettre l'acte délictueux, même s'ils ont perdu la possibilité d'informer leur client de l'existence d'une déclaration de soupçon. La déclaration de soupçon n'existera que si le client annonce clairement qu'il a commis un délit et qu'il demande à son avocat comment faire pour blanchir l'argent. Un tel cas de figure est pour le moins hypothétique.

Une telle hypothèse aboutirait à plusieurs possibilités :

Soit l'avocat est ouvert à ce type de proposition et réalise le montage juridique. Il serait bien plus simple et surtout plus moral de poursuivre l'avocat non pas pour défaut de déclaration et de vigilance mais au titre de la complicité du délit blanchiment.

Soit l'avocat n'est pas ouvert à ce type de proposition et après avoir tenté de dissuader le client de réaliser l'opération, il refuse de réaliser le montage juridique. Il a donc empêché le délit de se réaliser sans manquer à l'éthique de sa profession et au secret professionnel. A l'évidence la vocation d'un professionnel quel qu'il soit, et en particulier du droit, est d'empêcher la réalisation d'un délit, non pas de le laisser commettre puis de dénoncer son auteur. L'ensemble du dispositif anti-blanchiment repose sur une stratégie répressive plutôt que préventive. L'essentiel serait de rendre, par un système de surveillance suffisamment étroit, difficile sinon impossible, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

C'est d'ailleurs la position que soutient le Conseil National des Barreaux qui en janvier 2012 dans un cahier à l'usage de la profession d'avocat préconise de « *dissuader pour ne pas dénoncer* ». Le Conseil National des Barreaux refuse toute obligation de dénoncer sur la base d'un simple soupçon. Certes, il expose les dispositions légales en vigueur transposant la directive, mais il développe abondamment les obligations de vigilance à l'égard des clients qui correspondent en fait au « *devoir général de prudence de l'avocat* ». Il met l'accent sur la persuasion et insiste sur le fait que « *l'avocat doit dissuader son client de prendre part à une activité illégale* » mais rappelle aussi les procédures de contrôle interne.

En outre, l'application de la directive est source de difficultés sur plan juridique. En effet, le décret soumet les consultations à une déclaration de soupçon lorsqu'elles sont fournies à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux. Or le délit de blanchiment de fraude fiscale n'est pas équivalent au délit de fraude fiscale. L'avocat peut se trouver dans une situation ubuesque. Si son client lui avoue avoir dissimulé au fisc des sommes sujettes à l'impôt sans chercher à blanchir ces sommes pour leur donner une apparence légale, l'avocat n'est pas soumis à la déclaration de soupçon. Si par contre, le client lui avoue avoir dissimulé des

⁷⁹⁹ TRACFIN, Rapport d'activité 2010, La documentation française. 2011.

sommes au fisc et lui demande comment blanchir ces sommes, il tombe sous la législation de la déclaration de soupçon. La distinction est parfois subtile et suppose un contrôle strict des Ordres pour éviter des déclarations inopportunes, attentatoires au respect du secret professionnel.

D'autres problèmes plus graves encore se posent. Dès lors que l'avocat dispose du droit de dissuader le client de réaliser l'opération illégale, et que celui-ci y renonce doit-on tout de même effectuer une déclaration de soupçon ? Quelle serait l'utilité d'une telle déclaration sauf à sanctionner pénalement une intention de délit, ce qui serait un précédent fâcheux au regard des principes essentiels du droit pénal ?

Enfin, mesure-t-on réellement les risques que la déclaration de soupçon fait peser sur le professionnel ? Peut-on imaginer sérieusement qu'un client, par nature dangereux, acceptera sans sourciller, alors même qu'il a avoué à son avocat vouloir blanchir des capitaux, que celui-ci après avoir effectué le montage juridique requis, le dénonce ? Les risques de représailles sont quasi-certains.

Par ailleurs, en dehors même du cas très spécifique de la profession d'avocat, les textes n'encadrent pas suffisamment le comportement que doivent adopter les professionnels même en cas de déclaration de soupçon. Comme le relève la Cour des comptes, « *TRACFIN ne donne pas de consigne claire sur la conduite à tenir après la déclaration de soupçon, faute de fondement dans un texte* »⁸⁰⁰. Faut-il rompre la relation commerciale au risque de fournir l'indice au client qu'on le soupçonne, ou faut-il réaliser l'opération litigieuse en s'exposant à se rendre complice du délit de blanchiment ? Questions auxquelles il n'y a aucune réponse juridique certaine.

La Cour des comptes se contente de suggérer que « *TRACFIN devrait travailler avec chaque profession pour pallier l'absence de textes et les aider à élaborer des positions conformes à leurs impératifs déontologiques* ». Laisser ainsi à l'appréciation d'un organisme administratif le soin de déterminer la conduite à tenir, quand bien même cela serait en collaboration avec les autorités de contrôle de ces professionnels, laisse perplexe au regard des impératifs de sécurité juridique dans un domaine aussi sensible au regard des libertés individuelles.

II- Un dispositif indispensable mais qui n'est pas sans risque ni effets pervers

L'arsenal juridique de lutte contre le blanchiment est certes indispensable. Son extension continue n'est cependant pas sans risque non seulement en termes de respect des libertés fondamentales mais également en termes d'efficacité du dispositif. Son extension continue risque de détourner la lutte anti-blanchiment de son objectif principal qui est de lutter contre le terrorisme et du crime organisé.

A- Un dispositif qui est source d'inefficacité et de résistances.

I- Une extension continue contestable au regard des objectifs de lutte anti-terrorisme

Loin est le temps où la raison d'être du dispositif anti-blanchiment résidait dans la nécessité impérieuse de lutte contre le terrorisme et le crime organisé. Aujourd'hui il devient parfaitement légitime de s'interroger sur la fonction réelle de TRACFIN. La lutte contre le

⁸⁰⁰ TRACFIN, Rapport public annuel 2012 – La documentation française, février 2012

terrorisme n'est-elle pas devenue, non seulement une finalité parmi d'autres, mais sans doute un but accessoire de TRACFIN ? La multiplication des objectifs n'est-elle pas source d'affaiblissement du dispositif dans la lutte contre le terrorisme ? La répression des délits financiers n'est-elle pas, en réalité, devenue la priorité du nouveau dispositif ?

a) *Des résultats plus que décevants en matière de lutte contre le terrorisme*

Comme l'indique lui-même le rapport 2010 de TRACFIN « *la détection des activités terrorisme par l'analyse des flux financiers demeure difficile à appréhender dans la mesure où les opérations financières susceptibles de financer du terrorisme prennent le plus souvent la forme d'opérations ponctuelles, fractionnées et de faible montant* »⁸⁰¹. On ne saurait être plus clair. L'analyse des flux financiers permet difficilement de lutter contre le terrorisme. Le constat n'est pas nouveau mais a de quoi surprendre de la part d'un organisme dont l'un des justificatifs principaux résulte de la volonté de lutter contre le terrorisme en asséchant sa source de financement.

Les raisons de la difficulté d'appréhender le terrorisme à travers les flux financiers sont diverses :

La première est que les sommes nécessaires pour des opérations de terrorisme ne sont pas forcément conséquentes. La récente affaire de Toulouse⁸⁰² confirme avec éclat que les actes de terrorisme ne sont pas forcément l'apanage de réseaux organisés et structurés disposant d'une source de financement conséquente.

Un rapport de la Direction générale du trésor⁸⁰³ confirme cette difficulté à appréhender les activités de terrorisme à travers l'analyse de son financement. Le rapport indique qu'il « *s'agit en général de petites sommes, concernant un petit nombre d'individus ou d'associations* ». Le rapport en déduit que cela justifie une réglementation stricte en la matière, avec obligation de vigilance dès le 1^{er} euro⁸⁰⁴. Cette proposition, certes dans la logique du constat, n'en pose pas moins de graves difficultés dans le cadre de la déclaration de soupçon. L'importance des sommes en jeu est souvent un critère de détection des anomalies et donc un déclenchement de la déclaration de soupçon. Imposer une obligation de vigilance dès le premier euro risque de pervertir le système en accaparant l'attention des professionnels, en particulier les banques, sur la détection du moindre soupçon de blanchiment au détriment de leur activité normale. Il en découlerait inévitablement une paralysie du système économique légal.

La seconde raison est une stratégie d'évitement des circuits financiers officiels et le développement de circuits financiers parallèles qui échappent au contrôle et à la vigilance des établissements financiers⁸⁰⁵. La mise en place d'un dispositif de vigilance paraît risqué pour les fraudeurs et les incite, en particulier les terroristes, à recourir à des espèces hors du système bancaire ou à un déplacement vers des zones géographiques moins réglementées.

⁸⁰¹ Rapport annuel de TRACFIN de 2010, *op. cit.*

⁸⁰² Mohamed Merah est l'auteur de sept meurtres à Toulouse et Montauban en mars 2012. Il se réclamait d'Al Quaida et finançait ses actions (achat d'armes) par des Hold-up.

⁸⁰³ Conseil d'orientation de lutte contre le blanchiment : « Evaluation de la menace en matière de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme », Direction générale du Trésor, janv. 2012.

⁸⁰⁴ *Idem* p. 8.

⁸⁰⁵ V. Rapport annuel de TRACFIN de 2009, p 9.

Comme le souligne également le rapport de la Direction du Trésor : « *le renforcement des contrôles et des sanctions déplace systématiquement les flux illicites vers des zones géographiques différentes et des secteurs économiques non assujettis ou moins encadrés* »⁸⁰⁶.

b) Des efforts de plus en plus centrés sur les délits financiers

L'extension continue du champ d'application de la déclaration de soupçon risque d'avoir des conséquences sur le volume des déclarations de soupçons et d'aboutir à terme à un encombrement de TRACFIN. Compte tenu de l'engagement de leur responsabilité, les personnes assujetties auront tendance, pour se prémunir d'une possible mise en cause de leur responsabilité pour défaut de déclaration, de procéder à des déclarations dites de couverture. Cette préoccupation est d'autant plus sérieuse que les effectifs de TRACFIN sont nécessairement restreints.

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Effectif							41	48	51	49	56	66	67	65	72
Nombre de déclarations de soupçon	900	1202	1244	1655	2529	4639	8719	9019	10842	11543	12047	12469	14565	17310	19208
Nombre de dossiers transmis en justice	47	77	104	129	156	226	291	308	347	405	411	410	359	384	404

Source : rapports annuels de TRACFIN

Pour tenter de limiter ce risque, l'ordonnance introduit en matière de fraude fiscale, à titre dérogatoire, un filtre consistant, pour les personnes assujetties, à ne déclarer que les situations présentant l'un au moins des critères qui sont définis par décret⁸⁰⁷. Le risque d'encombrement reste réel.

Peut-on mieux résumer ce risque qu'Hervé ROBERT ancien conseiller juridique du directeur de TRACFIN, donc difficilement soupçonné de complaisance à l'égard de la fraude fiscale : « *N'est-il pas surtout à craindre que le nombre des critères réglementaires et la banalité de certains ne contrarient l'intention de la loi. Les pouvoirs publics n'ont-ils pas, quelques mois après son édification, démantelé la barrière qu'ils avaient dressée pour arrêter aux portes de TRACFIN le flux de déclarations de nature fiscale ? Il serait fortement préjudiciable à la lutte contre le blanchiment des activités criminelles organisées que TRACFIN se consacre principalement à traiter des sujets fiscaux. Une question épineuse se pose aujourd'hui à l'autorité publique ; elle touche à la finalité même de notre cellule de renseignement financier, et par voie de conséquence interroge sa doctrine d'emploi qui définit les objectifs poursuivis.*

⁸⁰⁶ *Op. cit.* p 10.

⁸⁰⁷ V. notamment : Ch. Cutjar, « Déclaration de soupçon et blanchiment de la fraude fiscale, A propos du décret n° 2009 », *JCP G*, n° 15, 2009, act. 1989, aperçu rapide.

Ch. Cutjar, « Blanchiment de la fraude fiscale- publication de la liste blanche de l'Administration fiscale », *La JCP G*, sept. 2010, n° 36.

P. Michaud, « Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon - De nouvelles obligations pour les juristes et les fiscalistes », *JCP E*, 2009, n° 42, p. 11 ; F. Perrotin, « Blanchiment : Fraude fiscale et déclaration de soupçon », *LPA*, 6 août 2009.

A quoi sert aujourd'hui TRACFIN ? Il ne faudrait pas que l'information de la direction générale des finances publiques aux fins de lutte contre la fraude fiscale ne prédomine sur les sujets judiciaires de lutte contre la criminalité organisée ». ⁸⁰⁸

L'article L 561-15 II du Code monétaire et financier prévoit ainsi que les organismes financiers ne devaient déclarer que les sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont une bonne raison de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale lorsqu'on est en présence d'au moins un des critères prévus par l'article D 561-32 du même code ⁸⁰⁹. Assez séduisants sur le papier, ces critères ne manquent pas de soulever un certain nombre d'interrogations sur leur pertinence, compte-tenu de l'insécurité juridique et d'effets pervers qu'ils risquent, à terme, de générer. En effet, certains critères, comme par exemple la réalisation d'une transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué, risque d'obliger les assujettis à la déclaration

⁸⁰⁸ H. Robert, « Les établissements de crédit et le nouveau cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2010, étude 6.

⁸⁰⁹ Les critères retenus sont les suivants :

1° L'utilisation de sociétés écran, dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social ou ayant leur siège social dans un Etat ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention fiscale permettant l'accès aux informations bancaires, identifié à partir d'une liste publiée par l'administration fiscale, ou à l'adresse privée d'un des bénéficiaires de l'opération suspecte ou chez un domiciliataire au sens de l'article L. 123-11 du Code de commerce.

2° La réalisation d'opérations financières par des sociétés dans lesquelles sont intervenus des changements statutaires fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise ;

3° Le recours à l'interposition de personnes physiques n'intervenant qu'en apparence pour le compte de sociétés ou de particuliers impliqués dans des opérations financières ;

4° La réalisation d'opérations financières incohérentes au regard des activités habituelles de l'entreprise ou d'opérations suspectes dans des secteurs sensibles aux fraudes à la TVA de type carrousel, tels que les secteurs de l'informatique, de la téléphonie, du matériel électronique, du matériel électroménager, de la hi-fi et de la vidéo;

5° La progression forte et inexplicée, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou jusque-là peu actifs ou inactifs, liée le cas échéant à une augmentation importante du nombre et du volume des opérations ou au recours à des sociétés en sommeil ou peu actives dans lesquelles ont pu intervenir des changements statutaires récents ;

6° La constatation d'anomalies dans les factures ou les bons de commande lorsqu'ils sont présentés comme justification des opérations financières, telles que l'absence du numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, du numéro SIREN, du numéro de TVA, de numéro de facture, d'adresse ou de dates ;

7° Le recours inexplicé à des comptes utilisés comme des comptes de passage ou par lesquels transitent de multiples opérations tant au débit qu'au crédit, alors que les soldes des comptes sont souvent proches de zéro ;

8° Le retrait fréquent d'espèces d'un compte professionnel ou leur dépôt sur un tel compte non-justifié par le niveau ou la nature de l'activité économique ;

9° La difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs et les liens entre l'origine et la destination des fonds en raison de l'utilisation de comptes intermédiaires ou de comptes de professionnels non financiers comme comptes de passage, ou du recours à des structures sociétaires complexes et à des montages juridiques et financiers rendant peu transparents les mécanismes de gestion et d'administration ;

10° Les opérations financières internationales sans cause juridique ou économique apparente se limitant le plus souvent à de simples transits de fonds en provenance ou à destination de l'étranger notamment lorsqu'elles sont réalisées avec des États ou des territoires visés au 1° ;

11° Le refus du client de produire des pièces justificatives quant à la provenance des fonds reçus ou quant aux motifs avancés des paiements, ou l'impossibilité de produire ces pièces ;

12° Le transfert de fonds vers un pays étranger suivi de leur rapatriement sous la forme de prêts ;

13° L'organisation de l'insolvabilité par la vente rapide d'actifs à des personnes physiques ou morales liées ou à des conditions qui traduisent un déséquilibre manifeste et injustifié des termes de la vente ;

14° L'utilisation régulière par des personnes physiques domiciliées et ayant une activité en France de comptes détenus par des sociétés étrangères ;

15° Le dépôt par un particulier de fonds sans rapport avec son activité ou sa situation patrimoniale connues ;

16° la réalisation d'une transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué.

de soupçon à se livrer une véritable analyse fiscale, analyse pour laquelle ils n'ont pas forcément les compétences.

Le risque est sérieux d'aboutir soit à une inflation des déclarations de soupçon avec à la clé une paralysie du dispositif, soit en cas d'appréciation erronée, à l'engagement de leur responsabilité pour défaut de déclaration et donc le transfert, sur les intervenants économiques privés de recherches qui doivent incomber aux administrations financières. L'analyse de l'exploitation des déclarations de soupçon montre le caractère limité des résultats obtenus par rapport aux efforts déployés, tout particulièrement en matière de terrorisme.

Analyse des transmissions en justice 2010

Blanchiment de tous crimes ou délits	94
Travail dissimulé, travail illégal	61
Abus de bien social	50
Abus de confiance	41
Escroquerie	30
Abus de faiblesse	20
Exercice illégal de la profession de banquier	20
Infraction à la législation sur les stupéfiants	16
Corruption	11
Escroquerie en bande organisée	9
Vol, recel	9
Détournement de fonds publics	8
Financement du terrorisme	6
Banqueroute	6
Infraction douanière, contrefaçon	5
Fraude fiscale	5
Proxénétisme	4
Association de malfaiteurs	4
Infraction à la législation sur les étrangers	3
Délit d'initié/délit boursier	1
Trafic d'armes	1
Faux et usage de faux	0
Organisation de jeux de hasard illicites	0
Total	404

Source : Rapport TRACFIN 2011.

L'analyse des transmissions en justice démontre que finalement la lutte contre le terrorisme n'est pas l'activité principale de TRACFIN, loin s'en faut puisque sur 404 transmissions seules 6 transmissions sont clairement identifiées comme concernant le terrorisme. L'analyse démontre que les transmissions concernent principalement le travail dissimulé (61), l'abus de bien social (50) l'abus de confiance (50), l'escroquerie (30) et l'abus de faiblesse (20).

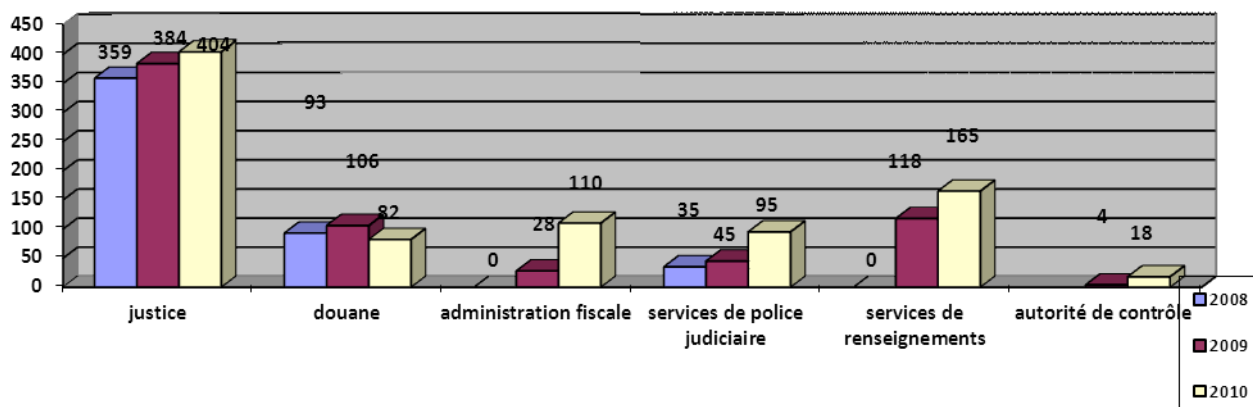
Est-il légitime de placer sur le même plan, la lutte contre le terrorisme et l'abus de bien social ou l'abus de faiblesse, qui bien que répréhensibles ne présentent pas le même degré de dangerosité et d'atteinte à l'ordre public ?

Il apparaît clairement que les domaines d'action traditionnels et visés à l'origine par la déclaration de soupçon sont devenus marginaux.

Il faut cependant relativiser ces chiffres puisque les dispositions de l'ordonnance du 30 janvier 2009 ont autorisé la communication directe d'informations de TRACFIN vers les services de renseignement spécialisés. Les dossiers faisant apparaître un lien potentiel avec le financement du terrorisme font systématiquement l'objet d'une transmission aux services de renseignement compétents. Ces transmissions n'empêchent toutefois pas une transmission concomitante ou ultérieure à la justice judiciaire dans les cas où la présomption d'infraction est suffisamment caractérisée. Les chiffres sont peu aisés à interpréter dès lors que les suites judiciaires ne sont pas toujours portées à la connaissance de TRACFIN.

De même en matière de fraude fiscale, le nombre de transmission à la justice n'est absolument pas significatif. La répression de la fraude fiscale s'exerce très largement en dehors de la sphère pénale⁸¹⁰. Le nombre de transmissions à la justice pénale en matière fiscale ne reflète donc pas l'importance réelle des informations à but fiscal, transmis non pas à la justice mais à l'administration fiscale.

Répartition des transmissions par TRACFIN



Il apparaît que les transmissions à l'administration fiscale tendent à prendre une place de plus en plus importante. S'il est aisément compréhensible que les pouvoirs publics cherchent les informations à la source, il est cependant contestable de transférer sur des opérateurs privés des missions qui par nature relèvent des prérogatives de puissance publique.

Cela illustre une tendance de plus en plus généralisée à une privatisation des tâches de souveraineté. Les opérateurs étaient jusqu'à présent et depuis longtemps des auxiliaires du fisc au sens où ils assuraient à sa place des tâches de percepteurs (V. notamment en matière de TVA, de droit d'enregistrement, ou de prélèvements à la source sur les produits financiers), ils deviennent également des auxiliaires en matière de contrôle et de répression, tâches qui jusqu'à présent étaient réservées aux autorités publiques, par ailleurs très encadrées quant à elles.

⁸¹⁰ La pénalisation de la « fraude fiscale » est assez limitée. Le nombre de dossiers fiscaux faisant l'objet de répression pénale est très limité (environ 1000 dossiers par an). L'administration fiscale préfère très largement recourir aux procédures fiscales pour recouvrer l'impôt, et ne recourt aux procédures pénales que dans les cas de dissimulations graves et importantes.

2- Une extension continue confrontée à la résistance de certains Etats : l'exemple de la directive Epargne.

Le secret bancaire a longtemps constitué un obstacle à la lutte contre le blanchiment de capitaux, tout particulier en matière fiscale. Si la plupart des pays de l'Union européenne ont levé l'essentiel des barrières à la coopération administrative internationale sous l'égide de l'OCDE⁸¹¹ et de l'Union européenne, il n'en reste pas moins que certains freins subsistent.

En effet, la levée de la plupart des obstacles juridiques ne suffit pas à permettre une réelle coopération. Les pays ne sont susceptibles de fournir des informations à des pays tiers que dans la mesure ils sont aptes à les obtenir pour eux-mêmes. Or, les différences d'organisations des procédures de contrôles rendent très largement illusoire la coopération internationale en la matière. Par exemple, seuls certains pays (France, Hongrie, Norvège et Espagne) disposent de banques de données centralisées regroupant certains renseignements bancaires.

Ces pays font obligation aux institutions financières de déclarer les ouvertures, modifications ou fermetures de comptes de tous types. Ces informations sont stockées dans une banque de données informatique utilisée par les administrations à des fins de recherche, de contrôle et de recouvrement. Pour les autres, il est nécessaire, pour obtenir la communication d'informations bancaires, de connaître précisément l'agence bancaire et le numéro de compte, aucun mécanisme général de centralisation de l'information n'existant dans ces pays.

Par ailleurs, certains Etats, y compris dans l'Union européenne, sont très largement réticents à fournir des informations par crainte d'une exploitation fiscale de ces données. L'exemple de la politique de la taxation de l'épargne dans les pays de l'Union européenne en est la parfaite illustration.

La directive n° 2003/48/CE du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts dite directive « *épargne* »⁸¹² a eu pour objet l'imposition effective des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts dans l'Etat membre où le bénéficiaire effectif a sa résidence fiscale, conformément aux dispositions législatives de ce dernier Etat membre.

A cette fin, elle instaure un mécanisme de transmission automatique d'informations entre Etats membres de l'Union européenne concernant le paiement de revenus qualifiés d'intérêts à un bénéficiaire effectif (personne physique ou entité assimilée) établi dans un Etat membre par l'intermédiaire d'un agent payeur établi dans un autre Etat.

Depuis juillet 2005, la directive « *épargne* » impose aux gouvernements de l'Union européenne de fournir aux autres des informations sur les placements des particuliers non-résidents. Les PFJ (Paradis fiscaux et judiciaires) qui gravitent autour de l'Union européenne (Monaco, Jersey, Suisse, etc.) ont également accepté de se plier au jeu.

Toutefois, comme le Luxembourg, la Belgique et l'Autriche, ils ont obtenu le droit de maintenir le secret bancaire, au prix d'une retenue à la source significative sur les intérêts de l'épargne (35% à partir de 2011). De plus, la directive ne porte pas sur les personnes morales ou les trusts. En effet, par exception, la directive "épargne" a prévu, pour certains Etats membres (Autriche, Luxembourg, Belgique), à titre transitoire, un dispositif alternatif à l'échange automatique d'informations.

⁸¹¹ OCDE a notamment pour mission de favoriser la coopération administrative en matière fiscale par ses pays membres

⁸¹² Elle a été transposée en droit interne par l'article 24 de la loi de finances rectificative pour 2003⁸¹². Elle est entrée en vigueur pour les intérêts payés à compter du 1er juillet 2005.

Au cours de la période de transition visée à l'article 10 de la directive "épargne" les agents payeurs établis en Belgique, au Luxembourg et en Autriche prélèvent, sur les intérêts versés à des bénéficiaires effectifs résidents d'un autre Etat membre, une retenue à la source de 15 % pendant les trois premières années, de 20 % pendant les trois années suivantes et de 35 % par la suite⁸¹³. Cependant, la Belgique a adopté depuis le 1^{er} janvier 2010 le système d'échange automatique d'informations prévu par la directive « *épargne* ». A donc été retirée, à compter de cette même date, de la liste des Etats relevant du dispositif alternatif.

L'article 12 de la directive "épargne" prévoit que les Etats qui appliquent une retenue à la source conservent 25 % de la recette et en transfèrent 75 % à l'Etat de résidence du bénéficiaire effectif des intérêts⁸¹⁴, sans bien évidemment que l'anonymat des non-résidents ne soit levé. Il s'agit d'une semi-victoire pour les autres pays membres de l'Union, en particulier la France, qui bénéficient désormais d'une part des prélèvements à la source effectués sur les non-résidents, mais qui ne peuvent toujours pas connaître de manière systématique l'existence de comptes dans ces pays et sur lesquels transitent vraisemblablement des avoirs non déclarés dans leur pays de résidence. Plus que l'existence du versement d'intérêts, c'est l'existence d'avoirs à l'étranger qui intéresse l'Etat de résidence du bénéficiaire des intérêts. Il s'agit de la concession ultime admise par ces trois Etats sous les pressions politiques et économiques intenses de la communauté internationale pour éradiquer les paradis fiscaux, tout particulièrement en Europe.

Une telle réticence à coopérer de ces pays s'explique par l'importance des placements financiers des non-résidents dans l'économie de ces pays, en particulier le Luxembourg. On peut certes déplorer ces politiques de « *moins-disant* » fiscal qui ont pour seul objectif d'attirer à leur profit les capitaux étrangers. Il faut cependant impérativement en tenir compte dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

La réticence évidente de certains pays à coopérer en matière de lutte contre la fraude fiscale devrait conduire à plus de prudence lorsqu'il s'agit de réprimer le terrorisme. Non pas que la fraude fiscale ne soit pas répréhensible, mais il est sans doute nécessaire de hiérarchiser les périls qui menacent nos sociétés. Vouloir agir tout azimut dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux risque fort là encore de se révéler contre-productif et entraîner la résistance de certains Etats, qui s'ils adhèrent à la nécessité de lutter contre le terrorisme et le

⁸¹³ Cette même retenue à la source est également prélevée par certains des Etats et des territoires dépendants et associés qui, dans le cadre d'accords conclus avec les Etats membres de la Communauté européenne, appliquent des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive « *épargne* ». Pour les Etats appliquant des mesures équivalentes (la Confédération helvétique, la principauté du Liechtenstein, la République de Saint-Marin, la principauté de Monaco et la principauté d'Andorre), pour les territoires dépendants et associés (Jersey, Guernesey, l'Île de Man, les Îles Vierges britanniques, les Îles Turks et Caïcos et les Antilles néerlandaises).

⁸¹⁴ Les intérêts par des bénéficiaires effectifs fiscalement domiciliés en France doivent être déclarés et imposés en France dans les conditions de droit commun, y compris lorsqu'une retenue à la source a été prélevée dans l'Etat de source de ces revenus en application de cette même directive. Toutefois, la directive « *épargne* » prévoit que l'Etat membre de résidence fiscale du bénéficiaire effectif fait en sorte que soient éliminées toutes les doubles impositions qui pourraient résulter du prélèvement de la retenue à la source susvisée. Ainsi, pour pallier le risque de double imposition pour les personnes physiques résidant fiscalement en France, il est prévu que la retenue à la source prélevée dans un autre Etat, en application de la directive « *épargne* », ouvre droit à un crédit d'impôt égal à cette retenue et déduit de l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année au cours de laquelle les revenus entrant dans le champ d'application de la directive "épargne", majorés du montant des retenues à la source auxquels ils sont soumis, sont déclarés et imposés. En outre, si le crédit d'impôt afférent à la retenue à la source est supérieur au montant de l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année au cours de laquelle les intérêts sont déclarés et imposés, l'excédent est restitué au contribuable.

crime organisé, n'ont pas la même conception en ce qui concerne la lutte contre les délits financiers et en particulier la fraude fiscale.

B- Un dispositif qui se concilie difficilement avec le respect des droits fondamentaux et les principes démocratiques

La nécessaire lutte contre le terrorisme, dont il n'est pas question ici de contester la légitimité, doit cependant impérativement se concilier avec le respect des droits fondamentaux. La tentation est grande, sous prétexte d'efficacité et devant la gravité des faits incriminés, de s'affranchir de règles qui pourtant constituent le socle sur lequel reposent les fondements des sociétés occidentales libérales et démocratiques aboutissant à la généralisation de la délation. Cela est d'autant plus dommageable que le concept de terrorisme est, contrairement à ce que l'on pourrait croire, difficile à définir.

1- Une difficile définition du concept de terrorisme

Il n'est pas, en effet, toujours aisé de définir ce qui relève de la lutte légitime contre le terrorisme. Le concept même de terrorisme par les textes communautaires est facteur d'ambiguïté et de difficultés.

Telle qu'elle résulte d'une décision-cadre de 2002, la notion de terrorisme combine un élément objectif : il 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.) et un élément subjectif : ces actes peuvent être considérés comme des infractions terroristes 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.

Cette définition, si légitime qu'elle apparaisse au premier examen, n'est pas sans poser de graves problèmes de principe. Partant d'une volonté louable d'unifier le concept de terrorisme dans l'ensemble des pays de l'Union, elle risque si on n'y prend garde de devenir un facteur de maintien des institutions en place. Comme le rappelle fort justement Stéfano Manacorda : « *Que ceux qui sont des terroristes pour un Etat apparaîtront à un autre Etat comme des combattants pour la liberté qu'il faut protéger* »⁸¹⁵.

Les exemples sont nombreux, passés ou actuels, qui démontrent que le concept, en apparence évident, de terrorisme se prête mal à une définition universelle dans le temps et dans l'espace. Le général de Gaulle n'a-t-il pas été un terroriste avant de devenir un héros national ? Que dire des luttes pour l'indépendance des anciennes colonies ? Que deviendrait le combat pour la Démocratie au Maghreb ou ailleurs au regard de cette définition ? N'est-ce pas l'argument principal et définitif des dictateurs de tous ordres pour justifier la répression de leurs opposants. Même les pays de l'Union européenne ne sont pas épargnés : les mouvements indépendantistes qu'ils soient basques, bretons, corses ou nord-irlandais sont là pour le rappeler. Où finit le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et où commence le terrorisme ?

Quoi qu'il en soit, l'Union européenne a cherché à définir des valeurs communes, qu'elle entend protéger. Le droit européen est intervenu pour mettre fin à l'éparpillement des

⁸¹⁵ H. Laurens, M. Delmas-Marty (sous la dir.), *Terrorismes : Histoire et droit*, éditions du CNRS, 2010, p. 191.

solutions nationales en définissant une conception commune de lutte contre le terrorisme puis en imposant un accroissement de la répression pénale dans l'ensemble des pays membres.

2- Les risques de dérives vers une société de délation

La nécessaire lutte contre le blanchiment de capitaux à des fins terroristes doit cependant rester soumise aux principes fondamentaux tels qu'ils sont protégés par la CEDH, en particulier le droit au procès équitable et le droit au respect de la vie privée. La III^{ème} directive européenne relative au blanchiment de capitaux rappelle en son préambule, qu'elle « respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » et qu' « aucune disposition de la présente directive ne devrait faire l'objet d'une interprétation ou d'une mise en œuvre qui ne serait pas conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme ».

L'extension du dispositif de la déclaration de soupçon participe au grignotage continu et inquiétant des droits fondamentaux, dont le 11 septembre 2001 n'est que l'accélérateur. Les exemples de ce phénomène, en dehors de la sphère spécifique du financement du terrorisme, sont nombreux. Sur le plan spécifique de la lutte contre le financement du terrorisme, l'extension continue du champ d'application de la déclaration de soupçon constitue un pas de plus, sans doute le plus déterminant car peu visible, vers une société de surveillance, avec pour circonstances aggravantes que cette surveillance n'est plus assurée par les pouvoirs publics, mais par des opérateurs privés, avec tous les risques de dérives que cela implique.

Par ailleurs, la centralisation des données par les banques n'est pas sans faire courir de graves risques de divulgation des données. L'affaire SWIFT est là pour nous rappeler les enjeux et les risques des sociétés de l'information. Cette société (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) est une société coopérative de droit belge, fondée en 1973 et constituée de 500 banques européennes et américaines. L'objet de cette société est de fournir aux établissements de crédit et à certaines institutions financières le support d'un réseau informatique sécurisé pour effectuer leurs transactions.

La presse américaine a rapporté en juin 2006 que la CIA et le département du Trésor américain ont surveillé, après les attentats du 11 septembre 2001 « des millions de messages contenant des données à caractère personnel telles que les noms des personnes effectuant et recevant des paiements. Ces messages ont été stockés aux Etats-Unis, dans l'un des deux centres de stockage de SWIFT, (l'autre étant situé au sein de l'Union européenne) »⁸¹⁶ SWIFT transmettait ainsi régulièrement depuis les attentats du 11 septembre 2001 des données confidentielles aux autorités de la CIA et au Département du Trésor au nom de la lutte contre le financement du terrorisme international⁸¹⁷. Cela avait suscité de vives réactions de la part de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après) CNIL et du Groupe des 29 (le groupe des CNIL européennes)⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Notamment le « *New York Times* » et le « *Wall Street Journal* ».

⁸¹⁷ La société SWIFT, exerçant ses activités dans le monde entier se trouve soumise au droit belge et communautaire en raison de la localisation de son siège social, mais aussi au droit américain du fait de la localisation de son serveur aux Etats-Unis (les données ont été doublées par sécurité).

⁸¹⁸ Le 22 novembre 2006, ce dernier a rendu un avis qui critique les conditions de mise à disposition de données européennes, stockées aux Etats-Unis dans la base SWIFT, les jugeant contraires aux principes européens de protection des données. Il a également évoqué les craintes en matière d'espionnage. En effet, sont ainsi communiqués le montant de la transaction, la devise, la date valeur, le nom du bénéficiaire, le client qui a demandé la transaction financière et son institution financière.

Par la suite, le Groupe des 29 a accueilli favorablement l'accord du printemps 2007 signé par la Commission et le Conseil européen avec le gouvernement américain, qui prévoyait la création d'un centre de stockage sur le territoire européen en supprimant l'accès direct des autorités américaines aux données bancaires intra européennes collectées par SWIFT.

Cependant, de nouvelles négociations entre la Commission européenne et les Etats-Unis en vue de l'adoption d'un accord, aux termes duquel les autorités américaines auraient finalement directement accès aux données stockées par SWIFT⁸¹⁹. Le Président du Groupe des 29 a alerté la Commission européenne sur le fait que les garanties négociées en 2007 pourraient être gravement remises en question.

Le Parlement européen a rejeté le 11 février 2010 l'accord provisoire entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le transfert à l'administration américaine de données financières relatives à des citoyens européens. Les eurodéputés ont notamment estimé que l'accord ne comportait pas suffisamment de garanties pour la protection de la vie privée. Ils ont ainsi repris la position exprimée par le Président de la CNIL et par le Groupe des CNIL européennes (Groupe des 29)⁸²⁰. Immédiatement après le rejet de l'accord Swift par le Parlement, la Commission européenne se prononce en faveur d'une renégociation de l'accord pour prendre en compte les critiques qu'il a formulées.

Le 7 juillet 2010 le Parlement européen a approuvé le nouvel accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le transfert à l'administration américaine de données financières relatives à des citoyens européens. En dépit de garanties supplémentaires apportées, la CNIL s'interroge sur l'effectivité des mesures prises et considère que plusieurs sources d'inquiétude subsistent.

Les eurodéputés ont estimé que cet accord apportait des garanties supplémentaires, notamment en prévoyant, au profit des personnes dont les données sont transférées dans le cadre de l'accord, un droit de recours administratif et judiciaire aux Etats-Unis, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence.

La CNIL conserve certaines réticences en estimant que le manque de clarté sur certains points suscite encore des interrogations. La CNIL relève que les transferts massifs de données seront toujours possibles dès lors que SWIFT ne sera pas techniquement en mesure d'identifier et de produire des données spécifiques afin de répondre aux requêtes américaines. Le choix d'Europol, qui ne présente pas de garanties de compétence technique comme autorité de filtrage des données, inquiète également la CNIL. Par ailleurs, Il n'y aucune garantie en ce concerne la durée de conservation, ou encore la limitation des traitements ultérieurs aux finalités pour lesquelles les données ont été initialement collectées. Enfin, l'articulation de cet accord avec le rôle des autorités de protection des données européennes reste incertaine.⁸²¹

L'affaire SWIFT illustre parfaitement les différences de conceptions fondamentales qui opposent les Etats-Unis et les européens. Pour les premiers⁸²², la lutte contre le terrorisme doit

⁸¹⁹ Un accord provisoire a été signé le 30 novembre 2009 par les ministres de l'intérieur de l'Union européenne.

⁸²⁰ Les inquiétudes du G29 portaient notamment sur :

- l'extension du champ d'application de l'accord au-delà même du cadre de la lutte contre le terrorisme,
- l'importance de garantir le caractère exceptionnel des transferts massifs de données aux autorités américaines
- le niveau de protection proposé par le Trésor américain alors qu'il n'a fait l'objet d'aucune procédure d'adéquation par la Commission européenne,
- la nécessité de garantir le droit d'accès des personnes concernées,
- le maintien des prérogatives des autorités de protection européenne.

⁸²¹ V. le site web de la CNIL : www.cnil.fr

⁸²² J.-M. Sorel (sous la dir.), La lutte contre le financement du terrorisme : perspectives transatlantiques, Cahiers internationaux, n° 21, Editions Pedone, CERDIN., 2009, 214 p.

prévaloir. La fin justifie les moyens et peu importe qu'il faille pour cela porter atteinte aux libertés fondamentales et au respect de la vie privée. Une situation exceptionnelle justifie des mesures exceptionnelles.

Pour les seconds, la lutte contre le terrorisme ne doit pas occulter la nécessité de respecter les droits fondamentaux. Une situation même exceptionnelle ne justifie pas une atteinte à ce qui constitue le socle commun et identitaire de la veille Europe.

Espérons que la première conception ne triomphera pas. L'attitude de la Commission étrangement atone dans l'affaire SWIFT n'est pas faite pour rassurer, contrairement à celle du Parlement européen et des organismes nationaux et européens de contrôle des données individuelles.

La lutte contre le terrorisme est devenue l'alibi commode et péremptoire pour faire accepter par les Etats et surtout les opinions publiques, les atteintes insidieuses et progressives aux libertés publiques et individuelles au nom de l'intérêt général. Cela contribue à l'instauration d'une société fondée sur la peur⁸²³, le soupçon, la surveillance et la délation. Si on n'y prend garde, les politiques de lutte contre le terrorisme risquent d'aboutir à pire que ce qu'elles sont censées combattre. Pire, parce que les Etats occidentaux disposent, contrairement aux terroristes, de technologies et de ressources financières incomparables, leur permettant d'instaurer un système totalitaire et intrusif, dont rêverait le pire des dictateurs, avec l'assentiment des populations, qui croient à l'illusion d'une société sans crime, et au risque zéro.

Cela aboutirait à une remise en cause fondamentale de l'Etat de droit, dont les occidentaux sont si fiers, et qui constitue en quelque sorte le socle politique et idéologique de nos sociétés ouvertes, démocratiques et tolérantes.

C'est ce risque que souligne avec force et talent Mireille Delmas-Marty : « *C'est un idéal que les attentats du 11 septembre ont abattu en même temps que les tours jumelles de Manhattan, marquant la victoire, au moins symbolique, de Ben Laden sur l'occident détesté* »⁸²⁴.

Le ver est dans le fruit. Même si ce phénomène est antérieur au 11 septembre, il irrigue désormais des pans entiers du droit pénal et ne se limite plus au terrorisme. La tentation de la radicalisation du droit pénal atteint désormais la criminalité de droit commun : les crimes à caractère sexuel, les crimes concernant les personnes vulnérables ou chargées d'une mission d'autorité publique.

Cette tendance, outre qu'elle introduit une hiérarchisation dangereuse de la vie humaine, conduit à faire de l'exception la règle et risque d'aboutir à ce que certains ont qualifié d'état d'exception, qui comme l'indique Michel Troper n'a plus rien d'exceptionnel⁸²⁵. Cela aboutit à une prolifération de lois exceptionnelles pour répondre à un problème que l'on qualifie d'exceptionnel et qui justifie une dérogation supplémentaire et restrictive aux droits fondamentaux.

Nos sociétés reposent sur des illusions qui peuvent se révéler dangereusement liberticides : illusion d'une société sans crime mais aussi illusion d'une société transparente. L'exigence de transparence envahit désormais l'ensemble de nos sociétés modernes. Comme le souligne fort justement Thierry Massis, avocat au Barreau de Paris : « *La transparence n'est plus seulement un droit, elle est une exigence morale. Elle est la pierre angulaire sur laquelle*

⁸²³ M. Crépon, *La culture de la peur*, Galilée, 2008.

⁸²⁴ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Coll La couleur des idées, 2010 ; H. Laurens, M. Delmas-Marty (sous la dir.), *Terrorismes, Histoire et droit*, Editions du CNRS, 2010, 337 p.

⁸²⁵ M. Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel » in Theodorou (sous la dir.), *L'Etat d'exception dans tous ses états*, Parenthèse, Marseille, 2007.

repose notre société. Le déclin des idéologies, de la morale, le recul des religions l'ont placée au centre. Comme le recours ultime d'une société qui fait de la recherche de la vérité son horizon. Tout doit être transparent notre naissance, nos amours, nos conversations, notre domicile, notre fortune, notre pauvreté, notre mort doivent être exposés à la lumière ; ce qui est caché devient suspect. L'intimité, la confiance, la relation personnelle deviennent anachroniques, désuètes»⁸²⁶.

Ceux qui sont susceptibles de détenir un secret sont donc suspects, presque complices du secret qu'ils recueillent. Cette illusion de la transparence, souhaitée par beaucoup avec bonne conscience, au nom du droit à l'information ou du droit à la sécurité, est redoutable et risque si l'on y prend garde d'aboutir à cette société totalitaire que pourtant nous cherchons à combattre.

Pascale Bertoni

⁸²⁶ T. Massis, « La transparence et le secret. Champ social, débat de conscience », *Etudes* 2001/6, Tome 394, p. 751-761.

L'adaptation du droit de l'Union européenne

en matière de contrôle des exportations d'armements et de biens

et technologies à double usage à la lutte contre le terrorisme

Le contrôle des exportations d'armements, qui constitue l'une des dimensions préventives de la lutte contre le terrorisme, présente un relief spécifique dans le cadre de l'Union européenne, première puissance exportatrice d'armements⁸²⁷ à travers ses États membres. Si l'Union européenne se présente aujourd'hui comme une puissance préoccupée du contrôle des exportations d'armements de ses États membres et plus largement comme l'un des acteurs majeurs de la négociation des normes internationales relatives à ce contrôle, cette volonté est récente et constitue une rupture par rapport aux premières phases de la construction communautaire.

Lors de la création des Communautés, le commerce – le « *doux commerce* » cher à Montesquieu – était présenté comme le principal moyen d'éviter la guerre. Mais le Traité de Rome – enregistrant la volonté des États de conserver la plénitude de leurs compétences en la matière – a longtemps permis d'exclure l'application des règles communautaires aux activités de fabrication et de commerce des armes. Cette exclusion, organisée à l'époque par l'article 223, devenu l'article 296, perdure aujourd'hui avec l'article 346 TFUE⁸²⁸, selon lequel « *Tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre* ».

Les mesures prises « *ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne des produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* »⁸²⁹. La séparation dessinée à l'origine est restée longtemps étanche, de par l'interprétation très large qui était faite par les États membres de cet article, interprétation désormais strictement encadrée par la Cour⁸³⁰.

⁸²⁷ Les États membres de l'Union européenne ont exporté en 2009, sur un montant total de 63,7 milliards d'exportations d'armement. Rapport au Parlement, août 2010. Les exportations d'armement de la France en 2009, DICOD, août 2010, p. 9.

⁸²⁸ Ex article 296 § 1 b, ex-article 223 § 1 b. On retrouve la même exclusion dans l'article 84 du Traité Euratom et dans l'article XXI des accords du GATT devenu article 73 des accords de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.

⁸²⁹ Une liste arrêtée en 1958, destinée aux États et non rendue publique, énumère les produits visés par l'article 346. La non-réactualisation de cette liste accroît la marge de manœuvre des États. V. I. Barbe, « L'article 223 du Traité de Rome, un article controversé », *Droit et Défense*, 1998, n° 1.

⁸³⁰ Dans les affaires C-284/05, C-372/05, C-409/05, C-461/05 et C-239/06, C-294/05 et C-387/05, la Cour a considéré « *que les dérogations prévues aux articles 296 CE et 297 CE doivent, comme il est de jurisprudence constante pour les dérogations aux libertés fondamentales* » (v. notamment, CJCE, 31 janv. 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-503/03, Rec. p. I-1097, pt 45 ; CJCE, 18 juil. 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-490/04, Rec. p. I-6095, pt 86 ; CJCE, 11 sept. 2008, *Commission c. Allemagne*, aff. C 141/07, Rec. p. I-6935, pt 50), faire l'objet d'une interprétation stricte. En ce qui concerne, plus particulièrement, l'article 296 CE, « *il y a lieu de relever que, bien que cet article fasse état des mesures qu'un Etat membre peut estimer nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ou des renseignements dont il considère la divulgation contraire à ces intérêts, celui-ci ne saurait toutefois être interprété de manière à conférer aux États membres le pouvoir de déroger aux dispositions*

Les réticences des Etats à une approche commune des questions de contrôle des exportations d'armements ont été longtemps affirmées. Mais l'apparition au début des années 1980 de ce que la presse a appelé « *euroterrorisme* »⁸³¹ a conduit les ministres des Affaires étrangères à adopter en 1986 une Déclaration *sur le terrorisme international*⁸³², interdisant d'exporter des armes ou d'autres équipements militaires vers des pays manifestement impliqués dans le soutien du terrorisme.

Suite à une proposition franco-allemande de 1990, la question du contrôle des exportations a été débattue lors de l'élaboration du traité de Maastricht. Il avait alors été décidé que le sujet serait considéré comme une question intergouvernementale dans le cadre d'une politique étrangère et de sécurité commune et non pas comme une question de politique commerciale. Entre 1992 et 1997, les gouvernements français et britannique estimaient, par exemple, que la politique en matière d'exportation d'armes n'exigeait pas une harmonisation au niveau de l'Union européenne⁸³³.

Le phénomène terroriste, s'ajoutant à l'évolution générale du contexte géopolitique⁸³⁴, a constitué dans cette période un puissant facteur d'évolution, suscitant à partir du milieu des années 1990 l'intervention de l'organisation régionale dans le domaine du commerce des armes et des matériaux à double usage⁸³⁵. La création de l'Union européenne et les développements de la PESC ont été déterminants. Les premiers efforts menés au sein de la Coopération politique européenne (ci-après CPE), qui était utilisée comme cadre décisionnel pour les embargos sur les armes, ont été prolongés, « *d'abord de façon essentiellement réactive et erratique, puis plus coordonnée et systématique après 1991, essentiellement dans le cadre de la PESC, qui a permis la mise sur pied d'un véritable régime permanent et institutionnalisé* »⁸³⁶.

En 1998, l'adoption par le Conseil du Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements, fixant huit critères pour l'exportation d'armes conventionnelles et établissant un mécanisme d'information et de consultation pour les refus d'exportation, a constitué une première étape fondatrice⁸³⁷. Deux des huit critères visaient

du traité par la seule invocation desdits intérêts ».

⁸³¹ D. Hermant, *Guerre et Terrorisme*, 1986, *Cultures & Conflits*, 2005 : <http://conflits.revues.org/index1146.html>.

⁸³² CEE, Déclaration des ministres des affaires étrangères du 27 janv. 1986 sur la lutte contre le terrorisme international.

⁸³³ S. Bauer rappelle néanmoins que « *Jusqu'à un certain point, les exportations d'armement faisaient déjà l'objet de discussions au sein de la CPE, lesquels étaient le produit d'une mise en œuvre concertée avant même l'entrée en vigueur de la PESC en 1993. Les décisions de la CPE n'étaient pas fondées sur une politique cohérente et à long terme, mais sur la réaction ad hoc aux événements internationaux. Dans cette optique, suite à la guerre contre l'Irak, le Conseil européen de Luxembourg des 28 et 29 juin 1991 a adopté, également dans le cadre de la CPE, sept critères concernant les principes à appliquer en matière d'exportation d'armements* » : "L'europanisation des politiques d'exportation d'armement", *AFRI*, 2001, vol. 2.

⁸³⁴ Les préoccupations de concurrence – les effets néfastes de la fragmentation des marchés de l'armement et la nécessité de programmes de coopération, la constitution de groupements de producteurs internationaux – ainsi que l'évolution des moyens de combat qui intègrent de manière croissante des biens et technologies civils à double usage (ci-après BTDU), le risque d'effet boomerang mesuré en particulier lors de la guerre du Golfe de 1991, sont également des facteurs à prendre en compte dans l'intervention progressive de l'Union en matière de contrôle des exportations d'armements.

⁸³⁵ I. Anthony, « Politiques nationales et accords régionaux en matière d'exportation d'armes », *Désarmement*, 2-2000, UNIDIR.

⁸³⁶ S. Bauer, *AFRI*, *op. cit.*

⁸³⁷ Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements adopté le 8 juin 2008, disponible sur : <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/08675f2en8.pdf> ; V. également S. Bauer, « L'europanisation des politiques d'exportation d'armements », *Annuaire français de relations internationales* 2001, vol. 2, pp. 507-523 ; A. Millet-Devalle, « Codes de conduite et contrôle des exportations d'armement », *Arès*,

explicitement le terrorisme : le 6^{ème} critère du Code demandait aux Etats exportateurs de tenir compte des antécédents de l'Etat acheteur en matière de soutien ou d'encouragement au terrorisme et le 7^{ème} critère portait sur l'évaluation d'un risque de détournement ou de réexportation vers des organisations terroristes.

Sur cette base, plusieurs positions communes PESC ont été adoptées afin d'interdire des exportations d'armes vers des régimes soupçonnés de se livrer à des actions terroristes, notamment à l'égard de la République fédérale de Yougoslavie⁸³⁸ en 1998, de l'Indonésie en septembre 1999 ou de la Birmanie en avril 2000.

Dès 2001, l'adoption de conclusions *concernant les incidences de la menace terroriste sur la politique de l'UE en matière de non-prolifération, de désarmement et de maîtrise des armements* annonçait le renforcement et le renouvellement de cette approche⁸³⁹. En intégrant la lutte contre la prolifération à la lutte contre le terrorisme à partir de 2002, une dynamique nouvelle a été insufflée au contrôle des exportations d'armements de l'Union européenne.

En effet, le lien entre terrorisme et armes de destruction massive établi par l'administration américaine après les attentats du 11 septembre allait être relayé par l'Union européenne avec l'adoption de plusieurs textes fondateurs. La Stratégie européenne de sécurité de décembre 2003⁸⁴⁰ affirmait : « *Le scénario le plus effrayant est que des groupes terroristes acquièrent des armes de destruction massive* ». La Stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive adoptée également le 10 décembre 2003 mentionnait, au nombre des composantes de l'action de l'Union européenne, le renforcement de l'efficacité du contrôle des exportations dans une Europe élargie.

Après les attentats de Madrid, le Conseil européen reconnaissait « *qu'il est nécessaire de priver les organisations et groupes terroristes des instruments dont ils ont besoin pour leurs activités. Il faut en particulier assurer une plus grande sécurité en ce qui concerne les armes à feu, les explosifs, le matériel servant à fabriquer des bombes et les technologies qui sont utilisées pour commettre des attentats* » et chargeait le Conseil d'étudier la possibilité d'adopter des mesures dans ce domaine⁸⁴¹.

La Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme de 2005⁸⁴² précisait qu'« *il convient également de priver les terroristes des moyens par lesquels ils*

n° 47, avr. 2001, disponible sur : webuz.upmf-grenoble.fr/espace-europe/publication/ares/47/millet.pdf et A. Millet-Devalle, « A propos de la position commune de l'Union européenne relative aux règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires du 8 déc. 2008 », *RGDIP* 2009-01, pp. 95-112.

⁸³⁸ Conseil de l'Union européenne, Position commune 98/240/PESC du 19 mars 1998, JO L 95 du 27 mars 1998, p. 1 et Conseil de l'Union européenne, Règlement 926/98/CE, JO L 130 du 1^{er} mai 1998, p. 1. Les mesures furent levées après le changement de gouvernement. V. Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/179/PESC du 8 oct. 2001, JO L 268 du 9 oct. 2001, p. 49 et Conseil de l'Union européenne, Règlement 2156/2001/CE, JO L 289 du 6 nov. 2001, p. 5.

⁸³⁹ Conseil de l'Union européenne, Note du secrétariat, 14732/01, LIMITE, PESC 504, 29 nov. 2001. Ce document identifiait quatre domaines d'action : 1) examen et renforcement des instruments multilatéraux pertinents dans le domaine de la non-prolifération, du désarmement et du contrôle des exportations ; 2) mise en œuvre intégrale du contrôle des exportations ; 3) coopération internationale dans le domaine de la protection contre l'utilisation ou la menace d'utilisation d'armes chimiques et biologiques ; 4) amélioration du dialogue politique avec les pays tiers dans le domaine de la non-prolifération, du désarmement et de la maîtrise des armements.

⁸⁴⁰ Non-publié.

http://europa.eu/legislation_summaries/foreign_and_security_policy/cfsp_and_esdp_implementation/roooo4_fr.htm

⁸⁴¹ Conseil européen de Madrid, Déclaration sur la lutte contre le terrorisme, 25 mars 2004.

⁸⁴² Conseil Justice et affaires intérieures, Bruxelles, 1^{er} déc. 2005.

organisent des attentats, que ce soit directement (par exemple les armes et explosifs) ou indirectement» (point 28) et que « *les priorités essentielles du volet « Poursuite » visent à empêcher que les terroristes puissent se procurer des armes et des explosifs, qu'il s'agisse entre autres de composants d'explosifs artisanaux ou de matériaux CBRN*» (point 31).

Le plan d'action contre la prolifération des armes de destruction massive adopté en juin 2003 par le Conseil européen de Thessalonique a permis d'initier le développement de normes contraignantes en la matière. En atteste le point 21 du plan d'action qui appelait au lancement d'une « *évaluation par les pairs des systèmes de contrôle des exportations dans les Etats membres et dans les Etats adhérents* »⁸⁴³.

La première étape de cette évaluation s'est achevée en juillet 2004. Elle a été menée à bien par des groupes de deux à trois pays qui ont examiné les législations nationales et leur mise en œuvre, afin de déterminer les meilleures pratiques de l'Union élargie⁸⁴⁴. Le 13 décembre 2004, le Conseil a fait une déclaration qui contient les recommandations résultant de l'évaluation et souligne l'importance que l'Union européenne attache à un contrôle efficace des exportations, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de ses frontières⁸⁴⁵.

En matière de contrôle à l'intérieur des frontières de l'Union européenne, les transferts ont été considérablement simplifiés et facilités par la directive 2009/43 du 6 mai 2009 « *simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté* », modifiée en 2012⁸⁴⁶. Ce texte vise à instaurer un marché intérieur des produits liés à la défense sans nuire aux intérêts de sécurité des Etats membres. Il définit un ensemble de règles et procédures applicables aux transferts internes de ces produits, en simplifiant les conditions de transferts des produits de défense⁸⁴⁷, en harmonisant les licences délivrées par les Etats membres. Il s'agit de rendre plus aisée la circulation des produits de défense d'un Etat membre à l'autre, tout en préservant les exceptions des articles 36 et 346⁸⁴⁸. La dynamique normative qui anime

⁸⁴³ Le point 21 prévoit que « *afin de mieux coordonner les activités de contrôle des exportations de l'UE et que chacun puisse tirer parti de l'expérience des autres, il conviendrait de procéder à une évaluation par les pairs dans tous les Etats membres et dans tous les Etats adhérents* ».

⁸⁴⁴ Les services de la Commission ont assuré la coordination de l'évaluation par les pairs et ont bénéficié du soutien d'un groupe d'étude qui a fait une analyse et formulé des recommandations fondées sur les rapports des groupes de pays.

⁸⁴⁵ La mise en œuvre des recommandations faisant suite à l'évaluation par les pairs a été traitée en priorité par le groupe « *Biens à double usage* » du Conseil en 2005 et en 2006.

⁸⁴⁶ Parlement européen et Conseil, Directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 *simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté*, JO L 146 du 10 juin 2009, p. 1. La directive, dont l'initiative revient à la Commission européenne, a été adoptée en première lecture par le Parlement européen, sous présidence française, puis entérinée par le Conseil le 24 avr. 2009 sous présidence tchèque. Elle a été modifiée par la Commission européenne, Directive 2012/10/UE du 22 mars 2012 (JO L 85 du 24 mars 2012, p. 3), afin de tenir compte de l'actualisation de la liste commune des équipements militaires de l'UE.

⁸⁴⁷ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement et du Conseil du 5 déc. 2007 *simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la communauté*, COM (2007) 765 final.

⁸⁴⁸ Les Etats membres avaient jusqu'au 30 juin 2011 pour publier les mesures juridiques et administratives nécessaires à la transposition en droit interne du texte, pour une mise en application au 30 juin 2012.

Le dispositif repose sur six éléments principaux :

a) Un mécanisme de « *licence générale* » : acte de portée générale édicté par l'autorité nationale, permettant à tout industriel résidant dans un Etat membre de l'Union européenne et réunissant les conditions attachées à chaque licence générale d'effectuer un (ou plusieurs) transfert(s) d'équipements militaires déterminé(s). Chaque Etat membre devra mettre en œuvre au moins quatre licences générales, dont il définira lui-même la liste des produits:

1 - vers les forces armées des Etats membres ; 2 - vers les entreprises certifiées établies sur le territoire des Etats membres ; 3 - pour les essais, démonstrations et expositions dans les salons internationaux ; 4 - pour les opérations en retour de réparation et de maintenance.

b) Un mécanisme de licence globale : accordée par l'autorité nationale à un fournisseur identifié, celle-ci permet le transfert d'un (ou plusieurs) matériel(s) vers un (ou plusieurs) destinataire(s) déterminé(s) sur le territoire d'un des Etats membres de l'Union européenne, sans limite de quantité ni de montant financier.

l'intervention de l'Union européenne dans le domaine des exportations entre Etats membres ne saurait donc être comparée à celle qui est communément analysée dans le cadre habituel de la libre circulation, les contrôles internes à l'Union européenne n'étant pas supprimés mais simplement allégés.

Parallèlement, les normes de l'Union européenne relatives aux exportations vers des Etats tiers se sont considérablement développées. L'Union, « *puissance normative* »⁸⁴⁹, s'est exprimée par un foisonnement de textes relatifs tant aux exportations d'armements qu'aux biens et technologies à double usage (BTDU) qui intègrent explicitement l'objectif de prévention du terrorisme (I). Ce régime de contrôle s'appliquant aux Etats membres connaît également des prolongements à l'extérieur de l'Union, l'organisation régionale œuvrant en faveur du développement de normes internationales de contrôle des exportations permettant de prévenir le terrorisme (II).

I- L'intégration de la prévention du terrorisme aux normes de contrôle des exportations d'armements et de biens et technologies à double usage

Opérée dans un contexte qui est à la fois celui de la coopération contre le terrorisme et de la constitution d'un marché européen de la défense, destiné à renforcer la position concurrentielle de l'Union européenne dans le domaine de la production et de la commercialisation des technologies de défense, l'intégration doit être appréciée à l'aune de l'équilibre entre efficacité et responsabilité. Il est en effet important de souligner que le point d'équilibre habituellement recherché en matière lutte contre le terrorisme, qui se situe entre exigences de sécurité et protection des droits fondamentaux est en la matière déplacé pour se situer entre exigences de sécurité et intérêts économiques des Etats. L'importance économique et stratégique de ces questions pour les Etats membres soulève aussi des interrogations quant à la conciliation des méthodes d'harmonisation et de coordination utilisées afin d'adopter des normes conciliant la souveraineté et la cohérence de l'action commune.

A- Une intégration conciliant souveraineté et cohérence

Les textes adoptés dans le cadre de l'Union en matière d'exportations d'armements et de BTDU correspondent à une normativité que l'on peut qualifier de partielle, le contrôle des

c) Un mécanisme de licence individuelle : accordée par l'autorité nationale à un fournisseur identifié, celle-ci permet le transfert d'un matériel vers un destinataire déterminé sur le territoire d'un des Etats membres de l'Union européenne.

d) Une certification des entreprises destinataires des transferts : délivrée, pour une durée limitée, par les autorités nationales de chaque Etat membre pour des entreprises établies sur son territoire, la certification vient attester - suivant le respect de critères généraux définis par la directive et repris par les Etats membres - la capacité générale de l'entreprise à respecter les interdictions et limitations d'exportation de matériels militaires garantissant par là même le respect des prescriptions attachées aux licences, gage de la confiance mutuelle entre Etats membres.

e) Un mécanisme de contrôle des restrictions à l'exportation (hors Union européenne) qui contraint les entreprises à respecter scrupuleusement ces conditions imposées sur leurs matériels lors du (ou des) transfert(s) précédent(s) et à attester à l'Etat exportateur qu'elles sont en règle au regard de ces obligations.

f) Un mécanisme de sanctions devant assurer le respect rigoureux du nouveau dispositif.

Les matériels et technologies visés par cette proposition de directive sont répertoriés dans la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne, mise à jour par le Conseil en février 2011 (JO C 86 du 18 mars 2011).

⁸⁴⁹ Sur ce thème de la « Normpolitik », V. notamment Z. Laïdi, *La norme sans la force, l'énigme de la puissance européenne*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2005, ou L. Cohen-Tanugi, *L'influence normative internationale de l'UE : une ambition entravée ?*, *Notes de l'IFRI* 40, 2002.

exportations étant à la fois partagé entre l'Union européenne et les Etats, et fragmenté entre plusieurs régimes juridiques.

1- Un contrôle partagé avec les Etats

En matière d'équipements militaires comme de biens et technologies à double usage, il convient avant tout de rappeler que le contrôle des exportations reste du domaine régalien : chaque Etat membre possède ses propres procédures, plus ou moins contraignantes.

En France par exemple, le principe qui s'applique depuis 1939 est celui de la prohibition des exportations d'armements, sauf autorisation⁸⁵⁰. Le Code de la défense modifié par la loi du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité⁸⁵¹, a remplacé les anciennes autorisations d'exportation de matériel de guerre (AEMG) par un système comportant trois types de licences (générales, globales et individuelles), inspiré du système britannique, et permettant de libéraliser les exportations les moins sensibles. En contrepartie, la mise en place d'un système de qualification des entreprises permet un contrôle a posteriori de leurs activités.

S'ajoutant aux droits nationaux des vingt-sept, la législation américaine sur le contrôle des exportations d'armements⁸⁵² et de BTDU peut également s'appliquer sur le territoire de l'Union européenne, en fonction du type et de l'origine du produit : les matériels, services, logiciels et technologies sont soumis au droit américain lorsqu'ils ont été conçus ou fabriqués aux Etats-Unis. Mais la notion de produit d'origine américaine est particulièrement extensive puisqu'elle concerne les produits fabriqués à l'étranger dans lesquels un composant américain est incorporé, ou des produits fabriqués à l'étranger mais issus d'un produit américain. Enfin, le transit par le territoire américain soumet également le produit au droit américain. La réglementation américaine en matière de double usage est également très contraignante car elle est considérée par les Etats-Unis comme extraterritoriale. Ainsi, lorsqu'un produit est réexporté depuis un Etat de l'Union européenne, ce sont deux droits nationaux qui s'imposent.

Dans le cadre de l'Union européenne, dès 1991 a été mis en place le COARM, groupe d'experts de la PESC spécialisé dans les questions relatives à l'exportation d'armes conventionnelles. Ce groupe permet aux Etats membres d'échanger des informations sur toutes les questions concernant les exportations d'armes conventionnelles, qu'il s'agisse du régime douanier en vigueur, des contrôles du commerce des armes dans des pays tiers ou de l'information sur les orientations de la politique des Etats membres vers un pays ou une zone particulière.

Mais le droit de l'Union européenne en matière de contrôle des exportations

⁸⁵⁰ Le dispositif répressif est réparti entre le Code de la défense et le Code des douanes. Le défaut d'autorisation de fabrication et de commerce ou d'agrément préalable est sanctionné par le code de la défense ; le défaut d'autorisation d'exportation est sanctionné par le Code des douanes.

⁸⁵¹ JORF n° 0144 du 23 juin 2011. Voir également le Rapport du Sénat sur le Projet de loi relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité, Rapport n° 306 (2010-2011) fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 15 févr. 2011.

⁸⁵² Aux Etats-Unis, c'est le département d'Etat qui est au centre du processus de contrôle des exportations militaires et qui en liaison avec le *Department of Defense* (DoD) par la voie du *Defense Technology Security Administration* et de l'*Office of Arms Transfer and Export Control Policy* définit la liste des matériels soumis à réglementation. Une licence est nécessaire pour exporter, elle est délivrée par le *Department of State* après avis obligatoire du DoD et notification auprès du Congrès qui a pouvoir de bloquer le transfert.

d'armements n'a véritablement commencé à se développer qu'à partir de 1998, sur la base du Code de conduite en matière d'exportations d'armements. A partir de 2000, une liste commune des équipements militaires a été adoptée, dont la dernière version date du 21 février 2011⁸⁵³. Cette liste sert de référence pour les listes nationales de technologies et d'équipements militaires de l'Union européenne selon l'article 12 de la position commune de 2008 qui a remplacé le Code, mais elle ne les remplace pas directement⁸⁵⁴.

La position commune 2008/944/PESC adoptée le 8 décembre 2008⁸⁵⁵, a marqué l'aboutissement formel des travaux de révision du Code de conduite et a constitué une nouvelle étape dans l'amélioration des normes de contrôle des exportations d'armements de l'Union européenne. La position commune constitue un instrument actualisé et enrichi. Des éléments importants dans la prévention du terrorisme, des références aux armes légères et de petit calibre (ci-après ALPC) ont été introduits. Le contrôle a été étendu au courtage, aux transactions de transit et aux transferts intangibles de technologies. Le texte met en œuvre des procédures renforcées visant à harmoniser les politiques des Etats membres en matière d'exportation et le préambule souligne l'importance pour l'Union européenne de veiller à la cohérence de son action extérieure.

Le principal changement entraîné par la transformation du texte initial en position commune réside dans la consécration institutionnelle du Code de conduite : d'un guide de bonnes pratiques, texte de consensus dont l'application par les Etats membres n'était conditionnée que par une volonté politique, on passe désormais à un instrument juridiquement contraignant.

Le recours à la position commune permet donc d'atténuer la fragmentation entre Etats et Union, les Etats membres s'engageant à transposer les éléments de la position commune dans leur droit national.

De même, la position commune 2003/468/PESC adoptée le 23 juin 2003 par le Conseil, sur le contrôle du courtage en armements⁸⁵⁶ vise à réglementer le courtage afin d'éviter que soient contournés les embargos sur les exportations d'armes décrétés par les Nations unies, l'Union européenne ou l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (ci-après OSCE). Elle énonce un ensemble de dispositions - à mettre en œuvre par le biais de la législation nationale - faisant obligation aux Etats membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour contrôler les activités de courtage se déroulant sur leur territoire ou exercées par leurs ressortissants. 20 Etats membres ont déjà inclus dans leur droit national les éléments de la position commune relative au courtage, les sept autres Etats membres, dont la France⁸⁵⁷,

⁸⁵³ Conseil de l'Union européenne, *Liste commune des équipements militaires de l'Union européenne* adoptée le 21 févr. 2011, JO C 86 du 18 mars 2011, p. 1.

⁸⁵⁴ La liste commune des équipements militaires de l'Union européenne, issue directement de la « *Munitions List* » élaborée et actualisée chaque année dans le cadre de l'Arrangement de Wassenaar, est reprise par le Conseil au mois de mars de chaque année. La France a refondu sa liste de classement des matériels de guerre en juin 2009 en intégrant le contenu de la liste de l'Union européenne.

⁸⁵⁵ Conseil de l'Union européenne, Position 2008/944/PESC du 8 déc. 2008 *définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires*, JO L 335 du 13 déc. 2008, p. 99.

⁸⁵⁶ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2003/468/PESC du 23 juin 2003 *sur le contrôle du courtage en armements*, JO L 156 du 25 juin 2003, p. 79. Dès 2001, l'Union européenne avait adopté des lignes directrices sur le courtage des armes et équipements militaires.

⁸⁵⁷ Le projet de loi relatif au régime d'autorisation des opérations d'intermédiation et d'achat pour revendre et modifiant le Code de la défense a été examiné en séance plénière au Conseil d'Etat le 13 juil. 2006, puis présenté au conseil des ministres du 19 juil. 2006. Il a été enregistré à la présidence du Sénat le 5 juin 2007 et transmis à la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées. M. Trillard, sénateur de la Loire-Atlantique, a été désigné rapporteur de ce projet de loi.

http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/exp_autorisation_intermediation.htm

devant encore achever ce processus.

Le recours à la position commune permet donc la promotion des principes de transparence et de responsabilité de la part des pays exportateurs d'armements et l'harmonisation des politiques d'exportation de matériels de guerre des Etats membres, tout en laissant une marge de manœuvre considérable aux Etats membres. Les mêmes techniques d'harmonisation et de coopération inspirent le droit de l'Union européenne en matière d'exportations de BTDU.

Un premier régime européen de contrôle a été mis en place en 1994, remplacé par un règlement de 2000 fondé sur l'article 133 du TUE⁸⁵⁸, lui-même abrogé et refondu par le nouveau règlement de 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage⁸⁵⁹.

L'article 5 du règlement définit le partage des responsabilités entre les Etats membres et l'Union européenne, en précisant : « *La responsabilité des décisions relatives aux autorisations d'exportation individuelles, globales ou générales nationales, aux autorisations de services de courtage, au transit de biens à double usage non communautaires ou aux autorisations de transfert, au sein de la Communauté, de biens à double usage figurant sur la liste de l'annexe IV incombe aux autorités nationales. Les mesures et les décisions nationales qui ont une incidence sur les exportations de biens à double usage doivent être arrêtées dans le cadre de la politique commerciale commune* »⁸⁶⁰.

La liste des biens à double usage est commune aux Etats membres. Les contrôles s'appliquent à toutes les exportations vers des Etats tiers alors que les transferts à l'intérieur du territoire de l'Union européenne, à l'exception de certains biens très sensibles définis par le règlement, ne sont pas soumis à ces contrôles. Les Etats membres, sur la base de l'article 4 du règlement peuvent utiliser la clause « *catch all* » ou « *attrape tout* » qui permet à un Etat de soumettre ponctuellement à autorisation des biens et produits qui ne sont habituellement pas contrôlés. Cette mesure a permis aux autorités d'adapter leurs contrôles à la rapidité des évolutions technologiques et aux risques posés par certains utilisateurs finaux et ainsi d'empêcher que des exportations non souhaitées n'aient lieu à l'encontre des intérêts stratégiques de l'Etat exportateur⁸⁶¹.

Enfin, les mesures spécifiques de l'Union européenne comportent aussi les embargos sur les armes et autres mesures restrictives⁸⁶². Dans le cas des embargos sur les armes, le

⁸⁵⁸ Le règlement de 1994 ne constituait qu'un élément d'un dispositif complexe, intégré, qui comprenait également la position commune de l'Union européenne adoptée le même jour sur la base de l'article 13 TUE⁸⁵⁸. Le règlement de 2000 qui l'a modifié afin de tenir compte de la jurisprudence de la CJCE exigeant qu'il soit fondé exclusivement sur l'article 133 TUE, visait à la mise en place d'une politique commune de contrôle.

⁸⁵⁹ Conseil de l'Union européenne, Règlement 428/2009/CE du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage, JO L 134 du 29 mai 2009, p. 1.

Il faut y ajouter les règlements spécifiquement pris pour la mise en œuvre de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran (règlement 423/2007 du 19 avr. 2007, modifié par les règlements 116/2008 du 28 janv. 2008 et 110/2008 du 10 nov. 2008) et de la Corée (règlement 329/2007 du 27 mars 2007).

⁸⁶⁰ Article 5 du Règlement.

⁸⁶¹ C. Poitevin, « La clause *catch all*, un instrument de lutte contre la prolifération », *Note d'analyse du GRIP*, 23 janv. 2009.

⁸⁶² Liste complète des embargos et documents disponibles sur :

ec.europa.eu/comm/external_relations/cfsp/sanctions/measure.htm et également sur www.grip.org. V. aussi le document émanant du Secrétariat du Conseil de l'Union européenne intitulé « *List of EU embargoes on arms exports, UN Security Council embargoes on arms exports and arms embargoes imposed by the OSCE* ». Liste complète des embargos décidés par le Conseil de sécurité des Nations unies et documents disponibles sur : www.un.org et également disponible sur www.grip.org.

fractionnement entre Etats et Union européenne conduit en général à une complémentarité : ces embargos sont mis en œuvre par les Etats membres, l'article 346 (ex-article 296) permettant aux Etats membres d'appliquer un embargo sur les équipements militaires en adoptant des mesures nationales. Il arrive donc fréquemment que les embargos sur les armes fassent l'objet d'une décision de l'Union européenne et soient mis en œuvre en vertu de la législation des Etats membres sur les exportations⁸⁶³. Mais il faut souligner qu'il n'existe pas de mécanisme européen de surveillance à ce niveau. Dans les cas où un Etat est soupçonné de violer un embargo ou de ne pas exercer une surveillance suffisante sur sa mise en œuvre, l'Union européenne ne peut enquêter...

2- Un contrôle fragmenté entre différents régimes juridiques

La fragmentation du contrôle peut être envisagée sous un double aspect, à la fois interne à l'Union et externe, tenant compte de nombreux régimes et accords internationaux qui s'appliquent à des degrés divers dans l'Union européenne. Le contrôle interne est développé dans le cadre de plusieurs politiques de l'Union européenne organisées par des procédures différentes. Si l'essentiel du contrôle relève de la PESC, la politique commerciale commune et la politique de coopération au développement jouent un rôle croissant, avec de nombreux rapprochements qui induisent une certaine complexité dont on peut donner des exemples tant en matière de BTDU que d'armements.

Dans l'arrêt Werner de 1995⁸⁶⁴, la CJCE avait affirmé que « *la nature des marchandises à double usage ne saurait les faire échapper au champ de l'application de la politique commerciale commune* ». Mais le règlement de 2009 en matière d'exportations de biens à double usage, fondé sur l'article 207 TFUE (ex-article 133 TCE) précise que l'octroi d'une autorisation d'exportation reste soumis aux critères définis par la position commune de 2008. De fait, la question est traitée dans un cadre juridique dans lequel le règlement de 2009 intervient certes majoritairement mais pas exclusivement, les critères de la position commune définis dans le cadre de la PESC restant les éléments pertinents pour décider de l'octroi ou non d'une autorisation d'exportation.

Le rôle croissant de la Commission européenne au sein de la réglementation sur la dualité dans une optique sécuritaire est néanmoins cohérent dans un contexte de passage progressif de la notion de défense à celle de sécurité, la Commission européenne favorisant et organisant elle-même cette transition. Alors que les aspects ayant trait à la défense sont de l'unique ressort du Conseil de l'Union européenne, la notion de sécurité, telle qu'elle est entendue par la Commission européenne, se veut plus large. C'est cette approche qui sous-tend également les propositions de la Commission européenne concernant la menace biologique de juillet 2007, ou ses propositions sur les armes nucléaires, biologiques, radiologiques et chimiques (NRBC) de 2010⁸⁶⁵ qui insistent « *sur le fait que les risques les plus*

⁸⁶³ Selon la nature des sanctions, les Etats membres et la Commission se voient attribuées des tâches particulières pour mettre en œuvre les mesures restrictives. D'une manière générale, il incombe aux autorités compétentes des Etats membres de fixer les sanctions en cas de violation des mesures restrictives, d'octroyer des dérogations, de recevoir des informations en provenance des opérateurs économiques (notamment des institutions financières et des organismes de crédit) et de coopérer avec eux, de faire rapport à la Commission sur la mise en œuvre, dans le cas de sanctions imposées par les Nations unies, d'assurer, le cas échéant, la liaison avec le comité des sanctions du Conseil de sécurité pour les demandes spécifiques de dérogation et de radiation.

⁸⁶⁴ CJCE, 17 oct. 1995, *Société Werner c. République fédérale d'Allemagne*, aff.70-94, Rec. p. I-3189.

⁸⁶⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens, Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm* », COM (2010) 171 final.

sérieux liés aux matières CBRN résultent de leur prolifération par l'action des terroristes ». La Commission « *souligne donc qu'il importe de rendre plus efficaces les régimes internationaux de contrôle et d'améliorer le contrôle aux frontières et la surveillance des exportations* »⁸⁶⁶.

Le régime des embargos sur les armes est lui aussi organisé à la fois dans le cadre de la PESC et de l'ancien premier pilier, les sphères d'interventions étant imbriquées mais distinctes. Les instruments juridiques de la PESC imposant un embargo sur les armes comprennent généralement une interdiction de la vente, de la fourniture, du transfert ou de l'exportation d'armements et de matériels connexes⁸⁶⁷ et une interdiction de fournir un financement, une assistance financière et une assistance technique, des services de courtage et d'autres services liés aux activités militaires et à la livraison, la fabrication, l'entretien et l'utilisation d'armements et de matériels connexes de quelque type que ce soit.

Les embargos sur les armes s'appliquent donc au minimum aux articles figurant sur la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne. Ils peuvent également s'étendre à l'assistance financière et technique connexe et aux équipements susceptibles d'être utilisés à des fins de répression interne⁸⁶⁸, et ces interdictions sont alors mises en œuvre par la voie d'un règlement, sur la base de l'article 215 TFE (ex-article 301 TCE) pour les sanctions économiques et financières, de l'article 75 (ex-article 60) en cas de restrictions financières⁸⁶⁹. Lorsque les mesures restrictives visent des personnes, des groupes et des entités qui ne sont pas directement liés au régime d'un pays tiers, les articles 75, 215 et 352 (ex 308) du TFUE s'appliquent.

Dans certains cas, des mesures restrictives peuvent être décidées par le biais d'un instrument juridique de la PESC et d'un règlement existant, par exemple le Règlement relatif au régime communautaire des exportations de biens et technologies à double usage. Si la décision demande une action complémentaire de l'Union européenne, la proposition de règlement du Conseil doit en principe être présentée après l'adoption de la décision PESC. Mais pour des raisons d'opportunité, la Commission européenne présente généralement ses propositions de règlement suffisamment à l'avance pour que les deux textes soient examinés en parallèle au Conseil de l'Union européenne et que les deux instruments juridiques soient, si possible, adoptés en même temps.

La coexistence du contrôle des exportations d'armements entre la politique de

⁸⁶⁶ Plan d'action de l'Union européenne dans le domaine CBRN (2010/2114(INI)) - Résolution du Parlement européen du 14 déc. 2010 sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire dans l'Union européenne.

⁸⁶⁷ De quelque type que ce soit, y compris des armes et des munitions, des véhicules et des équipements militaires, des équipements paramilitaires et des pièces détachées.

⁸⁶⁸ Des dérogations à ces interdictions peuvent également être accordées, en particulier pour le matériel non légal destiné notamment à des fins humanitaires ou de protection, des programmes de renforcement des institutions ou des opérations de gestion de crise, des opérations de déminage, pour des opérations généralement menées par les Nations unies, l'Union européenne, mais aussi par d'autres organisations régionales et sous-régionales compétentes telles que l'Union africaine. Ces dérogations doivent généralement être approuvées au préalable par une autorité compétente ou lui être notifiées (dans le cas des embargos sur les armes des Nations unies, le comité de sanctions compétent du Conseil de sécurité doit être consulté). Une dérogation est souvent accordée pour les vêtements de protection, y compris les gilets pare-balles et les casques militaires temporairement exportés, pour leur usage personnel exclusivement, par le personnel des Nations unies, le personnel de l'Union européenne ou de ses Etats membres, les représentants des médias, le personnel humanitaire, le personnel d'aide au développement et le personnel associé. La fourniture d'équipement légal et d'une assistance financière ou technique connexe peut également être autorisée dans certains cas, sous réserve de garanties et de conditions adéquates.

⁸⁶⁹ Dans ces cas, la Commission est invitée à soumettre une proposition de règlement du Conseil que ce dernier peut adopter à la majorité qualifiée.

coopération au développement et la PESC a été organisée par la CJCE dans un arrêt du 20 mai 2008, relatif à l'annulation d'une décision du Conseil de l'Union européenne de 2004 soutenant le moratoire sur les armes légères et de petit calibre des pays d'Afrique de l'Ouest⁸⁷⁰. La Cour a considéré que la décision aurait dû être adoptée sur la base de l'ex traité CE et non sur la base du TUE, dans la mesure où elle poursuivait des objectifs relevant non seulement de la PESC, mais aussi de la politique de coopération au développement.

La Cour avait alors précisé que « *certaines mesures qui visent à prévenir la fragilité des pays en développement, dont celles qui ont été adoptées dans le cadre de la lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre, peuvent contribuer à éliminer ou réduire des entraves au développement économique et social desdits pays* ». La conception très large revendiquée par la Cour de la notion de coopération au développement pourrait de fait accroître significativement les compétences de la Commission en matière de moyens de combat dans les relations avec les pays tiers et limiter les instruments de la PESC en la matière...

Un autre élément de fractionnement tient au nombre d'Etats membres participant à certaines modalités du contrôle, dessinant en la matière une « *Europe à plusieurs vitesses* ». L'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni et la Suède ont pris en 1998 l'initiative d'une Lettre d'intention (Letter of Intent - LoI), signée par les ministres de la Défense de ces six principaux producteurs d'armements en Europe.

Les principes définis dans la lettre d'intention ont été transcrits dans un accord-cadre signé le 27 juillet 2000 à Farnborough. L'accord-cadre, qui est en vigueur dans les six pays signataires depuis 2003, identifie six domaines d'activités principaux confiés à des sous-comités auxquels l'industrie de défense a été associée. La France préside le comité en charge des procédures d'exportation, tant entre les Etats participant à la Lettre d'intention que vis-à-vis de l'extérieur.

Depuis plusieurs années, ces six Etats étudient des procédures permettant de faciliter la circulation des équipements de défense⁸⁷¹. Il a ainsi été établi un mécanisme de négociation par consensus de « *listes blanches* » énumérant des destinations autorisées pour l'exportation de chaque type d'équipement produit en commun. Pour l'établissement de ces listes, il est expressément fait référence aux critères de la position commune de 2008. Ces fractionnements du contrôle constituent une illustration de la complexité et du caractère évolutif de la répartition des compétences constitutifs de la construction de l'Union européenne.

Il s'y ajoute cependant un autre élément de fragmentation, tenant aux obligations et engagements que les Etats membres ont acceptés en tant que membres des régimes

⁸⁷⁰ CJUE (Grde ch.), 20 mai 2008, *Small arms*, aff. C-91/05, Rec. 2008, p. I-03651. V. notamment : A. Karmali, « Annulment of Council decision supporting moratorium on arms and weapons in West Africa - Case C-91/05, Commission v Council », *Bulletin of international legal developments*, 2008, Vol. 14, pp. 159-161 ; E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire : Politique étrangère et de sécurité commune », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2008, pp. 1534-1535 ; J. Helioski, « Small arms and light weapons within the Union's pillar structure: An analysis of Article 47 of the EU Treaty », *European Law Review* 2008, pp. 898-912.

⁸⁷¹ À cet effet, ont été mises en place dans un premier temps des licences globales de projet permettant les échanges de biens de défense dans le cadre d'un programme de coopération. Dans un deuxième temps, le deuxième sous-comité a souhaité étendre le mécanisme des licences globales pour des matériels produits hors programmes de coopération. Dans cette perspective, le sous-comité a établi en oct. 2009 un projet d'accord afférent aux procédures de transfert et d'exportation des composants, sous-systèmes et des pièces détachées entrant dans la fabrication de matériels produits (ou de systèmes complets), soumis à la signature des six pays de la Loi. Enfin le sous-comité offre un cadre d'échange très utile pour les travaux de la transposition de la directive européenne 2009/43 du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté.

internationaux pertinents de non-prolifération et de contrôle des exportations.

Si certains traités comportant des engagements en matière de non-exportation sont ratifiés par l'ensemble des Etats membres, tels la Convention d'interdiction des armes biologiques (1972), la Convention d'interdiction des armes chimiques (1993) ou le Traité de non-prolifération nucléaire, d'autres n'engagent que certains Etats membres. Si la Finlande a fini par ratifier en 2012 la Convention d'Ottawa de 1997 d'interdiction des mines antipersonnel, le Traité d'interdiction des armes à sous-munitions (2008), n'a été ratifié que par dix-sept Etats membres. De même, le Protocole de 2005 contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée de 2001, dont l'article 10 instaure des procédures relatives à l'exportation et au transit des armes à feu⁸⁷² (ce Protocole ne concerne toutefois que les transactions commerciales et non celles entre Etats, les armes à usage militaire en étant donc exclues) n'a pas reçu l'adhésion de tous les Etats membres.

Dans ce contexte, les Etats ne sont pas soumis aux mêmes règles en matière d'exportation. Tous les Etats membres ne participent pas non plus aux régimes non contraignants qui caractérisent le contrôle des exportations d'armements et de BTDU⁸⁷³. Parmi cet ensemble d'engagements correspondant à des instruments « *infra-juridiques* », de type purement incitatif⁸⁷⁴, on peut citer certains régimes de non-prolifération.

⁸⁷² L'article 10 relatif aux Obligations générales concernant les systèmes de licences ou d'autorisations d'exportation, d'importation et de transit dispose :

« (1) Chaque Etat Partie établit ou maintient un système efficace de licences ou d'autorisations d'exportation et d'importation, ainsi que de mesures sur le transit international, pour le transfert d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions.

(2) Avant de délivrer des licences ou autorisations d'exportation pour des envois d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, chaque Etat Partie vérifie que:

a) Les Etats importateurs ont délivré des licences ou autorisations d'importation; et

b) Les Etats de transit ont au moins notifié par écrit, avant l'envoi, qu'ils ne s'opposent pas au transit, ceci sans préjudice des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux en faveur des Etats sans littoral.

(3) La licence ou l'autorisation d'exportation et d'importation et la documentation qui l'accompagne contiennent des informations qui, au minimum, incluent le lieu et la date de délivrance, la date d'expiration, le pays d'exportation, le pays d'importation, le destinataire final, la désignation des armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions et leur quantité et, en cas de transit, les pays de transit. Les informations figurant dans la licence d'importation doivent être fournies à l'avance aux Etats de transit.

(4) L'Etat Partie importateur informe l'Etat Partie exportateur, sur sa demande, de la réception des envois d'armes à feu, de leurs pièces et éléments ou de munitions.

(5) Chaque Etat Partie prend, dans la limite de ses moyens, les mesures nécessaires pour faire en sorte que les procédures d'octroi de licences ou d'autorisations soient sûres et que l'authenticité des licences ou autorisations puisse être vérifiée ou validée.

(6) Les Etats Parties peuvent adopter des procédures simplifiées pour l'importation et l'exportation temporaires et pour le transit d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, à des fins légales vérifiables telles que la chasse, le tir sportif, l'expertise, l'exposition ou la réparation ».

⁸⁷³ V. notamment A. Biad, « La lutte contre la prolifération des armes de destruction massive à la croisée des chemins », *AFRI*, 2004, pp.762-781 et A. Millet-Devalle, « Codes de conduite et contrôle des exportations d'armement », *Arès*, n° 47, avr. 2001, disponible sur : webu2.upmf-grenoble.fr/espace-europe/publication/ares/47/millet.pdf et A. Millet-Devalle, « L'UE et le droit relatif aux moyens de combat », in A. Millet-Devalle (sous la dir.), *L'Union européenne et le droit international humanitaire*, Ed. Pedone, 2010, pp. 235 et s.

⁸⁷⁴ L'Assemblée générale des Nations Unies, qui avait adopté une première résolution relative aux transferts internationaux d'armes (A/RES/43/75 I) le 7 déc. 1988, a ensuite adopté les directives relatives aux transferts internationaux d'armes dans le contexte de la résolution 46/36 H de l'AG en date du 6 déc. 1991 (Res.51/47 B du 10 déc. 1996) et le Programme d'action sur les armes légères, en juillet 2001 (A/CONF.192/15), puis, en 2005, la Résolution 60/69 relative aux législations nationales relatives au transfert d'armes, de matériel militaire et de produits techniques à double usage.

Le régime de contrôle de la technologie des missiles (ci-après MTCR), qui a été défini par les Etats du G7 en avril 1987⁸⁷⁵, fondé sur une série de directives que les Etats incorporent dans leur législation nationale dans le but de restreindre les transferts internationaux de missiles, de leurs composants et technologies associées, ne réunit par exemple que dix-sept Etats membres. Le Comité Zangger⁸⁷⁶, constitué en 1971 par des Etats exportateurs et producteurs de biens et technologies nucléaires, à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de non-prolifération (ci-après TNP), afin de s'assurer que les technologies nucléaires exportées vers des Etats non dotés d'armes nucléaires n'ayant pas adhéré au TNP ne sont pas détournées à des fins militaires, compte 22 Etats de l'Union européenne. L'Arrangement de Wassenaar⁸⁷⁷ qui concerne les armes conventionnelles et les biens et technologies à double usage, réunit 26 Etats membres, Chypre n'en faisant pas partie.

A l'inverse, les régimes non contraignants, lorsqu'ils réunissent l'ensemble des Etats membres, peuvent permettre de surmonter la fragmentation entre cette multiplicité de textes hétérogènes.

Ainsi, le groupe des fournisseurs nucléaires (NSG ou Club de Londres⁸⁷⁸) rassemble tous les Etats membres de l'Union européenne. Ce groupe, comportant les principaux fournisseurs nucléaires, se réunit depuis 1974 et établit des directives communes en matière d'exportations d'équipements nucléaires. Les directives sont publiées et notifiées par l'AIEA à tous ses membres, elles deviennent des règles contraignantes par leur insertion dans des accords bilatéraux.

Le groupe Australie⁸⁷⁹ pour les substances chimiques et biologiques, constitué en 1985, en réaction notamment au rapport de la Commission d'enquête faisant état de l'usage par l'Irak d'armes chimiques dans le conflit l'opposant à l'Iran, est également fédérateur de l'ensemble des Etats membres et la Commission européenne y participe⁸⁸⁰. Ce Groupe a concentré ses activités sur l'adoption de procédures de contrôle et de listes de produits soumis à une autorisation préalable pour l'exportation.

La résolution 1540 (2004)⁸⁸¹ du Conseil de sécurité contribue également à une harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne et la position commune de 2008 s'y réfère implicitement⁸⁸². La résolution 1540 est expressément visée par le règlement de 2009 relatif au contrôle des exportations de BTDU qui, dans son article 15, rappelle que tous les Etats doivent prendre et appliquer des mesures efficaces afin de mettre en place des dispositifs intérieurs de contrôle destinés à prévenir la prolifération des armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de leurs vecteurs, y compris en mettant en place des dispositifs de contrôle appropriés pour les éléments connexes, et qu'à cette fin ils doivent, entre autres,

⁸⁷⁵ Consulter le site internet : www.mtcr.info.

⁸⁷⁶ Consulter le site internet : <http://www.zanggercommittee.org>

⁸⁷⁷ L'arrangement regroupe trente-trois Etats parmi les principaux détenteurs de technologies avancées. L'arrangement ne porte ni sur les armes nucléaires ni sur les armes chimiques. Consulter le site internet : www.wassenaar.org

⁸⁷⁸ Le Nuclear Suppliers Group (NSG), constitué par des Etats parties au TNP se réunit depuis 1974 et met en œuvre des directives communes en matière d'exportations d'équipements nucléaires. Les directives sont publiées et notifiées par l'AIEA à tous ses membres, elles deviennent des règles contraignantes par leur insertion dans des accords bilatéraux. Consulter le site internet : www.nuclearsuppliersgroup.org.

⁸⁷⁹ Consulter le site internet : www.australiagroup.net.

⁸⁸⁰ Il se réunit une fois par an en séance plénière, à laquelle s'ajoutent des réunions d'experts et comporte un dispositif de circulation de l'information.

⁸⁸¹ Nations Unies, Conseil de sécurité, Résolution 1540 (2004) du 28 avr. 2004, New York, S/RES/1540 (2004). V. L. Scheinman (ed.), *Implementing Resolution 1540, the Role of Regional Organizations*, Publications de l'UNIDIR, 2008.

⁸⁸² Article 2.

mettre en place des dispositifs de contrôle du transit et du courtage. Les éléments connexes sont des matières, équipements et technologies couverts par les traités et arrangements multilatéraux pertinents, ou figurant sur les listes de contrôle nationales, susceptibles d'être utilisés aux fins de la conception, de la mise au point, de la fabrication ou de l'utilisation d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de leurs vecteurs.

B- Une intégration conciliant sécurité et concurrence

Le régime de contrôle des exportations qui se développe au sein de l'Union européenne révèle les incohérences des valeurs qui le sous-tendent : les préoccupations de sécurité sont affirmées dans le cadre de la PESC, celles de la politique commerciale commune sont souvent difficilement conciliables avec elles.

La fragmentation du droit du contrôle des exportations entre PESC et politique commerciale observée précédemment correspond en effet à des objectifs a priori distincts, voire contradictoires, mais souvent imbriqués, politiques et économiques. Les efforts de la Commission tendent essentiellement à la réforme et à la revitalisation de l'industrie européenne domestique des armes⁸⁸³, afin de répondre aux besoins des Etats membres en matière de défense nationale mais aussi d'accroître les capacités d'exportation de l'Union européenne⁸⁸⁴, tandis que la PESC s'oriente vers le contrôle d'exportations susceptibles de prolifération, de déstabilisation.

Au sujet des BTDU, la Commission indiquait par exemple qu'« *En raison des différences existant au niveau de la mise en œuvre des engagements en matière de contrôle des exportations à double usage par les pays participant aux régimes de contrôle des exportations (sans parler des pays qui n'y participent pas), il convient de faire preuve d'une grande prudence, afin que certains secteurs industriels civils, tels que le nucléaire, la chimie, la biologie, la pharmacie, l'espace, l'aéronautique et les technologies de l'information, susceptibles d'être concernés par ces contrôles, ne soient pas soumis à des contraintes inutiles, voire injustes* » et qu'« *il conviendrait de tenir compte de l'incidence de tels contrôles sur la compétitivité des industries de la défense de l'Union européenne* »⁸⁸⁵.

Cette distinction demeure largement insatisfaisante et artificielle, la production et le commerce étant difficilement séparables de la prolifération. La conciliation entre ces objectifs différents, voire antagonistes, est permise par la flexibilité des normes du contrôle, le recours à une « *normativité relative* » selon l'expression de Prosper Weil, qui peut être décelée tant dans la nature des textes que dans leur application, qui préservent largement la compétence

⁸⁸³ Sur la notion de base industrielle et technologique de la défense, V. L. Mampae, « L'émergence du système industriel militaro-sécuritaire de l'Union européenne », *Note d'analyse du GRIP*, 2010.

⁸⁸⁴ Pour les principaux Etats jouant un rôle significatif sur le marché des armes, notamment la France, les exportations de défense constituent un volet majeur de la politique étrangère et de sécurité. Elles jouent un rôle primordial pour le maintien de la puissance, la posture de défense et l'autonomie stratégique. Les exportations jouent également un rôle important pour les industries nationales, le dynamisme de l'économie, l'amélioration de la balance du commerce extérieur... Les exportations constituent également un enjeu stratégique majeur. Confrontés aux contraintes budgétaires et à la complexification (donc au coût croissant) des systèmes d'armes, les besoins militaires nationaux ne peuvent plus être satisfaits par les financements consacrés aux seules commandes nationales. En allongeant les séries, les exportations peuvent contribuer à la rentabilité des projets. Elles apparaissent ainsi comme un complément important de la plupart des programmes destinés aux armées nationales.

⁸⁸⁵ Commission européenne, Communication du 11 mars 2003 : « *Vers une politique de l'UE en matière d'équipements de défense* », COM (2003) 113 final.

décisionnelle des Etats. Le « *droit mou* », les textes non contraignants, affirmant des priorités de l'Union européenne, ont été privilégiés, en particulier l'outil de la stratégie commune.

La stratégie européenne de sécurité adoptée en 2003 a ainsi défini la prolifération des armes de destruction de masse comme l'une des principales menaces auxquelles l'Union européenne doit se préparer à faire face. La stratégie de l'Union européenne contre la prolifération d'armes de destruction massive (ci-après ADM) de décembre 2003⁸⁸⁶ identifie également la prolifération des ADM comme une des menaces majeures pour la prochaine décennie.

Ces préoccupations reviennent également dans de nombreuses déclarations, telles la déclaration de l'Union européenne du 2 mai 2005 sur les priorités de l'Union en vue d'un renforcement du régime international de non-prolifération nucléaire⁸⁸⁷ et la déclaration du Conseil du 8 décembre 2008 sur le renforcement de la sécurité internationale⁸⁸⁸.

En matière d'armes conventionnelles, on rappellera le programme de l'Union européenne du 26 juin 1997 visant à prévenir et à combattre le trafic illicite des armes conventionnelles⁸⁸⁹, la stratégie de l'Union européenne de lutte contre l'accumulation et le trafic illicites d'armes légères et de petit calibre et de leurs munitions, adoptée par le Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005⁸⁹⁰.

Cette approche très large a été complétée par des mesures plus spécifiques, dont l'élément majeur était le Code de conduite de 1998, adopté à l'initiative de la France et du Royaume-Uni, premiers exportateurs européens. L'ébauche d'une politique commune en matière d'exportations d'armes, à tout le moins l'harmonisation des critères d'exportation, présente en effet les multiples avantages de développer une notion solidaire des intérêts de sécurité dans le cadre de la PESC⁸⁹¹, de préserver les industries nationales en ne laissant plus la priorité à la course aux avantages commerciaux nationaux, et de favoriser la construction d'une base industrielle européenne de l'armement.

La transformation du Code de conduite en position commune n'a pu être réalisée qu'en 2008 et ces délais sont révélateurs de la difficulté des arbitrages liés à des intérêts économiques. En effet, dès 2005, les Etats membres de l'Union européenne s'étaient mis d'accord pour transformer ce texte en position commune et ainsi être liés, mais il a fallu attendre décembre 2008 pour que la position soit adoptée.

Dans une résolution du 13 mars 2008⁸⁹², le Parlement européen avait réclamé « *de manière urgente* » l'adoption de la position commune, considérant que la question de l'exportation d'armes par l'Union européenne avait pris une nouvelle envergure, le déploiement de missions militaires et civiles de l'Union européenne pouvant être mis en danger par des armes fabriquées par les Etats membres se retrouvant entre les mains de forces ennemies. De

⁸⁸⁶ Disponible sur : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/fr/misc/78341.pdf.

⁸⁸⁷ Disponible sur : www.eu2005.lu/fr/actualites/discours/2005/05/03schmit/index.html.

⁸⁸⁸ Plus particulièrement les points 6, 8 et 9 dans lesquels le Conseil exprime la détermination de l'Union européenne à lutter contre la prolifération des ADM et de leurs vecteurs.

⁸⁸⁹ Disponible sur : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0274+0+DOC+XML+Vo//FR#def_1_6.

⁸⁹⁰ Disponible sur : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0274+0+DOC+XML+Vo//FR#def_1_9

⁸⁹¹ Le rapport Durieux (mission de réflexion et de proposition sur la politique d'exportation des équipements de défense, 31 mars 1996) déconseillait au Premier ministre de doter l'Union européenne de règles communes pour les exportations d'armements tant que la PESC restera une ébauche, tant que ne sera pas mise en œuvre une politique commune d'équipement des forces et tant que l'industrie européenne de défense n'aura pas réellement pris corps.

⁸⁹² Disponible sur : www.grip.org/bdg/pdf/20080313-p6_ta2008-0101-resol_pe_code_contraignant.pdf

plus, le Parlement rappelait que l'Union européenne s'était engagée par la signature du traité de Lisbonne à œuvrer en tant qu'acteur international responsable.

Dans sa résolution, le Parlement dénonçait les raisons de l'échec d'une position commune au sein des Etats membres, la France ayant notamment fait pression pour une levée de l'embargo sur l'exportation d'armes à la Chine, en vigueur depuis 1989⁸⁹³. Paradoxalement, c'est sous la présidence française que la position commune⁸⁹⁴ a enfin pu être adoptée, sans débat et dans une grande discrétion, la France s'étant finalement ralliée à la position majoritaire. Une déclaration a toutefois été annexée aux conclusions du Conseil, rappelant un autre instrument non contraignant, les lignes directrices de 2003 concernant la mise en œuvre et l'évaluation des mesures restrictives frappant certains Etats.

La position commune remplaçant le Code de conduite oblige certes les Etats membres à intégrer les critères européens relatifs aux exportations d'armes conventionnelles dans leur législation nationale (ce que seule la Belgique avait fait sur la base du Code de conduite en 2003), mais les éléments de contrainte demeurent limités. Pour les quatre premiers critères (respect des obligations et engagements internationaux, respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire, situation intérieure, préservation de la paix), l'absence de conformité dans la situation de l'Etat acquéreur implique que « *l'autorisation d'exportation est refusée* ». Pour les quatre derniers critères (sécurité internationale, comportement du pays acheteur au niveau international, risque de détournement de technologie, compatibilité des exportations de technologie avec le niveau économique de l'acheteur), il s'agit seulement de « *tenir compte* » de différents éléments d'appréciation.

Ces critères encadrent les autorisations des Etats exportateurs, mais le principe reste l'évaluation par chaque Etat membre, « *au cas par cas* », des demandes d'exportation d'équipements. La position commune n'enlève pas aux Etats leur prérogative d'autoriser ou d'interdire des exportations individuelles et permet un arbitrage national entre les préoccupations économiques et stratégiques. Néanmoins, comme dans le Code de conduite, il est précisé que « *les incidences des exportations sur les intérêts économiques, sociaux, commerciaux et industriels* » peuvent être « *pris en compte* », mais ne peuvent « *affecter l'application des critères* ». A titre d'illustration de la latitude laissée aux Etats par les critères de la position commune, on relèvera simplement que 14 des 27 Etats membres de l'Union européenne ont exporté des armes vers la Libye en 2009⁸⁹⁵. Un « *guide d'utilisation* » de la position commune, tenu à jour par le groupe COARM du Conseil, s'adresse aux agents

⁸⁹³ Cette attitude était dénoncée également par un rapport d'organisations non gouvernementales européennes, selon lequel « *la France utilise son opposition comme monnaie d'échange dans ses efforts pour lever l'embargo sur les armes de l'Union européenne vis-à-vis de la Chine : Bonne conduite ? Les dix ans du Code de conduite de l'UE en matière d'exportation d'armement, juin 2008*. Le rapport a été réalisé par les organisations suivantes : Campagne tegen Wapenhandel, Pays-Bas, Caritas, France, ControllARMI : Rete Italiana per il Disarmo (Réseau italien pour le désarmement), Italie, Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), Belgique, Saferworld, Grande Bretagne, School for a Culture of Peace, Espagne, Swedish Peace and Arbitration Society (SPAS), Suède, Transparency International, Royaume-Uni. Rapport disponible sur le site : www.obsarm.org/news/2008/bonneconduite.pdf

⁸⁹⁴ Disponible sur : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st15/st15972-re01.en08.pdf>.

⁸⁹⁵ Conseil de l'Union européenne, Douzième rapport annuel 2011/C 9/01 *établi en application de l'article 8, § 2 de la position commune 2008/944/PESC du Conseil définissant les règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires*, JO C 9 du 13 janv. 2011. Au total, 283 licences ont ainsi été délivrées aux exportateurs européens vers la Libye, pour un montant estimé de 343,7 millions d'euros (si on prend la valeur des licences) ou de 173,9 millions d'euros (si on prend la valeur des armes). 7 licences d'exportation ont été refusées. Le champion toutes catégories est... Malte avec près de 80 millions d'euros en armes de petits calibres, suivi de l'Allemagne (53 millions), l'Italie et la France (44 millions chacun), le Royaume-Uni (25 millions).

chargés de délivrer les autorisations d'exportations, contribuant de manière pragmatique à la convergence des stratégies et des procédures des Etats membres⁸⁹⁶.

La procédure d'information prévue par la position commune est contraignante, chaque Etat membre étant tenu de diffuser des précisions sur les autorisations d'exportation refusées, et sur les « *motifs de refus* ». Le refus d'un Etat membre d'accorder une licence d'exportation peut être court-circuité par un autre Etat membre se substituant à lui pour honorer le contrat de vente d'armes. L'Etat qui entendrait accorder une licence pour une exportation « *globalement identique* » à une opération ayant été préalablement refusée par un autre Etat membre au cours des trois dernières années doit simplement, au préalable, consulter ce dernier.

Si, après consultation, cet Etat persiste dans son intention d'exporter, il doit notifier sa décision et expliquer sa position à l'Etat ayant émis le premier refus, « *en fournissant une argumentation détaillée* ». La décision finale d'accorder ou de refuser l'autorisation reste donc une décision souveraine de chaque Etat. L'information n'est pas fournie à l'ensemble des Etats (à l'exception des situations d'exportations de biens à double usage, ce que ne précise pas la position, mais qui se déduit de la lecture du règlement relatif au contrôle des exportations de biens et technologies à double usage)⁸⁹⁷ mais dans un cadre bilatéral. La confidentialité du mécanisme de refus et de consultations est sans conteste « *égalisatrice* » de la concurrence.

Ainsi, la persistance dans la position commune du refus de la règle du « *non-contournement* » ou « *no-undercut* » affaiblit considérablement l'ambition du texte et conduit à s'interroger sur les conséquences des divergences d'appréciation dans l'application des huit critères. La règle du non-contournement n'est pourtant pas rare en matière de contrôle des exportations d'armements, qu'il s'agisse du régime de contrôle de la technologie des missiles (MTCR)⁸⁹⁸ - qui est à l'origine de la politique du « *no-undercut* » - ou de celui du Groupe Australie, de manière non contraignante⁸⁹⁹.

Sur ce point majeur, la position commune -comme le Code de conduite qui l'a précédée- se situe entre unilatéralisme et multilatéralisme, préservant la souveraineté nationale de chaque Etat et à ce titre, présente le risque d'interprétations divergentes des responsabilités en matière de sécurité internationale.

⁸⁹⁶ Le guide est disponible sur : <http://www.consilium.europa.eu/export-controls>.

⁸⁹⁷ Conseil de l'Union européenne, Règlement 1334/2000/CE modifié par le règlement 1183/2007/CE du 21 novembre 2007, JO L 278 du 22 oct. 2007, p. 1. L'article 9-3 précise : « *Un Etat membre qui entend délivrer une autorisation d'exportation alors que, au cours des trois années précédentes, un ou plusieurs autres Etats membres l'avaient refusée pour une transaction sensiblement analogue, consulte au préalable ledit ou lesdits Etats membres. Si après ces consultations, l'Etat membre cité en premier lieu décide malgré tout de délivrer l'autorisation, il en informe les autres Etats membres et la Commission en apportant toutes les informations pertinentes à l'appui de sa décision* ».

⁸⁹⁸ Les Etats participants au régime de contrôle de la technologie des missiles (RCTM, ou MTCR « *Missile Technology Control Regime* ») ont adopté en oct. 1994, pour renforcer leurs lignes directrices, une politique de « *non-contournement* » selon laquelle, si un Etat refuse une vente de technologie, les autres Etats doivent faire de même. Disponible sur : www.mtcr.info. Il n'existe pas de politique du « *no-undercut* » en revanche dans l'Arrangement de Wassenaar.

⁸⁹⁹ Dans le cadre du « *Groupe Australie* », instance informelle dont l'objectif est d'aider les pays exportateurs ou transbordeurs à minimiser les risques de contribution à la prolifération des armes chimiques et biologiques, « *les participants se sont également engagés à des consultations préalables à l'exportation d'un matériel qu'un autre participant aurait déjà refusé, pour des questions de prolifération éventuelle. Cet engagement de consultation est appelé politique du respect mutuel du refus d'exportation ou politique du « no-undercut ». Il ne constitue pas une interdiction contraignante* ». www.australiagroup.net/fr/groupe.html.

II- La contribution de l'Union européenne au développement de normes internationales de contrôle des exportations d'armements intégrant la prévention du terrorisme

L'analyse de la relation que l'Union européenne entretient avec le droit international relatif au contrôle des exportations d'armements révèle une démarche qui peut être qualifiée de « *négatif* » de son approche juridique interne. À la fragmentation est opposée une approche intégrée, portant sur l'ensemble des moyens de combats, conventionnels ou de destruction massive, sur l'ensemble des textes - contraignants ou pas -. A la flexibilité est substitué un soutien aux instruments contraignants, de manière institutionnalisée⁹⁰⁰.

La politique juridique extérieure de l'Union, si elle consiste à soutenir l'ordre existant, n'en constitue donc pas pour autant une approche figée. La participation de l'Union européenne aux institutions de droit du désarmement et de la non-prolifération lui permet aussi d'appuyer la création de normes en matière de contrôle des exportations d'armements aux fins de prévention du terrorisme. L'Union européenne développe ainsi une politique juridique extérieure, au sens de Guy de Lacharrière⁹⁰¹, manifestant des velléités de constitution d'une puissance d'influence en matière de droit du contrôle des exportations d'armements.

A- Le soutien de l'Union européenne aux normes existantes

Le soutien de l'Union européenne se manifeste à la fois par un appui à la participation aux normes existantes et par des incitations au respect et à la mise en œuvre de ces normes.

1- Le soutien de l'Union européenne à la participation aux normes existantes

Dans un domaine où les enjeux politiques et juridiques sont particulièrement imbriqués, le soutien de l'Union européenne à la participation aux normes existantes se manifeste dans les deux domaines. La Stratégie européenne de sécurité « *Une Europe sûre dans un monde meilleur* » adoptée en décembre 2003 identifie, parmi les cinq défis clés auxquels elle a à faire face, la prolifération des ADM et le terrorisme⁹⁰², qui constituent selon ce texte une menace croissante. Le Conseil, dans la Stratégie européenne de lutte contre la prolifération des ADM adoptée simultanément, a souligné que les ADM et leurs vecteurs mettent en danger la sécurité des Etats membres. Les armes légères et de petits calibres, qui représentent un autre versant des problèmes de terrorisme, ont également fait l'objet, en décembre 2005, d'une Stratégie de lutte contre l'accumulation excessive et le trafic illicite d'ALPC et de leurs munitions⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Notamment par le biais du représentant personnel du SG/HR pour la non-prolifération (dont la mission est de coordonner, d'aider à mettre en œuvre et de développer la stratégie de l'Union européenne en la matière et de mettre l'accent sur les questions de non-prolifération avec les pays tiers. Il faut mentionner également le Centre de surveillance des ADM, opérationnel depuis le début de l'année 2007.

⁹⁰¹ G. Ladreit de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983.

⁹⁰² Les autres défis, à savoir les conflits régionaux, la déliquescence des Etats et la criminalité organisée.

⁹⁰³ Dans cette stratégie adoptée par le Conseil européen le 15 déc. 2005, il est souligné l'importance de la lutte contre la dissémination illicite des ALPC dans la prévention des conflits. Le texte met l'accent sur deux zones en particulier : l'Europe orientale (problématique des socks) et l'Afrique (continent de destination). La stratégie rappelle l'ensemble des outils européens disponibles et établit un plan d'action et prévoit le développement de mécanismes d'information, le renforcement de la coopération avec les organisations régionales africaines, l'inscription de la lutte contre le commerce illicite des ALPC dans les dialogues politiques et plans d'actions avec

La Stratégie de sécurité souligne que les régimes prévus par les traités internationaux et les arrangements de contrôle des exportations ont permis de ralentir la prolifération des ADM et de leurs vecteurs. Ces régimes multilatéraux doivent donc être renforcés par une universalisation. A l'instar de la Stratégie de sécurité, la Stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des ADM qui définit l'approche de l'organisation régionale en la matière s'appuie sur le principe du « *multilatéralisme efficace* »⁹⁰⁴. La Stratégie demande systématiquement l'universalisation et la mise en œuvre intégrale des instruments multilatéraux et le Conseil a arrêté la même année une Position commune sur l'universalisation et le renforcement des accords multilatéraux dans le domaine de la non-prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs⁹⁰⁵.

La Communauté européenne a par ailleurs signé la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles sur le trafic illicite de migrants, la traite des personnes et le trafic illicite des armes à feu⁹⁰⁶ et adopté la directive 2008/51/CE⁹⁰⁷ permettant un alignement partiel sur le Protocole avec un marquage des armes à feu et la tenue de fichiers informatisés pendant une durée minimale de vingt ans permettant la traçabilité des mouvements de l'arme.

L'Union européenne soutient de fait les conventions ainsi que les actes unilatéraux des organisations internationales. Ainsi que les Etats membres, elle avait soutenu l'adoption de la résolution 1540 du Conseil de sécurité des Nations unies⁹⁰⁸ qui réaffirme cet attachement à des instruments juridiques universels. L'Union européenne a présenté un rapport au Comité 1540 pour la mise en application de la résolution, dressant notamment un bilan de son effort d'universalisation. Dans ses contacts avec les pays tiers, l'Union européenne prône le respect des dispositions de la résolution et la présentation des rapports nationaux sur l'actualisation des législations en vue de satisfaire à toutes les obligations découlant de la résolution⁹⁰⁹.

les principaux exportateurs d'Europe orientale et du Sud-Est.

⁹⁰⁴ L'attachement au multilatéralisme est ainsi affirmé dans la Stratégie (annexe, p. 5).

⁹⁰⁵ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2003/805/PESC du 17 nov. 2003 *sur l'universalisation et le renforcement des accords multilatéraux dans le domaine de la non-prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs*, JO L 302 du 20 nov. 2003, p. 34.

⁹⁰⁶ Le Protocole a été négocié et signé par la Commission le 16 janv. 2002 au nom de la Communauté européenne.

⁹⁰⁷ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive 2008/51/CE du 21 mai 2008 *modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes*, JO L 179 du 8 juil. 2008, p. 5. La ratification du Protocole des Nations unies sera possible lorsque les dispositions de la directive auront été transposées en droit national et que le règlement relatif à un système d'autorisation d'exportations et d'importation d'armes à feu aura été adopté et sera entré en vigueur : Commission, Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye, 2 juil. 2008, COM (2008) 373 final. V. le Projet d'avis de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures à l'intention de la commission du commerce international sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant application de l'article 10 du protocole des Nations unies relatif aux armes à feu et instaurant des autorisations d'exportation, ainsi que des mesures concernant l'importation et le transit d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions COM (2010) 273 - C7-0138/2010 - 2010/0147(COD), 19 janv. 2011.

⁹⁰⁸ Sur la résolution du 28 avr. 2004, V. la chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2004-3, pp. 709-711. A. Millet-Devalle, « La mutation des rapports entre le régime de non-prolifération et le système de sécurité collective », in M. Arcari et L. Balmond (sous la dir.), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Editions Giuffrè, 2009, pp. 237-262.

⁹⁰⁹ Conseil de l'Union européenne, Action commune 2008/368/PESC du 14 mai 2008 *relative à l'appui de la mise en œuvre de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité des Nations unies et dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive*, JO L 127 du 15 mai 2008, p. 78. Conseil de l'UE, Secrétariat général, *La stratégie de l'Union européenne de lutte contre la prolifération des ADM*, nov. 2008, pp.14-15.

Dans le cadre de la non-prolifération nucléaire, l'Union apporte un soutien à la promotion de l'universalisation des instruments multilatéraux de non-prolifération et de sécurité nucléaire, au premier rang desquels figure le Traité de non-prolifération⁹¹⁰ mais aussi, dans le cadre de l'Agence internationale de l'énergie atomique (ci-après AIEA), aux accords de garanties généralisées et au protocole additionnel. Elle appuie également l'entrée en vigueur du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires⁹¹¹.

L'Union promeut également l'universalité de la Convention de 1997 relative à l'interdiction des armes chimiques⁹¹² et celle de 1972 sur les armes biologiques et à toxines⁹¹³. Dans sa déclaration de décembre 2008 sur le renforcement de la sécurité internationale⁹¹⁴ qui détaille les principes et objectifs de la Stratégie européenne de sécurité et le rapport sur sa mise en œuvre, l'Union européenne accorde « *la plus haute priorité au renforcement du régime de non-prolifération* » et affirme poursuivre les « *efforts en vue de l'universalisation* ». La même idée était affirmée par la présidence de l'Union, toujours en décembre 2008, dans le débat sur le désarmement au sein de l'Assemblée générale des Nations unies⁹¹⁵. L'Union appelle en outre, dans sa déclaration de décembre 2008, à la ratification universelle du traité d'interdiction complète des essais nucléaires et insiste « *plus que jamais sur l'adhésion universelle à la Convention sur l'interdiction des armes chimiques et à la Convention sur les armes bactériologiques* ».

L'Union européenne apporte aussi son soutien aux régimes non contraignants⁹¹⁶, au sein desquels elle dispose d'un poids croissant, les Etats membres représentant désormais une

⁹¹⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision 94/509/PESC du 25 juil. 1994 *relative à la préparation de la conférence de 1995 des Etats parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, JO L 205 du 8 août 1994, p. 1 ; Conseil de l'Union européenne, Décision 98/289/PESC du 23 avr. 1998 *relative à la préparation de la deuxième session du comité préparatoire de la conférence d'examen de l'an 2000, des parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, JO L 129 du 30 avr. 1998, p. 1.

⁹¹¹ Conseil de l'Union européenne, Position commune 1999/533/PESC du 29 juil. 1999 *relative à la Contribution de l'UE à la promotion de l'entrée en vigueur à une date rapprochée du traité d'interdiction complète des essais nucléaires (CTBT)*, JO L 204 du 4 août 1999, p. 1.

⁹¹² Conseil de l'Union européenne, Position commune 96/408/PESC du 25 juin 1996 *relative à la préparation de la quatrième conférence de révision de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (BTWC)*, JO L 168 du 6 juillet 1996, p. 3. Le 22 nov. 2004, le Conseil a arrêté une première action commune 2004/797/PESC concernant le soutien aux activités de l'OIAC dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive, qui a été suivie de l'action commune 2005/913/PESC, arrêtée le 12 déc. 2005, et de l'action commune 2007/185/PESC, arrêtée le 19 mars 2007.

⁹¹³ Le 27 févr. 2006, l'Union européenne a approuvé une action commune concernant la CABT dont l'objectif est d'œuvrer en faveur de l'universalité de cette convention et de favoriser sa mise en œuvre par les Etats parties afin de s'assurer qu'ils transposent dans leur législation nationale et leurs mesures administratives les obligations internationales prévues par la CABT. Le 20 mars 2006, la position commune adoptée dans la perspective de la 6^{ème} conférence des Etats parties a réaffirmé comme prioritaire la promotion de l'adhésion universelle à la Convention. V. également, 6^{ème} conférence des Etats parties chargée de l'examen de la BTWC, Genève, 20 novembre-8 déc. 2008, Document présenté par l'Italie au nom de l'UE, BWC/CONF.VI/WP.6, *Promouvoir l'adhésion universelle à la Convention sur les armes biologiques*.

⁹¹⁴ Conseil de l'Union européenne, Déclaration sur le renforcement de la sécurité internationale, 11 déc. 2008.

⁹¹⁵ Débat sur le désarmement, lettre du Président de la République adressée au Secrétaire général des Nations unies, le 5 déc. 2008. Disponible sur www.delegfrance-onu-vienne.org.

⁹¹⁶ Les instruments non contraignants utilisés en matière de maîtrise des armements concernent toujours les régimes d'exportation d'armement qui lient les principaux Etats exportateurs. On peut citer à ce titre certains régimes de non-prolifération : le régime de contrôle de la technologie des missiles (MTCR), défini par les Etats du G7 en avr. 1987.

Il n'est pas fondé sur un traité mais sur une série de directives que les Etats incorporent dans leur législation nationale, dans le but de restreindre les transferts internationaux de missiles, de leurs composantes et

moyenne de 50 % (contre 37 % avant l'élargissement) des Etats parties à ces régimes⁹¹⁷. Dans la position commune sur la lutte contre la prolifération des missiles balistiques⁹¹⁸, l'appui à une adhésion universelle au Code de conduite sur la non-prolifération des missiles est ainsi fortement affirmé.

2- Le soutien à la mise en œuvre et au respect (*compliance*) des normes existantes

Malgré l'existence des régimes multilatéraux, un certain nombre d'Etats a cherché ou cherche encore à acquérir des matériels conventionnels, chimiques, biologiques ou nucléaires et leurs vecteurs. Le risque de voir des terroristes acquérir de telles armes ajoute une nouvelle dimension à la menace. Afin de soutenir les normes existantes, l'Union européenne utilise deux techniques, l'une fondée sur l'assistance, l'autre sur la contrainte.

a) Le soutien proposé : l'assistance de l'Union européenne à l'adoption des normes nationales de contrôle des exportations prévues par les normes internationales

L'assistance de l'Union européenne en matière d'application des régimes multilatéraux se concrétise par des programmes d'assistance législative, technique et financière pour les ADM et les ALPC. Ces programmes sont destinés aux Etats tiers mais également aux organisations internationales participant au régime de non-prolifération et de désarmement⁹¹⁹ et aux instances informelles de contrôle des exportations⁹²⁰. En matière d'armes

technologies associées. S'y ajoute le Code de conduite de La Haye : le Code contre la prolifération des missiles balistiques (HCOC) est issu des travaux menés au sein du MTCR, soutenu par une déclaration du Conseil européen de Göteborg de 2001. Le texte du Code a été adopté le 26 novembre 2002 et il compte aujourd'hui près de 120 Etats signataires.

Le Code pose un engagement général de retenue en matière de conception, d'essais et de déploiement des missiles balistiques, y compris en réduisant les stocks nationaux et de ne pas contribuer à la prolifération. Le HCOC vise donc la « demande » en matière de vecteurs, alors que le MTCR essaie de contrôler « l'offre » de technologies. Les régimes non contraignants comprennent aussi les groupes de fournisseurs nucléaires (le Comité Zangger et le NSG ou Club de Londres), réunissant les principaux fournisseurs nucléaires, pour établir des lignes directrices communes concernant les matériels nucléaires, sous forme de directives ; le groupe Australie pour les substances chimiques et biologiques, constitué en 1985, en réaction notamment au rapport de la Commission d'enquête faisant état de l'usage par l'Irak d'armes chimiques dans le conflit l'opposant à l'Irak. Composé de 30 Etats et de la Commission européenne, il se réunit une fois par an en séance plénière, s'y ajoutent des réunions d'experts, et comporte un dispositif de circulation de l'information.

Depuis l'adoption de la convention sur l'interdiction des armes chimiques, ce Groupe a concentré ses activités relatives à l'adoption de procédures de contrôle et de listes de produits soumis à une autorisation préalable pour l'exportation. S'y ajoutent des engagements répondant aux principes de l'OSCE ou encore la participation à l'Arrangement de Wassenaar pour les armes conventionnelles et les biens et technologies à double usage. V. A.-S. Millet-Devalle, « Codes de conduite et contrôles des exportations d'armements », revue *Arès* n° 47, vol. XIX, avr. 2001, pp.55-66.

⁹¹⁷ C. Paulin, « Les exportations et transferts européens de biens et technologies à double usage » in Fondation pour la Recherche Stratégique, *Annuaire stratégique et militaire 2005*, Odile Jacob, 2005, pp. 233-263.

⁹¹⁸ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/567/PESC du 23 juillet 2001 sur *la lutte contre la prolifération des missiles balistiques*, JO L 202 du 27 juil. 2001, p. 1. Décision 2012/423/PESC du Conseil du 23 juillet 2012 visant à soutenir la non-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 et de la position commune 2003/805/PESC du Conseil, JO L 196/74 du 24 juil. 2012, p.74.

⁹¹⁹ Y compris à l'Organisation mondiale de la santé. V. Conseil de l'Union européenne, *Action commune 2008/307/PESC du 14 avr. 2008 relative au soutien aux activités de l'Organisation mondiale de la santé dans le domaine de la sécurité et de la sûreté biologiques en laboratoire, dans le cadre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive*, JO L 106 du 16 avr. 2008, p. 17.

⁹²⁰ Par exemple, sur le soutien de l'Union européenne au Nuclear supplier group, V. Conseil de l'Union européenne, *Décision 98/623/PESC du 3 nov. 1998 sur la mise en œuvre de l'action commune 97/288/PESC relative à la contribution de l'UE à la promotion de la transparence dans les contrôles des exportations liées au*

conventionnelles, l'Union européenne apporte une assistance à l'élaboration de législations nationales relatives au contrôle des exportations d'armements.

Elle poursuit les objectifs de la Stratégie de 2005 apportant un soutien au Programme des Nations unies en vue de prévenir, combattre et éliminer le commerce illicite des ALPC et à l'Instrument visant à procéder à l'identification et au traçage rapide et fiable des ALPC⁹²¹. A ce titre, l'Union européenne a développé des programmes de formation des institutions, des services douaniers, en vue d'améliorer les contrôles aux frontières, ou encore en collectant, gérant les stocks et détruisant les ALPC excédentaires. La stratégie prévoit également une surveillance renforcée des transporteurs aériens soupçonnés de participer à des trafics, en parallèle avec les efforts similaires développés dans le cadre de l'OSCE.

Concernant les ADM, comme l'a recommandé le Comité 1540, l'Union européenne contribue à renforcer dans trois régions cibles (Afrique, Amérique latine, Asie Pacifique) les capacités nationales en matière d'élaboration des rapports nationaux réclamés par la résolution 1540⁹²². Les actions communes adoptées en la matière par le Conseil de l'Union européenne confient au Secrétariat des Nations Unies (Bureau des Affaires de désarmement) la mise en œuvre des projets de l'Union européenne.

En matière nucléaire, l'Union européenne, dans le cadre de son soutien à l'AIEA, fournit une assistance législative et réglementaire dans le domaine de la sécurité nucléaire et des garanties, qui permet l'élaboration et l'adoption au niveau national d'une législation cohérente avec le système universel de sécurité nucléaire⁹²³.

La mise en œuvre de la convention d'interdiction des armes chimiques dans les pays tiers est soutenue par des visites d'experts relatives au fonctionnement des autorités nationales. En outre, l'Union européenne a octroyé aux autorités nationales des subventions destinées à

domaine nucléaire en vue du financement du deuxième séminaire du NSG sur les contrôles des exportations liées au domaine nucléaire, JO L 297 du 6 nov. 1998, p. 1.

⁹²¹ Conseil de l'Union européenne, Action commune 2008/113/PESC du 12 févr. 2008 *visant à soutenir l'instrument international permettant aux Etats de procéder à l'identification et au traçage rapide et fiable des ALPC dans le cadre de la stratégie de l'Union européenne de lutte contre l'accumulation et le trafic illicites des ALPC et de leurs munitions*, JO L 40 du 14 févr. 2008, p. 16 ; Conseil de l'Union européenne, Action commune 2002/589/PESC du 12 juil. 2002 *relative à la contribution de l'UE à la lutte contre l'accumulation et la diffusion déstabilisatrices des armes légères et de petit calibre et abrogation de l'action commune 1999/34/PESC*, JO L 191 du 19 juil. 2002, p. 1 ; Conseil de l'Union européenne, Action commune 1999/34/PESC du 17 déc. 1998 *relative à la contribution de l'UE à la lutte contre l'accumulation et la diffusion déstabilisatrices des armes légères et de petit calibre*, JO L 9 du 15 janv. 1999, p. 1.

⁹²² L'Union européenne a adopté le 12 juin 2006 une première action commune, 2006/419/PESC du Conseil, à l'appui de la mise en œuvre de l'UNSCR 1540 et dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive. Cette action commune a été mise en œuvre en vue de renforcer la sensibilisation aux exigences découlant de la UNSCR 1540 et de contribuer à renforcer les capacités administratives des Etats tiers en ce qui concerne l'élaboration de rapports nationaux sur la mise en œuvre de l'UNSCR 1540. Sur cette base, cinq séminaires régionaux ont été organisés avec le co-parrainage de l'UE, en Chine (juil. 2006), au Ghana (nov. 2006), au Pérou (nov. 2006), en Jamaïque (mai 2007), en Jordanie (sept. 2007).

⁹²³ Depuis 2003, l'Union européenne a financé la fourniture par l'AIEA d'une assistance législative pour que des Etats puissent respecter leurs obligations en vertu des accords de garanties et des protocoles additionnels de l'AIEA : ancienne République yougoslave de Macédoine, Angola, Arménie, Azerbaïdjan, Botswana, Bulgarie, Ouzbékistan, Turquie, Ukraine... Action commune 2008/314/PESC du Conseil du 14 avr. 2008 concernant le soutien aux activités de l'AIEA dans les domaines de la sécurité et de la vérification nucléaires et dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive (JO L 107 du 17 avr. 2008).

des projets de renforcement des capacités juridiques⁹²⁴. Pour les armes biologiques et à toxine, les Etats qui en font la demande bénéficient d'une aide de l'Union européenne pour transposer leurs obligations aux termes de la convention dans leur législation nationale et leurs mesures administratives⁹²⁵.

A l'assistance juridique s'ajoutent des programmes techniques, comme celui qui est développé par le Centre commun de recherche spécialisé en criminalistique nucléaire, permettant d'analyser les matériaux illicites saisis et d'évaluer les risques associés, ou encore les programmes de réorientation des scientifiques travaillant sur des programmes d'ADM vers des activités pacifiques, particulièrement convoités par les réseaux terroristes.

On peut également mentionner l'assistance de l'Union européenne à l'AIEA pour l'amélioration de la protection des matières nucléaires et équipements sensibles du point de vue de la prolifération⁹²⁶ ou encore le programme développé depuis 1998 avec la Russie, qui vise la comptabilité des matières nucléaires et leur contrôle, ainsi que les contrôles de trafics illicites. Ce dernier programme devrait être étendu à d'autres pays voisins de la Russie.

Concernant les armes chimiques et biologiques, l'Union européenne a adopté plusieurs actions communes visant à soutenir la mise en œuvre des conventions⁹²⁷. Dans les programmes destinés aux Etats, les aspects juridiques et techniques peuvent être fortement imbriqués. L'approche peut être exclusivement technique, comme pour l'Albanie (collecte et destruction des ALPC excédentaires)⁹²⁸, l'Ukraine⁹²⁹, la Russie⁹³⁰, l'Indonésie (à Aceh) ou

⁹²⁴ L'Union européenne, selon les estimations, contribue collectivement à plus d'un tiers du budget de l'OIAC. Depuis la Première Conférence d'examen du traité d'interdiction des armes chimiques, l'UE, à travers ses actions communes, a fourni à l'OIAC une aide directe d'un montant excédant les 5 millions d'euros.

⁹²⁵ V. par exemple Conseil de l'Union européenne, Action commune 2008/858/PESC du 10 nov. 2008 *en faveur de la convention sur l'interdiction des armes biologiques et à toxines dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive : expérience positive que constitue la coopération dans le domaine de l'assistance législative relative à la mise en œuvre de la BTWC au Pérou et au Nigeria*, JO L 302 du 13 nov. 2008, p. 29-36 ; JO L 302M du 13 nov. 2008, p. 29-31.

⁹²⁶ V. par exemple Conseil de l'Union européenne, Action commune 2008/314/PESC du 14 avr. 2008 : Soutien aux activités de l'AIEA dans les domaines de la sécurité et de la vérification nucléaires et dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive, JO L 107 du 17 avr. 2008, p. 14.

⁹²⁷ Par exemple, Conseil de l'Union européenne, Action commune 2008/858/PESC du 10 nov. 2008 *en faveur de la convention sur l'interdiction des armes biologiques et à toxines (BTWC) dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive*, JO L 302 du 13 nov. 2008, p. 29 ; Conseil de l'Union européenne, Action commune 2007/178/PESC du 19 mars 2007 *en faveur de la destruction d'armes chimiques dans la Fédération de Russie dans le cadre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive*, JO L 81 du 22 mars 2007, p. 30.

⁹²⁸ Conseil de l'Union européenne, Action commune du 28 mai 1999/320/PESC du 10 mai 1999 *relatif à la contribution de l'UE à la collecte et à la destruction des armes en Albanie*, JO L 123 du 13 avr. 1999. On mentionnera également Conseil de l'Union européenne, Décision 1999/845/PESC du 17 déc. 1999 *mettant en œuvre l'action commune 1999/34/PESC en vue d'une contribution de l'Union européenne à la lutte contre l'accumulation et la diffusion déstabilisatrices d'armes légères et de petit calibre au Mozambique*, JO L 326 du 18 déc. 1999, p. 73.

⁹²⁹ En Ukraine, l'Union européenne participe à un projet de destruction d'ALPC mis en œuvre par l'Agence OTAN d'entretien et d'approvisionnement (NAMS). La contribution de l'Union européenne consiste en la fourniture d'équipements pour la destruction des ALPC.

⁹³⁰ Conseil de l'Union européenne, Action commune 1999/878/PESC *en vue de contribuer au programme de coopération de l'Union européenne en faveur de la non-prolifération et du désarmement dans la Fédération de Russie ; Décision mettant en œuvre l'action commune PESC 2001/493/PESC du 25 juin 2001, Non-prolifération et désarmement dans la Fédération de Russie*, JO L 180 du 3 juil. 2001 ; Conseil de l'Union européenne, Action commune 2003/472/PESC du 24 juin 2003 *relative à la poursuite du programme de coopération en faveur de la non-prolifération et du désarmement dans la Fédération de Russie*, JO L 157 du 26 juin 2003 ; Conseil de l'Union européenne, Décision 2003/472/PESC du 8 déc. 2003 *mettant en œuvre l'action commune 2003/472 PESC*,

encore la Corée du Nord⁹³¹. L'appui peut aussi être essentiellement juridique comme dans le cas du programme relatif à l'Amérique latine et aux Caraïbes, dont la mise en œuvre a été confiée au Centre régional des Nations Unies pour la paix, le désarmement et le développement. L'Union européenne a mis en place ces dernières années des moyens de financement de son assistance technique et juridique.

Le financement constitue en effet un enjeu majeur de la conclusion et de la mise en œuvre des accords de désarmement, dans le cadre d'une approche coopérative de la sécurité. Il concerne autant les armes conventionnelles (notamment les programmes de destruction des ALPC) que les ADM. Les financements de l'Union européenne passent largement par l'Instrument de stabilité⁹³², qui constitue une source de financement supplémentaire en soutien à la PESC, ayant pour objectif de développer des actions pour combattre les menaces globales et transrégionales engendrées notamment par les trafics illicites, la prolifération des agents

Programme de coopération de l'UE en faveur de la non-prolifération et du désarmement dans la Fédération de Russie, JO L 326 du 13 déc. 2003 ; Conseil de l'Union européenne, Action commune 2004/796/PESC du 22 nov. 2004 *relative à la protection physique d'un site nucléaire de la Fédération de Russie*, JO L 349 du 25 nov. 2004.

⁹³¹ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2007/762/PESC du 22 nov. 2007 *relative à la participation de l'Union européenne à l'Organisation pour le développement de l'énergie dans la péninsule coréenne (KEDO)*, JO L 305 du 23 nov. 2007 ; Conseil de l'Union européenne, Action commune 2007/753/PESC du 19 nov. 2007 *relative au soutien en faveur des activités de surveillance et de vérification menées par l'AIEA en République populaire démocratique de Corée dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive*, JO L 304 du 22 nov. 2007 ; Conseil de l'Union européenne, Position commune 97/484/PESC du 24 juil. 1997 *concernant l'Organisation pour le développement énergétique de la péninsule coréenne (Kedo)*, JO L 213 du 5 juil. 1997.

⁹³² Les difficultés relatives au choix de la base juridique de cet instrument sont explicitées par la Proposition de Règlement du Conseil instituant un instrument de stabilité /* COM/2004/0630 final - CNS 2004/0223 prévoyant la fourniture d'une aide financière, économique et technique afin de traiter trois questions distinctes, dont la contribution à la protection de la population contre des menaces technologiques critiques et la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive.

Les dispositions du règlement en la matière s'appuient sur des pratiques communautaires en vigueur dans le domaine de la sûreté nucléaire et permettront à la Communauté d'apporter un soutien à des programmes qui abordent les nouveaux défis dans le domaine de la sécurité résultant d'une mauvaise utilisation éventuelle des matières, équipements ou technologies liés aux armes de destruction massive et à leurs vecteurs.

La Communauté serait ainsi en mesure de remplir les obligations qu'elle a contractées dans le cadre du partenariat mondial du G8 contre la prolifération des armes de destruction massive et matières connexes. L'aide concernera ici des questions qui peuvent être traitées dans le domaine civil et qui n'ont aucune implication à caractère militaire ou de défense. Ces mesures pourraient comprendre par exemple l'érection des infrastructures d'appui autour des installations de destruction d'armes nucléaires/chimiques (routes d'accès ou chemins de fer, fourniture d'électricité/eau/gaz, mais pas le déclassement des armes proprement dit) ; soutien à la surveillance de l'environnement et l'information du public ; traitement des résidus toxiques résultant du déclassement ; reconversion d'anciennes usines d'armes chimiques en installations civiles ; recyclage civil ; soutien à la mise en œuvre d'un contrôle effectif des exportations de biens à double usage et à des mesures spécifiques de sécurité aux frontières pour prévenir le trafic illégal d'armes de destruction massive et matières connexes.

Si la sûreté nucléaire relève du présent règlement (plutôt que d'instruments géographiques) c'est que l'aide pourrait être requise dans plusieurs régions (par exemple, les pays de l'ex-Union soviétique seront désormais couverts à la fois par l'instrument de partenariat et de voisinage européen, pour la Russie jusqu'au Caucase, et l'instrument de coopération au développement et de coopération économique, pour l'Asie centrale).

Il est important aussi d'assurer la cohérence pleine et entière entre les actions à mener concernant la sûreté nucléaire et celles concernant les contrôles de sécurité nucléaire, avec les implications au niveau de la sécurité ; il est plus judicieux de n'avoir qu'un seul instrument. Enfin, en raison des contraintes juridiques résultant de la nécessité de prendre l'article 203 du traité Euratom comme base juridique en ce qui concerne la sûreté nucléaire et de l'incompatibilité de cet article avec les articles 179 ou 181a du traité CE, il faut concentrer toutes ces activités dans le cadre d'un seul instrument en utilisant les articles 203 du traité Euratom et 308 du traité CE comme base juridique.

nucléaires, biologiques et chimiques et de soutenir la Stratégie européenne de sécurité et la Stratégie contre la prolifération des ADM.

Cet instrument permet donc de soutenir les efforts internationaux s'attaquant à la prolifération des ADM en particulier dans le domaine du contrôle des exportations, de la recherche de nouveaux postes dans le secteur civil pour les scientifiques travaillant auparavant dans le domaine des ADM, du financement illégal de la prolifération. Le budget de l'Instrument de stabilité est d'environ 400 millions d'euros pour 2007-2013. Les premiers projets envisagés étant la création d'un mécanisme permettant aux pays tiers de bénéficier de l'expertise des Etats membres de l'Union européenne, notamment en matière de trafic illicite et de contrôle des exportations. Il s'agit aussi d'établir un état des lieux des risques et menaces pesant sur les routes maritimes critiques, incluant les armes de destruction massives et de s'attaquer au problème des armes légères.

Toujours sur le plan financier, on soulignera que l'Union européenne est le plus grand contributeur au Fonds de sécurité nucléaire de l'AIEA et que l'Union européenne, par le biais du « *partenariat mondial du G8 contre la dissémination d'armes et de matières de destruction massive* » (programme plus connu sous le vocable de « *Dix plus Dix* »), contribue au financement du programme à destination de la Russie lancé le 27 juin 2002 à Kananaskis et confirmé lors du sommet d'Evian le 3 juin 2003⁹³³.

L'analyse de l'organisation de l'assistance et des financements met en évidence un recours fréquent à la « *sous-traitance* » de l'assistance, l'Union européenne finançant des programmes mis en œuvre par des organisations internationales régionales ou universelles⁹³⁴. L'assistance de l'Union européenne à la mise en œuvre et au respect des normes emprunte donc à la fois la voie de l'unilatéralisme et du multilatéralisme et cette stratégie se vérifie également lorsque l'Union européenne impose le respect des normes de désarmement et non-prolifération.

b) Le soutien imposé : clauses de non-prolifération et sanctions

L'Union européenne avait annoncé, dans la Déclaration du Conseil européen de Thessalonique sur la non-prolifération des armes de destruction massive des 19 et 20 juin 2003⁹³⁵, son intention de faire dépendre sa coopération économique avec les pays tiers ou l'aide au développement qu'elle leur accorde de la prise en compte par ces derniers des préoccupations liées à la prolifération des armes de destruction massive (adhésion au TNP, aux accords de garanties de l'AIEA, aux conventions d'interdiction des armes biologiques de

⁹³³ Le partenariat inclut les pays du G8, l'Union européenne et treize autres Etats bailleurs de fonds. La stratégie de l'Union européenne en matière d'ADM a consolidé les fondements de la coopération entre l'Union européenne et le G8 dans le domaine de la non-prolifération.

⁹³⁴ Par exemple, dans le cadre de l'action commune 2008/858/PESC relative au traité d'interdiction des armes biologiques et à toxines, l'article 2 organise la mise en œuvre technique des activités, qui est assurée par le bureau des affaires de désarmement des Nations unies (ci-après UNODA), à Genève. Celui-ci exécute cette tâche sous le contrôle du SG/HR, qui assiste la présidence. À cette fin, le SG/HR conclut les arrangements nécessaires avec l'UNODA. Le financement de l'Union européenne prend la forme d'une aide non remboursable dans le cadre d'un accord de financement conclu par la Commission avec l'UNODA. Cet accord prévoit que l'UNODA veille à ce que la contribution de l'Union européenne bénéficie d'une visibilité adaptée à son importance. La présidence, assistée par le SG/HR, rend compte au Conseil de la mise en œuvre de l'action commune, sur la base de rapports réguliers établis par l'UNODA. Ces rapports constituent la base de l'évaluation effectuée par le Conseil. La Commission y est pleinement associée. Elle rend compte des aspects financiers de la mise en œuvre de la présente action commune.

⁹³⁵ V. Conseil de l'Union européenne, Conclusions de la Présidence sur le Conseil européen Thessalonique, des 19 et 20 juin 2003, Annexe II, accessible à l'adresse internet suivante : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/76281.pdf.

1972 et des armes chimiques de 1993, aux régimes de contrôle aux exportations...)⁹³⁶.

La position commune du Conseil sur l'universalisation et le renforcement des accords multilatéraux dans le domaine de la non-prolifération des ADM et de leurs vecteurs adoptée le 13 novembre 2003 a permis l'épanouissement de cette logique qui s'inscrit dorénavant dans les accords de l'Union européenne. L'accord de partenariat et de coopération de 2004 entre la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs Etats membres et la République du Tadjikistan a été le premier à incorporer des clauses sur la lutte contre le terrorisme et contre les armes de destruction massive⁹³⁷.

On retrouve les clauses de non-prolifération notamment dans le cadre du partenariat ACP-CE⁹³⁸, de la Politique européenne de voisinage, ou des accords méditerranéens. Les clauses de non-prolifération couvrent désormais une centaine de pays. Le contenu de cette clause n'a cessé de s'élargir, portant, par exemple dans les accords d'association UE-Syrie⁹³⁹,

⁹³⁶ Conseil, 1^{er} oct. 2003, 11638/03 : « *La coopération économique de l'UE avec les pays tiers ou l'aide au développement qu'elle leur accorde devraient tenir compte des préoccupations liées à la prolifération des ADM* ». V. également le document 14997/03 du Conseil : Lutte contre la prolifération des ADM-Intégration des politiques de non-prolifération dans le cadre plus général des relations avec les pays tiers.

⁹³⁷ Commission européenne, Proposition de décision du Conseil et de la Commission relative à la conclusion d'un accord de partenariat et de coopération entre la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs Etats membres, d'une part, et la République du Tadjikistan, d'autre part. COM (2004) 521 final - AVC 2004/0176 : « *Les Parties estiment que la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, s'agissant d'acteurs tant étatiques que non étatiques, représente l'une des menaces les plus graves qui pèsent sur la stabilité et la sécurité internationales. Les Parties conviennent en conséquence de coopérer et de contribuer à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs en veillant au respect intégral et à la mise en œuvre au niveau national des obligations qu'elles ont contractées dans le cadre des traités et accords internationaux de désarmement et de non-prolifération ainsi que de leurs autres obligations internationales en la matière. Les Parties conviennent que la présente disposition constitue un élément essentiel du présent accord et fera partie du dialogue politique qui accompagnera et consolidera ces éléments* ».

Les Parties conviennent en outre de coopérer et de contribuer à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs :

« - en prenant des mesures en vue de signer ou de ratifier tous les autres instruments internationaux pertinents, ou d'y adhérer, selon le cas, et en vue de les mettre pleinement en œuvre ;
- en mettant en place un système efficace de contrôles nationaux à l'exportation, portant tant sur l'exportation que sur le transit des biens liés aux armes de destruction massive, y compris un contrôle de l'utilisation finale exercé sur les technologies à double usage dans le cadre des armes de destruction massive et prévoyant des sanctions efficaces en cas de violation des contrôles à l'exportation. Ce dialogue peut se dérouler sur une base régionale ».

⁹³⁸ Décision des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, du 10 avr. 2006 relative à l'application provisoire de l'accord interne modifiant l'accord interne du 18 sept. 2000 relatif aux mesures à prendre et aux procédures à suivre pour la mise en œuvre de l'accord de partenariat ACP-CE, 2006/611/CE : JO L 247 du 9 sept. 2006, p. 46-47 : mesures de lutte contre le terrorisme et de coopération dans la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive. Lors de la réunion du Groupe ACP/UE du 14 juin 2004, le groupe ACP avait exprimé son désaccord sur l'introduction de la question des ADM. S'y ajoutent des clauses relatives à la lutte contre le terrorisme, à la promotion de la justice pénale internationale, à la prévention de l'activité des mercenaires.

⁹³⁹ Proposition de décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord euro-méditerranéen d'association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République arabe syrienne, d'autre part. COM/2008/0853 final - AVC 2008/0248. Commission des Communautés européennes, 5 juil. 2006, COM (2006) 365 final, Proposition de décision du Conseil relative à la position à adopter par la Communauté européenne et ses Etats membres au sein du Conseil d'association institué par l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République libanaise, d'autre part, en ce qui concerne l'adoption d'une recommandation portant sur la mise en œuvre du plan d'action UE-Liban.

UE-Egypte⁹⁴⁰ ou l'accord UE-Liban⁹⁴¹, sur l'application des principales conventions relatives au désarmement, mais aussi sur l'application de la résolution 1540.

Les clauses portent aussi sur la promotion des dispositions de la déclaration de Barcelone sur le partenariat politique et de sécurité, en vue de parvenir à établir, au Moyen-Orient, une zone exempte d'armes de destruction massive et de leurs vecteurs, soumise à un système de vérification mutuelle efficace. Les clauses peuvent inclure des éléments additionnels, dépassant le seul cadre des ADM, comme dans le cas du Liban, où l'accord prévoit « *d'explorer la possibilité d'adhérer, dès lors que les conditions le permettent, à la convention d'Ottawa de 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines anti-personnel et sur leur destruction* ».

Mais surtout, les clauses incluent l'engagement de « *coopération pour développer des systèmes efficaces de contrôle national des exportations et transits* ». Cette coopération est définie de plus en plus précisément : dans un rapport de novembre 2009, le Conseil précise le contenu de la clause en insistant sur la mention « *the establishment of an effective system of national export controls, controlling the export as well as transit WMD related of goods, including a WMD end-use control on dual use technologies and containing effective sanctions for breaches of export controls* »⁹⁴².

Les accords demandent désormais aux Etats d'améliorer la législation interne conformément au Code de conduite ou à la position commune de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements⁹⁴³. La clause relative aux ADM a valeur de modèle, le Conseil de l'Union européenne ayant adopté en décembre 2008 des conclusions relatives à l'insertion d'un article concernant les ALPC dans des accords entre l'Union européenne et les pays tiers⁹⁴⁴. Selon le Conseil, « *un nombre croissant de pays tiers ont demandé à compléter la clause relative à la non-prolifération des ADM par un article distinct abordant la question de l'accumulation illicite et du trafic des ALPC, dans le cadre d'une approche intégrée du désarmement et de la maîtrise des armements* ». L'impact de ces clauses de non-prolifération mériterait à tout le moins d'être évalué et le Parlement européen l'a réclamé dans une Recommandation du 24 avril 2009⁹⁴⁵.

Un premier bilan très partiel avait en effet été réalisé par les 27 ambassadeurs du Comité politique et de sécurité, réunis le 16 janvier 2009. Ils proposaient qu'en cas de non-respect de la clause des « *consultations intensives aient lieu entre les parties* », selon la procédure définie pour les pays ACP (Afrique-Caraïbe-Pacifique) dans l'accord de Cotonou (article 96). « *La*

⁹⁴⁰ Proposition de décision du Conseil relative à la position à adopter par la Communauté européenne et ses Etats membres au sein du Conseil d'association institué par l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République arabe d'Egypte, d'autre part, en ce qui concerne l'adoption d'une recommandation portant sur la mise en œuvre du plan d'action UE-Egypte, COM/2006/0282 final.

⁹⁴¹ Commission européenne, Proposition de décision du 5 juillet 2006, relative à la position à adopter par la Communauté européenne et ses Etats membres au sein du Conseil d'association institué par l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République libanaise, d'autre part, en ce qui concerne l'adoption d'une recommandation portant sur la mise en œuvre du plan d'action UE-Liban, COM (2006) 365 final.

⁹⁴² Conseil de l'Union européenne, doc. 14997/03 PESC « *Lutte contre la prolifération des armes de destruction massives- Intégration des politiques de non-prolifération dans le cadre plus général des relations de l'UE avec les pays tiers* », (note 8).

⁹⁴³ L. Grip, « The EU non-proliferation clause: a preliminary assessment », *SIPRI Background paper*, Nov. 2009.

⁹⁴⁴ Doc. 17186/08 du Conseil de l'union européenne.

⁹⁴⁵ Parlement européen, Recommandation à l'intention du Conseil sur la non-prolifération des armes nucléaires et l'avenir du TNP (P6 TA(2009)0333,1-i).

suspension de l'accord n'interviendrait qu'en dernier recours »⁹⁴⁶. Sur cette base, le Conseil avait ensuite publié un court rapport sur la mise en œuvre de la clause, sans approche critique ni précisions ou propositions⁹⁴⁷.

Le mécanisme suscite pourtant des interrogations, car si le rapport sur la mise en œuvre de la stratégie européenne de lutte contre les armes de destruction massives⁹⁴⁸ établit un bilan quantitatif, mettant en exergue le nombre d'accords incluant cette clause, bon nombre d'entre eux tardent à entrer en vigueur... Mais surtout, la question des compensations - la fameuse politique de la carotte et du bâton définie par J. Solana⁹⁴⁹ - qui nécessite une définition précise des contreparties offertes par l'Union européenne à ses partenaires, reste également très floue.

Elargissant une démarche de conditionnalité « *démocratique* »⁹⁵⁰ adoptée depuis 1992, qui s'est également étendue avec la clause relative à la coopération contre le terrorisme négociée dans tous les accords européens depuis les attentats de Madrid, les clauses de lutte contre la prolifération s'inscrivent au cœur de l'effort d'influence normative par le commerce de l'Union. L'Union européenne veut « *exporter du sens* »⁹⁵¹, renforcer la gouvernance mondiale et y promouvoir ses valeurs et préoccupations relatives à la sécurité. Simultanément, la comparaison avec l'action rivale d'autres acteurs majeurs du commerce mondial des armes relativise fortement l'efficacité de cette stratégie de contrôle des exportations, la Chine ou la Russie proposant à leurs partenaires les plus pauvres une conditionnalité rigoureusement inverse, fondée sur la non-ingérence dans les affaires intérieures⁹⁵².

L'imposition de l'application des normes internationales passe également par l'adoption de sanctions, en particulier d'embargos sur les armes. Ces sanctions s'inscrivent dans un cadre intégré, incluant le dialogue politique, des mesures d'incitation, la conditionnalité et, en dernier recours, des mesures coercitives, conformément à la charte des Nations unies, tout en évitant autant que possible les effets négatifs sur le plan humanitaire. Les sanctions sont prises par des positions communes en vertu des articles 11, 12 et 15 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TUE) et, lorsqu'elles portent sur le domaine financier ou économique, par des règlements du Conseil en application des articles 60 et 301 du Traité instituant la Communauté européenne.

L'adoption de mesures restrictives est structurée autour de deux documents majeurs adoptés par le Conseil : les « *lignes directrices sur la mise en œuvre et l'évaluation des sanctions relevant de la PESC* » de décembre 2003 et les « *principes de base concernant le recours aux sanctions* » de juin 2004. Ces documents précisent notamment que les sanctions doivent respecter le droit international, les grands principes de droit, les droits de l'homme et les libertés fondamentales et être révisées régulièrement. L'Union européenne préfère, en règle générale, appliquer le régime de sanctions décidé par les Nations unies. Elle peut également

⁹⁴⁶ V. G. Quille, « EU non-proliferation clauses applied to certain agreements in the EU's wider relations with third countries », European Parliament Note, DGExPo/B/PolDep/Note/2007_172, 21 Sept. 2007, consulter : www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/sedeo11007exponote_/sedeo11007exponote_en.pdf ; Council of the European Union, 15708/03 (note 13), pp. 8, 10-11.

⁹⁴⁷ Council of the European Union, Note on the implementation of the WMD clause, 5503/09, 19 Jan. 2009. Consulter le site internet : www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/sto5503.en09.pdf.

⁹⁴⁸ Consulter le site internet : www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=718.

⁹⁴⁹ Council of the European Union, Action Plan for the Implementation of the Basic Principles for an EU Strategy against Proliferation of Weapons of Mass Destruction, 10354/1/03, 13th June 2003, p. 6.

⁹⁵⁰ V. sur ce thème la thèse de M. Fau-Nougaret, *La conditionnalité démocratique. Etude de l'action des organisations internationales*, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2004.

⁹⁵¹ R. Delpech et J.-M. Paugam, « La politique commerciale de l'UE, le fédéralisme clandestin », *Politique étrangère*, hiver 2005-4.

⁹⁵² Notamment dans le cas des ventes de la Chine au Zimbabwe ou au Soudan. V. Sipri Yearbook 2011.

aller au-delà des sanctions décidées par le Conseil de sécurité, comme par exemple concernant le Soudan. Le Conseil de l'Union européenne peut enfin décider de sanctions autonomes sur la base de l'article 11 du TUE (c'est-à-dire sans décision préalable de l'ONU) comme dans les cas des sanctions prises à l'encontre du Zimbabwe.

Les embargos sur les armes, ont dans certains cas un objectif lié directement à l'adhésion d'un Etat à des conventions en la matière. C'était le cas de l'embargo sur les armes à l'encontre de la Libye, embargo levé après l'adhésion à la Convention d'interdiction des armes chimiques et la signature, en mars 2004, du protocole additionnel de non-prolifération nucléaire de l'AIEA. Dans cette situation, l'embargo a conduit la Libye à démanteler son programme d'armes de destruction massive. C'est également le cas de l'embargo à l'encontre de l'Iran⁹⁵³ avec des résultats pour le moment différents...

Dans la plupart des cas, ces embargos s'inscrivent davantage dans le cadre de la sécurité collective afin d'éviter l'accroissement des tensions que de la lutte spécifique contre le terrorisme, mais il ne faut pas négliger le risque de détournement ou de dissémination de la part de certains Etats. Généralement, ces embargos constituent des échecs comme le soulignait en 2006 le rapport d'un réseau d'ONG, *Arms without Borders*⁹⁵⁴. Ils ne parviennent pas à éviter les multiples modes de contournements, qui ne peuvent être empêchés que par l'adoption de normes nouvelles, plus complètes et contraignantes.

B- Le soutien de l'Union européenne à la création de normes, une tentative d'exportation du modèle normatif de l'Union européenne

L'Union européenne, par le biais de sa Présidence, du secrétariat du Conseil⁹⁵⁵, du Haut Représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et parfois de la Commission⁹⁵⁶, est représentée dans les institutions du désarmement (première commission de l'Assemblée générale des Nations unies, Conférence du désarmement, Conférences d'examen des conventions relatives aux armes...). Sa participation à ces instances se traduit par un engagement en faveur de certains processus normatifs, qui reflète souvent des velléités d'exportation des solutions juridiques adoptées au sein de l'organisation régionale en matière de contrôle des exportations d'armements.

L'originalité des solutions juridiques adoptées par l'Union européenne en matière de contrôle des exportations d'armements leur confère un caractère « *d'exportabilité* », qui permet à l'Union européenne de porter hors de ses frontières sa définition de la lutte contre les moyens offensifs du terrorisme. Cette projection utilise différents outils, dont les plus importants sont l'ouverture de la position commune de 2008 aux Etats tiers et l'insertion des critères d'exportation de la position commune de 2008 dans un futur traité sur le commerce des armes.

1- L'extension du champ d'application territorial de la position commune de 2008

Le caractère novateur des critères d'exportation communs permet à l'Union de proposer à des Etats tiers de les adopter, comme le prévoyait l'Action commune concernant le soutien d'activités de l'Union européenne visant à promouvoir auprès des pays tiers le contrôle des

⁹⁵³ Entré en vigueur le 23 avr. 2007.

⁹⁵⁴ Publié le 2 oct. 2006 par Amnesty International, Oxfam et le Réseau d'action internationale contre les armes légères, disponible sur : <http://www.amnesty.ch/fr/actualite/news/2006/les-armes-ne-connaissent-aucune-frontiere>

⁹⁵⁵ Le secrétariat du Conseil participe aux Conférences d'examen des conventions relatives aux ADM.

⁹⁵⁶ La Commission bénéficie ainsi d'un statut d'observateur au sein du groupe des fournisseurs nucléaires et de la Conférence d'examen du TNP.

exportations d'armements et les principes et critères du Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements⁹⁵⁷.

Cette action commune affecte un montant de 500 500 euros provenant du budget général de l'Union européenne au financement de séminaires, organisés par la présidence (avec l'aide du Secrétariat du Conseil), réunissant des experts des Etats membres de l'Union européenne et des pays tiers intéressés, en particulier des voisins proches - pays de l'Europe du Sud-Est, les partenaires méditerranéens et de l'Afrique du Nord et les partenaires de l'Europe de l'Est et du Caucase dans le cadre de la politique européenne de voisinage, ainsi que la Turquie et l'Ukraine -, dans le domaine du contrôle des exportations d'armements⁹⁵⁸.

Il s'agit de promouvoir les critères et principes du Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements et d'aider les pays tiers à élaborer et à mettre en œuvre une législation qui permette d'assurer un contrôle effectif des exportations d'armements. L'affermissement de la base juridique du Code de conduite devenu Position commune est évidemment lié à cette pédagogie. En 2011, l'Union européenne a commencé à mettre en place un système d'échange d'informations qui permet aux Etats membres, au SEAE ainsi qu'aux pays tiers qui se rallient à la position commune d'échanger des informations utiles concernant les politiques nationales en matière de contrôle des exportations d'armements⁹⁵⁹.

Cette dynamique est importante car sept Etats se sont déjà intégrés dans le processus de la position commune : la Bosnie Herzégovine, le Canada, la Croatie, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, l'Islande, le Monténégro, la Norvège ont ainsi officiellement décidé d'appliquer les critères et principes de l'Union européenne⁹⁶⁰.

Mais l'Union européenne cherche aussi à étendre son régime de contrôle des exportations d'armements par le biais de l'instrument universel que constituerait un Traité sur le transfert des armes classiques⁹⁶¹.

2- L'intégration des critères de la position commune de 2008 dans le futur traité sur le commerce des armes

La nécessité d'une réglementation des transferts d'armes au niveau global constitue une nécessité soulignée par l'ONU, d'autant que le Groupe d'experts gouvernementaux sur le Traité sur le commerce des armes a constaté que seule une soixantaine d'Etats ont adopté des

⁹⁵⁷ Conseil de l'Union européenne, Action commune 2008/230/PESC du 17 mars 2008 *concernant le soutien d'activités de l'UE visant à promouvoir auprès des pays tiers le contrôle des exportations d'armements et les principes et critères du code de conduite de l'UE en matière d'exportation d'armements*, JO L 75 du 18 mars 2008, p. 81.

⁹⁵⁸ Un mécanisme élargi prévoyant cinq nouveaux ateliers d'information et de sensibilisation et quatre échanges de membres du personnel d'une durée d'un mois pour soutenir les activités de l'Union européenne visant à promouvoir auprès des pays tiers le contrôle des exportations d'armements et les principes et critères de la position commune 2008/944/PESC a été adopté le 22 déc. 2009 dans le cadre de la décision 2009/1012/PESC. La décision 2009/1012/PESC est la première décision relative aux actions d'information et de sensibilisation concernant le contrôle des exportations d'armements adoptée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Elle désigne l'Office fédéral allemand de l'économie et du contrôle des exportations (BAFA) comme l'entité chargée de la mise en œuvre technique.

⁹⁵⁹ Treizième rapport annuel établi en application de l'article 8, § 2, de la position commune 2008/944/PESC du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires, JO C 382 du 30 déc. 2011, p. 01.

⁹⁶⁰ Treizième rapport annuel établi en application du point 8 du dispositif du Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements, *op. cit.*

⁹⁶¹ V. notamment S. Lorthois-Louembet, « Vers un traité international réglementant les transferts d'armes classiques en 2012 », *RGDIP* 2010-4, pp. 723-746.

législations sur le commerce des armes⁹⁶². Les instruments internationaux se développent, en particulier depuis la fin des années quatre-vingt-dix.

Dans le cadre du programme d'action des Nations unies sur le commerce illicite des armes légères et des négociations du traité international sur le transfert des armes classiques, l'Union européenne propose que « *les Etats membres des Nations unies s'engagent notamment à examiner les demandes d'autorisation d'exportations d'armes classiques sur lesquelles ils sont amenés à se prononcer à titre national, dans le plein exercice de leur souveraineté, à l'aune d'un certain nombre de critères. Ceux-ci, définis en commun, devraient en particulier viser à éviter que ces transferts ne contribuent à des actions constitutives d'une violation des droits fondamentaux reconnus par la Charte des Nations unies, qu'ils ne portent atteinte à la stabilité régionale de la zone concernée ou qu'ils entravent de manière incontestable le développement des pays concernés* »⁹⁶³. Cette position constitue, on le constate, la simple transposition au niveau universel des critères de la position commune de 2008.

Cette approche tendant à transposer dans le futur traité la position commune de 2008 a été confirmée par l'adoption par le Conseil de l'Union européenne, le 19 janvier 2009, de la décision concernant le soutien d'activités de l'Union visant à promouvoir auprès des pays tiers le processus d'élaboration d'un traité sur le commerce des armes, dans le cadre de la stratégie européenne de sécurité⁹⁶⁴. Le texte prévoyait l'organisation de plusieurs manifestations et séminaires régionaux (en Afrique, en Asie, en Amérique latine, au Proche-Orient) associant des représentants politiques et des membres de la société civile, des chercheurs et des organisations non gouvernementales⁹⁶⁵. Une nouvelle décision 2010/336/PESC, adoptée le 14 juin 2010, prévoyait l'organisation de sept séminaires régionaux axés sur les aspects politiques du traité sur le commerce des armes et les aspects techniques des systèmes nationaux de contrôle des exportations des armes conventionnelles.

La mise en œuvre technique en a été confiée à l'Institut des Nations unies pour la recherche sur le désarmement (ci-après UNIDIR)⁹⁶⁶, qui a déjà réalisé une étude relative aux positions des Etats membres de l'ONU au sujet d'un futur traité⁹⁶⁷. L'intervention de l'UNIDIR organisée par la décision de l'Union européenne s'inscrit dans une stratégie de médiation développée depuis plusieurs années par l'Union européenne, visant, selon les propres termes du président du Conseil, « *à éviter de donner l'impression qu'elle tente d'imposer les critères définis dans le Code de conduite à d'autres membres des Nations Unies* »⁹⁶⁸.

⁹⁶² Déclaration de l'ambassadeur Moritan, président du Groupe, lors de la réunion de Geneva Process à Genève, 10 sept. 2008, cité par I. Berkol et V. Moreau, « Contrôles post-exportation lors des transferts d'armement », *Les Rapports du GRIP*, 2009-4.

⁹⁶³ Intervention de l'Ambassadeur Eric Danon, Représentant permanent de la France auprès de la Conférence du Désarmement à Genève au nom de l'Union européenne, 63^{ème} session de l'Assemblée Générale des Nations unies, Première commission « Armes classiques », 20 oct. 2008.

⁹⁶⁴ Conseil de l'Union européennes, Décision 2009/42/PESC du 19 janv. 2009 *concernant le soutien d'activités de l'UE visant à promouvoir auprès des pays tiers le processus d'élaboration d'un traité sur le commerce des armes, dans le cadre de la stratégie européenne de sécurité*, JO L 17 du 22 janv. 2009, p. 39.

⁹⁶⁵ Le budget prévu pour l'ensemble du projet est fixé à 836 260 euros.

⁹⁶⁶ EU support to arms trade treaties, *Europolitics*, n° 3664, p.15.

⁹⁶⁷ S. Parker, *Implications of States' views on an Arms Trade Treaty*, UNIDIR, janv. 2008.

⁹⁶⁸ V. notamment G. Gloser, président en exercice du Conseil, Vers un traité sur le commerce des armes, 20 juin 2007, disponible sur :

www2.hu-berlin.de/francopolis/germanopolis/db/sisdb.cgi?userid=guest&pw=guest&login=Gast&db=fr&view_records=1&vww=on&ID=2519&clang=fr

Le bilan des premières réunions du Comité préparatoire (PrepCom) du traité⁹⁶⁹ indiquent que les critères liés à la lutte contre le terrorisme ne sont pas problématiques, les principaux points de désaccords portant essentiellement sur la liste des équipements couverts par le traité (en particulier les munitions et les biens à double usage) et sur les critères d'évaluation des risques liés au transfert s'agissant du droit international humanitaire, des droits de l'homme ou de la corruption.

Cette articulation entre le droit de l'Union en matière de contrôle des exportations d'armements et le droit international sur ce sujet conforte les analyses relatives à l'Union envisagée comme un « *laboratoire normatif* », un « *modèle d'agencement des logiques étatiques et supra-étatiques* »⁹⁷⁰ mais aussi régionales et universelles, invitant à une attention particulière pour les différents modes de propagation du droit.

Qu'il s'agisse des exportations d'armements ou de biens et technologies à double usage, le système mis en œuvre au sein de l'Union, qui offre une marge de manœuvre aux Etats, pose un principe de « *complémentarité* » qui en réalité implique la subsidiarité. Si elle se concrétise, « *l'exportation* » des critères de la position commune de 2008 dans le Traité sur le commerce des armes confirmerait l'extension de la subsidiarité propre à la construction européenne⁹⁷¹ à la sphère internationale. Si l'Union européenne a la conviction que son modèle juridique en matière de contrôle des exportations peut être exporté, ce modèle ne peut cependant prétendre à incarner un paradigme à portée globale. Cette stratégie se heurte en effet souvent à une logique d'influence juridique, de concurrence normative, dans laquelle l'organisation régionale est loin d'être toujours en position de force.

Il n'en demeure pas moins qu'à la question de la « *valeur ajoutée* » apportée par l'Union européenne en matière de prévention du terrorisme par le contrôle des exportations d'armements, s'impose une réponse combinant un répertoire d'outils pragmatiques et une dynamique juridique non négligeables, qui peuvent constituer des appuis certains au développement du droit international en ce domaine.

Anne Millet-Devalle

⁹⁶⁹ <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2012/CD3367.doc.htm>

⁹⁷⁰ V. notamment M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, Quadrige, 2004, 389 p.

⁹⁷¹ Principe que l'on retrouve aussi dans la construction pénale mondiale, dans les rapports Etats-Cour pénale internationale ou avec le concept de marge nationale pour l'OMC.

Le cadre juridique européen

de la protection des victimes d'actes de terrorisme

La protection des victimes d'infractions et de leurs droits connaît depuis plusieurs années une attention croissante ; les ONG et associations de victimes ayant à cet égard joué un rôle important qui a conduit à un développement du droit international et du droit européen.

Parmi les avancées remarquables au niveau international, on retiendra ainsi la place faite aux victimes dans le cadre des activités de la Cour pénale internationale (ci-après CPI). Le Règlement de procédure et de preuve consacre ses articles 85 à 99 à la protection des victimes, leur participation à la procédure et leur réparation. Les victimes peuvent non seulement participer *in personam* à la procédure, mais solliciter une réparation. A ces fins, est notamment créée au sein du greffe de la CPI une « *Unité de la participation des victimes et des réparations* », qui s'accompagne de l'établissement d'un « *Fonds au profit des victimes* ».

Si la compétence de la CPI ne couvre pas de manière générale les actes terroristes⁹⁷², on relève avec intérêt que les victimes se sont également vues reconnaître un statut devant le Tribunal spécial pour le Liban, dont la compétence matérielle porte de manière spécifique sur des actes terroristes⁹⁷³. Cette juridiction pénale *ad hoc* internationalisée, la plus récemment établie, marque très nettement les progrès réalisés dans la protection au niveau international des droits des victimes⁹⁷⁴. Celles-ci peuvent participer, par l'entremise d'un conseil (afin de garantir l'efficacité de la procédure) et si elles y ont été autorisées par le juge de la mise en état, à la procédure devant le Tribunal. Plusieurs dispositions du Statut du Tribunal spécial pour le Liban concernent les victimes.

Ainsi, si aux termes de l'article 11, § 5, le Bureau du Procureur peut interroger des victimes, il est créé au sein du greffe du Tribunal une section d'aide aux témoins et aux victimes. Cet organe « *prend, en consultation avec le Bureau du Procureur, toutes mesures nécessaires pour garantir la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins* » (art. 12, § 4)⁹⁷⁵. En outre, l'article 17 consacré au « *Droit des victimes* » prévoit : « *Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, le Tribunal permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, aux stades de la procédure que le juge de la mise en état ou la Chambre estiment appropriés et*

⁹⁷² Le terrorisme n'ayant pas été retenu comme crime relevant de la compétence *ratione materiae* de la CPI, seuls les actes terroristes qui entrent dans la définition des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité pourraient éventuellement être soumis à la CPI. Sur cette question, v. J.-C. Martin, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 231-262.

⁹⁷³ V. Conseil de sécurité, Résolution 1757 (2007) du 30 mai 2007 sur l'établissement du Tribunal à caractère international pour le Liban. La résolution contient en annexe l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République libanaise sur la création d'un Tribunal spécial pour le Liban, donnant expressément compétence au tribunal pour juger des attentats « terroristes ».

⁹⁷⁴ Devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, les victimes ne sont guère prises en considération, leur rôle s'en tenant à celui de simple témoin. Elles ne peuvent ainsi pas se constituer partie civile et obtenir d'indemnisation.

⁹⁷⁵ V. également l'article 50 (« *Section d'appui aux victimes et aux témoins* ») du Règlement de procédure et de preuve.

d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque le juge de la mise en l'état ou la Chambre l'estiment approprié »⁹⁷⁶.

Ainsi, 58 personnes se sont par exemple vues reconnaître en 2012 la qualité de victime de l'attentat du 14 février 2005 en l'affaire *Ayyash et autres*, par le juge de la mise en état, qui les a autorisées ce faisant à participer à la procédure. Enfin, l'article 25 sur l'« *indemnisation des victimes* » définit une procédure en deux temps. le Tribunal spécial pour le Liban peut identifier, dans son jugement établissant la culpabilité d'un accusé, les victimes ayant subi un préjudice en raison du crime jugé. La victime ou ses ayants-droits, même non-identifiée(s) dans le jugement, peuvent alors invoquer la décision du Tribunal spécial pour tenter une action devant une juridiction nationale (ou toute autre institution compétente) en vue d'obtenir réparation du préjudice subi, conformément à la législation nationale applicable.

Ces dispositions traduisent bien la prise en compte croissante des droits des victimes des actes terroristes qui, si elle s'inscrit dans un mouvement plus large concernant les victimes de la criminalité en général, fait l'objet d'une considération particulière, qui tient à la nature spécifique du crime terroriste. En effet, les victimes du terrorisme contemporain se caractérisent par certains traits singuliers : d'une part, les actes terroristes sont à l'heure actuelle, très généralement, des actes de violence aveugle, dont les victimes sont frappées de manière aléatoire ; d'autre part, les actes terroristes sont le plus souvent conçus pour faire un très grand nombre de victimes⁹⁷⁷. Ainsi que l'a en outre expliqué Gilles de Kerchove, Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme⁹⁷⁸ : « *Les terroristes attaquent la société dans son ensemble, de sorte que celle-ci a une responsabilité particulière à assumer à l'égard de leurs victimes* »⁹⁷⁹.

C'est ainsi que l'Union européenne et ses Etats membres organisent le 11 mars une journée de commémoration des victimes du terrorisme. La prise en compte des victimes traduit une exigence de justice (« *restaurative* »), au-delà de l'impératif de sécurité qui a longtemps été placé en tête, à titre quasiment exclusif, des préoccupations en matière de réaction au terrorisme⁹⁸⁰. Mais l'enjeu de la protection des droits des victimes du terrorisme est plus large que l'indispensable réparation des préjudices subis, l'expression des victimes apparaissant également, quoique de manière plus diffuse, comme une modalité de prévenir la radicalisation et le recrutement de terroristes.

⁹⁷⁶ V. également les articles 51, ainsi que 86 et 87 relatifs à la participation des victimes à la procédure.

⁹⁷⁷ De manière judicieuse néanmoins, V. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 mai 2011 *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité*, COM (2011) 275 final, mai 2011, § 18, qui a inscrit dans le préambule de la proposition : « *Les victimes d'actes de terrorisme nécessitent une attention particulière lors de l'évaluation, eu égard à la nature variable de ces actes qui peuvent relever d'un terrorisme de masse ou d'un terrorisme ciblant des particuliers* ».

⁹⁷⁸ Sur le rôle du Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme, v. la contribution d'E. Saulnier-Cassia dans le présent rapport, p. 93.

⁹⁷⁹ Entretien dans *Le Monde*, 11 mars 2011.

⁹⁸⁰ V. Redding, Vice-présidente de la Commission européenne, a affirmé : « *Depuis longtemps, notre travail au niveau de l'Union européenne et au niveau national s'est focalisé sur la prévention du crime et la poursuite des criminels – et cela est juste et nécessaire. Cependant, il me semble que la balance a trop penché de ce côté et qu'il est temps de porter une attention particulière aux victimes en assurant l'équilibre entre la sécurité et la justice* » : « *Droits, justice, protection et soutien aux victimes du terrorisme à travers l'Union européenne* », Discours du 16 sept. 2011 accessible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/victimes_du_terrorisme_fr.pdf.

Si des normes ont été élaborées dès le milieu des années 1980 par les Nations Unies concernant les victimes⁹⁸¹, c'est au sein du Conseil de l'Europe que les premiers pas ont été franchis : la résolution R (77) 27 a posé les principes généraux de l'indemnisation par l'Etat des victimes d'actes intentionnels de violences graves lorsqu'une indemnisation intégrale n'est pas assurée à un autre titre. Cette résolution, suivie par d'autres recommandations du Comité des Ministres sur les victimes⁹⁸², a conduit à l'adoption en 1983 de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes.

Au niveau européen, la prise en compte des victimes et de leurs droits est opérée tant dans le cadre du Conseil de l'Europe que celui de l'Union européenne, dont l'action a été perceptible au début des années 2000⁹⁸³. Plusieurs instruments juridiques ont été adoptés en la matière et qui, pour la plupart, ne sont pas spécifiques aux victimes du terrorisme mais s'y appliquent. Comme l'a souligné la Commission européenne, « *les victimes du terrorisme (...) ont pour l'essentiel les mêmes besoins de protection et d'assistance que les victimes de tout autre acte criminel violent et grave* »⁹⁸⁴.

En outre, certaines conventions internationales ou recommandations relatives à la lutte contre le terrorisme contiennent une disposition concernant les victimes. Les instruments pertinents établissant le cadre juridique européen de la protection des victimes d'actes terroristes sont les suivants :

- Dans le cadre de l'Union européenne :

- la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 *relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales*.
- la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil *relative à la lutte contre le terrorisme*, telle que modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 (article 10)⁹⁸⁵.
- la directive 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 *relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité*.
- une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil « *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité* »⁹⁸⁶, qui vise à remplacer la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil relative au

⁹⁸¹ L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté en 1985 la résolution 40/34 portant « *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatif aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* ». Cette résolution pose le principe d'une obligation d'indemnisation par les Etats au titre d'infractions perpétrées par des particuliers. V. sur ce point Ch. Bassiouni, « Reconnaissance internationale des droits des victimes », in SOS Attentats, G. Doucet (sous la dir.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, 2003, pp. 149-166. V. généralement M.-H. Gozzi et J.-P. Laborde, « Les Nations Unies et le droit des victimes du terrorisme », *Revue internationale de droit pénal*, 2005, pp. 275-298.

⁹⁸² V. les recommandations de 1985 sur « *La position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale* », de 1987 sur « *l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation* » et de 1999 sur « *La médiation en matière pénale* ».

⁹⁸³ Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009 et l'adoption du programme de Stockholm qui fixe les orientations en matière de liberté, de sécurité et de justice, la protection des victimes de toutes les formes de criminalité est placée en tête des priorités de l'Union. Dans le programme de Stockholm adopté lors de sa session des 10 et 11 décembre 2009, le Conseil européen a invité la Commission et les Etats membres à étudier les moyens d'améliorer la législation et les mesures de soutien concrètes concernant la protection des victimes.

⁹⁸⁴ Commission européenne, Communication du 18 mai 2011 : « *Renforcer les droits des victimes dans l'Union européenne* », COM (2011) 274 final.

⁹⁸⁵ La décision-cadre n'a pas été modifiée par celle de 2008 en ce qui concerne la protection des victimes.

⁹⁸⁶ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 mai 2011 *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité*,

statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, est actuellement soumise à la procédure législative. Cette directive viendra renforcer sensiblement le cadre juridique commun de la reconnaissance et protection des victimes de la criminalité dans l'Union européenne⁹⁸⁷.

- Dans le cadre du Conseil de l'Europe :

- la Recommandation Rec(2006)8 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'assistance aux victimes d'infractions, adoptée le 14 juin 2006.

- la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STE n° 196), ouverte à la signature en mai 2005 et entrée en vigueur en 2007 : ce traité, dont le préambule précise que les Etats parties sont « *Conscients de la situation précaire à laquelle se trouvent confrontées les personnes du fait du terrorisme et réaffirmant, dans ce contexte, leur profonde solidarité avec les victimes du terrorisme et avec leurs familles* », contient un article 13 portant spécifiquement sur la protection, l'indemnisation et l'aide aux victimes du terrorisme.

- la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (STE n° 116). Cette convention trouve à s'appliquer pour les victimes d'actes terroristes, dans la mesure où ils constituent des infractions intentionnelles, violentes et qui sont la cause directe d'atteintes graves au corps ou à la santé de la victime.

D'une manière générale, on constate que les normes posées en la matière, quelle que soit la nature des actes qui les contiennent, sont formulées en termes généraux. Elles n'ont en outre pas une portée très contraignante, en ce qu'elles laissent une grande marge de manœuvre aux Etats membres⁹⁸⁸.

Il apparaît d'ailleurs que la notion de victime n'est elle-même pas définie systématiquement dans les instruments relatifs à la protection des victimes. Ainsi, la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes ne contient pas de définition, de même que la décision-cadre 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité...

En revanche, la notion de victime est définie par la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, qui s'inspire très nettement de la définition donnée dans la déclaration sur les principes fondamentaux sur l'indemnisation des victimes de l'Assemblée générale des Nations Unies⁹⁸⁹ prévoyant : « *la personne physique qui a subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale ou une perte matérielle, directement*

COM(2011) 275 final. Le Parlement européen a arrêté sa position en première lecture le 12 sept. 2012, adoptée par 611 voix pour, 9 voix contre et 13 abstentions (P7_TA(2012)0327).

⁹⁸⁷ En outre, ainsi que l'a mis en avant la Commission européenne, « *si des progrès ont été accomplis dans ce domaine, les objectifs de cette décision-cadre ne sont pas pleinement atteints* ». *Ibid.*, p. 2. V. également sur ce point le rapport établi par l'APAV (*Associação Portuguesa de Apoio à Vítima*), avec le soutien financier de la Commission européenne, intitulé « *Implementation of the EU Framework Decision on the standing of victims in the criminal proceedings in the Member States of the European Union* », Lisbonne, 2009 : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0053/project_victims_europe_final_report_en.pdf.

⁹⁸⁸ V. S. Perez et T. Thibaud, « *Les instruments de lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne* », in J. Auvret-Finck (sous la dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme. Etat des lieux et perspectives*, Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 82-83.

⁹⁸⁹ V. Nations Unies, Assemblée générale, Résolution A/RES/40/34 du 29 nov. 1985 relative à la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* : « *On entend par « victimes » des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un Etat Membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir* ».

causé par des actes ou des omissions qui enfreignent la législation pénale d'un Etat membre»⁹⁹⁰.

De même, la Recommandation Rec(2006)8 du Conseil de l'Europe de 2006 sur l'assistance aux victimes d'infractions définit comme victime « *toute personne physique qui a subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale ou un préjudice économique, causé par des actes ou des omissions violant le droit pénal d'un Etat membre. Le terme de victime inclut également, le cas échéant, la famille immédiate ou les personnes à charge de la victime directe* ».

Les droits reconnus aux victimes se rapportent tous peu ou prou, en fait de protection, à la notion de réparation, entendue dans une acception large qui est celle du principe 21 des « *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à réparation des violations des victimes des droits de l'homme et du droit international humanitaire* » des Nations Unies (2000)⁹⁹¹. En effet, ainsi que le met en lumière cette disposition, la réparation peut prendre diverses formes⁹⁹² :

- **la restitution** : la restitution vise à rétablir la victime dans la situation qui existait avant que l'infraction soit perpétrée et couvre notamment, pour ce qui nous intéresse ici, la restauration du statut social, de la vie de famille, voire la restitution de l'emploi (principe 22). Il semble clair à cet égard que, comme la Commission juridique du Parlement européen l'a souligné : « *la confiance en soi, par exemple d'une victime d'une explosion terroriste (...) peut (...) être irrémédiablement altérée. Ces victimes ont besoin de reconstruire leur vie* » ; « *les victimes de ces crimes devraient être traitées comme des victimes vulnérables* »⁹⁹³.

- **l'indemnisation** : l'indemnisation couvre le préjudice physique ou moral, les dommages matériels et le manque à gagner, les frais encourus dans le cadre de l'action en justice... (principe 23).

- **la réadaptation** : cela s'entend de la prise en charge médicale ou psychologique, ainsi que l'accès aux services juridiques et sociaux (principe 24), ce qui concerne bien sûr au premier chef les victimes du terrorisme.

- **la réparation morale** : elle comporte notamment la vérification des faits et la divulgation publique de la vérité (en tenant compte de l'enjeu d'assurer la sécurité des victimes ou témoins), une décision de justice assurant le rétablissement de la victime, des sanctions judiciaires ou administratives contre les auteurs de l'infraction, des mesures visant à prévenir le renouvellement des infractions (principe 25). L'établissement de la responsabilité de l'auteur est à cet égard un élément crucial de la réparation, permettant de reconnaître la souffrance des victimes, particulièrement injuste en matière de terrorisme qui frappe bien souvent de manière aveugle et aléatoire.

⁹⁹⁰ Dans son exposé des motifs sur sa position (de juil. 2012) en première lecture sur le projet de directive établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, le Parlement européen a souligné qu'« *Il est également essentiel que la future directive contienne une définition harmonisée du terme « victime », qui accorde ce statut non seulement aux personnes lésées par l'infraction, mais aussi aux membres de la famille proche* ».

⁹⁹¹ Nations Unies, Commission des droits de l'homme, doc. E/CN.4/2000/62, 18 janv. 2000. V. également Nations Unies, Assemblée générale, Résolution A/RES/60/147 du 16 déc. 2005 sur les « *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* ».

⁹⁹² V. Ch. Bassiouni, *op. cit.*, pp. 162-166.

⁹⁹³ Parlement européen, Avis donné en mars 2012 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil « *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité* », P7_TA(2012)0327.

Ces différentes formes de réparation supposent pour certaines une procédure judiciaire, et pour d'autres, une action des organes politiques ou administratifs de l'Etat (réparation morale en particulier).

On retrouve ces différents aspects de la réparation dans les normes définies au niveau européen en matière de « *protection* » des victimes, qui définissent en somme quatre directions dans lesquelles la reconnaissance et la protection des victimes du terrorisme doivent être réalisées⁹⁹⁴. On peut distinguer, aux fins de l'exposé, celles qui relèvent de la garantie de leurs droits de nature procédurale (I) et celles qui relèvent du soutien matériel aux victimes (II).

I- Garantie de droits procéduraux aux victimes

Le premier principe posé par la recommandation de 2006 du Conseil de l'Europe (§ 2.1) est le suivant : « *Les Etats devraient assurer la reconnaissance effective et le respect des droits des victimes, eu égard à leurs droits fondamentaux ; ils devraient en particulier respecter la sécurité, la dignité, la vie privée et familiale des victimes et reconnaître les effets négatifs qu'ont sur elles les infractions* ». Cela passe avant tout par l'octroi de bonnes conditions pour leur participation dans les procédures pénales (A) et la transmission d'informations, essentiellement procédurales car relatives tant au déroulement du procès et ses suites qu'aux dispositifs de prise en charge et de soutien disponibles (B).

A- Participation à et protection dans la procédure pénale

En matière pénale, le système judiciaire poursuit une logique répressive et a pour priorité la recherche de la responsabilité de l'auteur du crime et sa sanction. On assiste néanmoins à l'émergence, assez récente, des droits des victimes⁹⁹⁵ et la reconnaissance de celles-ci comme acteurs au procès pénal. Les victimes se voient ainsi reconnaître un droit d'accès à des mécanismes de justice. Il ne fait guère de doute que la participation des victimes d'un acte terroriste peut contribuer à l'établissement de la vérité, mais aussi conférer une plus grande transparence aux débats au cours de l'instance⁹⁹⁶. Mettre les victimes au cœur du système de justice pénale joue aussi un rôle crucial en termes de réconciliation, ce qui semble généralement utile en matière de terrorisme, violence politique, ainsi que l'illustre bien l'intégration des victimes dans les procédures devant le Tribunal spécial pour le Liban.

En revanche, les victimes doivent bénéficier de mesures de protection dans le cadre des procédures pénales. Tel est ainsi l'objet de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil de l'Union européenne du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. L'article 2 (« *Respect et reconnaissance* ») prévoit que chaque État membre assure aux victimes « *un rôle réel et approprié dans son système judiciaire pénal* ». Ainsi, chaque État « *continue à œuvrer pour garantir aux victimes un traitement dûment respectueux de leur dignité personnelle pendant la procédure et reconnaît les droits et intérêts légitimes des victimes, notamment dans le cadre de la procédure pénale* », les victimes particulièrement

⁹⁹⁴ R. Cario a proposé pour sa part une classification ternaire des droits des victimes : droits à la reconnaissance, à l'accompagnement et à la réparation, in : « *Terrorisme et droits des victimes* », in SOS Attentats, G. Doucet (sous la dir.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, 2003, p. 345. puis pp. 354-360.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 345-354.

⁹⁹⁶ J.-C. Jorda, « *L'accès des victimes à la justice pénale internationale* », in SOS Attentats, G. Doucet (sous la dir.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, *op. cit.*, p. 365.

vulnérables devant bénéficier d'un traitement spécifique « *répondant au mieux à leur situation* »⁹⁹⁷.

Il est ajouté par l'article 3 que la possibilité devrait être garantie aux victimes d'être entendues au cours de la procédure et de fournir des éléments de preuve⁹⁹⁸, les Etats prenant des mesures « *appropriées* » pour que ses autorités n'interrogent les victimes « *que dans la mesure nécessaire* » à la procédure pénale. S'agissant de la participation des victimes à la procédure, le projet de directive soumis au législateur de l'Union européenne vient compléter les dispositions de la décision-cadre de 2001, un chapitre constitué de neuf articles y étant consacré, qui énonce un catalogue assez complet de droits⁹⁹⁹, qui n'appellent cependant pas de remarque particulière au regard des victimes du terrorisme.

Par ailleurs, la Recommandation Rec(2006)8 du Conseil de l'Europe contient une disposition (point 4) qui pose des principes assez généraux relatifs à la prise en compte des victimes par les institutions de la justice pénale. En vertu du premier de ces principes, « *La police et les autres institutions de la justice pénale devraient identifier les besoins des victimes afin de mettre à leur disposition une information, une protection et une assistance appropriées* ».

En outre, les Etats devraient faciliter l'orientation des victimes vers des services d'aide de manière à ce que les services adaptés puissent leur être proposés, fournir des explications sur les décisions prises dans le cadre de leur affaire et leur donner l'occasion de présenter des informations pertinentes au personnel de la justice pénale chargé de prendre ces décisions, une assistance juridique devant être mise à disposition lorsque cela s'avère approprié.

B- Droit des victimes à l'information

L'information des victimes est un autre élément fort du cadre juridique européen relatif à leur protection. Ce cadre juridique consacre un véritable droit à l'information visant à permettre aux victimes l'exercice de leurs droits et la protection de leurs intérêts. Si, en matière de terrorisme, les associations de victimes jouent bien souvent en pratique un rôle actif dans l'information des victimes, à l'instar en France de l'Association française des victimes du terrorisme, les normes européennes relatives à l'information ne sont pas superfétatoires, loin s'en faut.

Les normes définies dans le cadre de l'Union européenne (article 4 de la décision-cadre 2001/220/JAI relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales) et au sein du Conseil de l'Europe (point 6 de la Recommandation (2006)8 sur l'assistance aux victimes

⁹⁹⁷ Sur ce point, le projet de directive en cours d'élaboration dans l'Union européenne définit de manière précise en son article 21 les mesures garantissant le droit des victimes vulnérables à une protection au cours de la procédure pénale.

⁹⁹⁸ Il est intéressant de relever que, alors que les victimes se voient reconnaître un droit de participer aux procédures et y apporter des éléments de preuve, l'article 10 § 1 de la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme prévoit : « *Les Etats membres s'assurent que les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions visées par la présente décision-cadre ne dépendent pas de la déclaration ou de l'accusation émanant d'une personne victime de l'infraction, au moins si les faits ont été commis sur le territoire de l'Etat membre* ».

⁹⁹⁹ Il s'agit des : droit de la victime de recevoir un récépissé de sa plainte (article 8), droit d'être entendu (article 9), droits en cas de décision de non-poursuite (article 10), droit à des garanties dans le contexte des services de médiation et d'autres services de justice réparatrice (article 11), droit à l'aide juridictionnelle (article 12), droit au remboursement des frais (article 13), droit à la restitution de biens (article 13), droit d'obtenir qu'il soit statué sur la réparation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale (article 14) et droits des victimes résidant dans un autre Etat membre (article 16).

d'infractions) relatives à l'information des victimes sont largement convergentes, quoiqu'elles revêtent une portée juridique différente, la décision-cadre ayant seule un caractère obligatoire.

Le principe général est que les victimes se voient garantir l'accès aux informations pertinentes, dans une langue qu'elles comprennent, pour la protection de leurs intérêts, et ce dès leur premier contact avec les services répressifs. La transmission des informations pertinentes étant un droit de la victime, celle-ci peut choisir de ne pas la recevoir, à moins que la procédure pénale nationale applicable ne le rende obligatoire. Le contenu des informations minimales devant être données est défini par l'article 4 de la décision-cadre de la manière suivante :

- « a) les services ou les organismes auxquels la victime peut s'adresser pour obtenir une aide;
- b) le type d'aide qu'elle peut recevoir;
- c) auprès de qui et de quelle manière elle peut introduire une plainte;
- d) les étapes de la procédure qui suivent le dépôt de la plainte et le rôle de la victime dans le cadre de celles-ci;
- e) comment et dans quelles conditions la victime peut bénéficier d'une protection;
- f) dans quelle mesure et sous quelles conditions la victime a accès :
- i) à des conseils juridiques ou
- ii) à l'aide juridique ou
- iii) à toute autre forme de conseil si, dans les cas visés aux point i) et ii), la victime y a droit;
- g) les exigences qui régissent le droit à réparation de la victime;
- h) dans le cas où la victime réside dans un autre Etat, quels sont les mécanismes particuliers dont elle dispose pour assurer la défense de ses intérêts ».

En outre, si la victime en manifeste la volonté, elle doit être informée de la suite réservée à sa plainte, des caractéristiques du procès (« sauf dans des cas exceptionnels pouvant nuire au bon déroulement de l'affaire »), de la décision prononcée par la juridiction (condamnation ou non de la personne poursuivie) voire, ultérieurement, de la remise en liberté de l'auteur de l'infraction¹⁰⁰⁰.

Le projet de directive ayant vocation à remplacer la décision-cadre de 2001 détaille plus encore le contenu des informations que la victime peut obtenir, en insistant en particulier sur la nécessité pour la victime d'être comprise et de comprendre les informations transmises par les autorités publiques pendant la procédure pénale (article 5) et sur le droit des victimes à l'interprétation et à la traduction (article 6).

II- Soutien matériel aux victimes

En fait de soutien que nous qualifions de « matériel » aux victimes, on vise les mesures d'assistance et protection prises en faveur des victimes (A) et l'indemnisation du préjudice qu'elles ont subi (B). Bien sûr, tant la protection et l'assistance, qui peuvent consister dans une prise en charge par des services spécialisés sur le plan mental notamment, que l'indemnisation, qui peut couvrir le préjudice moral, ont, au-delà de leur nature de soutien « matériel », une dimension psychologique revêtant une importance cruciale.

¹⁰⁰⁰ Article 3, § 3 de la Décision-cadre 2001/220/JAI, *op. cit.* : « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour assurer, au moins dans les cas où il existe un danger pour la victime, que, au moment de la remise en liberté de la personne poursuivie ou condamnée pour l'infraction, l'information de la victime puisse, si elle s'avère nécessaire, être décidée ».

A- Assistance et protection (*stricto sensu*) des victimes

Les victimes du terrorisme présentent, au regard de la nature très particulière de l'acte criminel qui leur a causé le préjudice, des besoins spécifiques en termes de protection et d'assistance. Cela est notamment reconnu par la Commission européenne, qui a souligné : « *Eu égard à la nature de l'agression, les victimes du terrorisme peuvent cependant être soumises à une surveillance publique beaucoup plus importante et avoir des besoins beaucoup plus élevés de reconnaissance sociale et de traitement respectueux de la part des autres, qu'il s'agisse des professionnels, des médias ou des particuliers* »¹⁰⁰¹.

De même, la Convention de 2005 du Conseil de l'Europe portant pourtant sur la *prévention* du terrorisme prévoit à son article 13 : « *Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour protéger et soutenir les victimes du terrorisme commis sur son propre territoire* ». Le contenu normatif de cette disposition reste vague mais impose néanmoins une certaine action de la part des Etats, tant en matière de protection (1) que d'assistance (2).

1- Protection

La protection des victimes revêt plusieurs dimensions, mais qui portent essentiellement sur des mesures à prendre dans le cadre des procédures pénales. Il s'agit pour les Etats de protéger l'intégrité physique et psychologique des victimes. En matière de terrorisme, les règles à cet égard sont souvent moins décisives que pour d'autres formes de criminalité, de droit commun¹⁰⁰².

Les Etats européens sont appelés *generaliter* par la recommandation Rec(2006)8 du Conseil de l'Europe sur l'assistance aux victimes d'infractions à « *garantir, à toutes les étapes de la procédure, la protection de l'intégrité physique et psychologique des victimes. Une protection particulière pourra être nécessaire à l'égard de victimes susceptibles d'être amenées à témoigner* » (point 10.1). Il s'agit aussi de protéger la vie privée des victimes en prenant « *les mesures nécessaires pour éviter, autant que faire se peut, une atteinte au respect de la vie privée et familiale des victimes, ainsi que pour protéger les données personnelles les concernant, en particulier lors de l'enquête et de l'action pénale* ». Pertinente aussi est la mesure recommandée en vertu de laquelle « *Les Etats devraient encourager les médias à adopter et respecter des mesures d'autoréglementation destinées à garantir le respect de la vie privée des victimes et leurs données personnelles* ».

Au sein de l'Union européenne, l'article 8 de la décision-cadre 2001/220/JAI oblige les Etats membres à garantir un niveau approprié de protection aux victimes et, le cas échéant, à leur famille, « *notamment en matière de sécurité et de protection de leur vie privée* ». Les mesures à mettre en œuvre concernent notamment la protection de la vie privée et de l'image de la victime et des conditions de témoignage permettant de protéger les victimes contre les conséquences de leur déposition en audience publique.

2- Assistance

Dans l'Union européenne, l'article 10, § 2 de la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme énonce de manière fort imprécise : « *Chaque Etat membre prend, si nécessaire, toutes les mesures possibles pour garantir une aide adéquate à la famille de la*

¹⁰⁰¹ « *Renforcer les droits des victimes dans l'Union européenne* », COM (2011) 274 final, 18 mai 2011, *op. cit.*

¹⁰⁰² Il en va ainsi notamment de la protection de la victime au moment de la remise en liberté de la personne poursuivie ou condamnée pour l'infraction, ou des mesures de protection particulières qui devraient être prises en faveur des victimes exposées à un risque d'intimidation, de représailles ou de victimisation répétée.

victime ». La notion d'aide adéquate n'étant pas définie, les Etats conservent une très grande marge d'appréciation. Est en revanche en cours d'élaboration un projet de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité.

Dans son exposé des motifs sur la proposition qu'elle a présentée en 2011, la Commission européenne a pris en compte de manière spécifique la situation particulièrement traumatisante des victimes des actes terroristes, alors que la directive a un champ d'application matériel transversal portant sur la criminalité en général. Par cette directive, « *Les victimes du terrorisme bénéficieront de dispositifs améliorés permettant de définir leurs besoins, de les tenir informées des procédures et de leur offrir une protection adéquate durant celles-ci* »¹⁰⁰³.

Et la Commission européenne a d'ailleurs précisé : « *Pour ce qui est de l'avenir, des actions ciblant des catégories particulières de victimes, telles que les victimes du terrorisme et de la criminalité organisée, sont également envisagées. Une analyse des lacunes dans la protection des victimes du terrorisme devrait notamment être effectuée afin d'améliorer le sort de ces personnes en Europe* »¹⁰⁰⁴. Le cadre juridique de la protection des droits des victimes du terrorisme est ainsi en pleine évolution et il est tout particulièrement délicat d'analyser le projet de nouvelle directive en cours d'élaboration ; le Parlement européen ayant déjà adopté un bon nombre d'amendements sur la proposition initialement soumise par la Commission en 2011¹⁰⁰⁵.

En matière d'assistance, on soulignera néanmoins que le projet de directive contient un article 7 consacré au « *Droit d'accès aux services d'aide aux victimes* ». Aux termes de ce projet de disposition, les Etats membres doivent veiller à ce que la victime et les membres de sa famille aient, en fonction de leurs besoins, gratuitement accès à des services d'aide confidentielle aux victimes, étant précisé que « *Ces services fournissent au minimum :*

a) *des informations, conseils et un soutien pertinents pour l'exercice des droits des victimes, notamment en ce qui concerne l'accès aux régimes d'indemnisation publique des victimes d'infractions pénales, le rôle des victimes dans le cadre de la procédure pénale, y compris la préparation en vue d'assister au procès ;*

b) *des informations concernant les services spécialisés vers lesquels, au besoin, les victimes sont orientées ;*

c) *un soutien moral et psychologique ;*

d) *des conseils concernant les questions financières et pratiques résultant de l'infraction* ».

En outre, les Etats doivent faciliter l'orientation de la victime, par l'autorité qui a reçu la plainte ou d'autres instances compétentes, vers des services d'aide aux victimes et « *soutenir la création ou le développement de services d'aide spécialisés, venant s'ajouter aux services généraux d'aide aux victimes* ». Cette disposition a fait l'objet d'amendements conséquents du Parlement européen dans sa position en première lecture adoptée en septembre 2012. Le Parlement a notamment ajouté : « *Les services d'aide aux victimes et les éventuels services d'aide spécialisés peuvent être mis en place en tant qu'organisations publiques ou non gouvernementales et peuvent être organisés sur une base professionnelle ou volontaire* ». Il poursuit : « *Les Etats membres veillent à ce que l'accès aux services d'aide aux victimes ne soit pas subordonné au dépôt par la victime d'une plainte officielle pour infraction pénale auprès*

¹⁰⁰³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 mai 2011 *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ V. à cet effet, Parlement européen, Rapport du 18 juil. 2012 *sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité*, doc. A7-0244/2012 : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2012-0244+0+DOC+PDF+Vo//FR>.

d'une autorité compétente». Il s'agit là d'ajouts non négligeables qui apportent une amélioration à la disposition en élargissant sa portée.

Au sein du Conseil de l'Europe, la Recommandation Rec(2006)8 est par ailleurs consacrée à l'assistance aux victimes d'infractions. Elle contient des normes de conduite assez générales (point 3), appelant les Etats à soutenir « *les mesures visant à diminuer les effets négatifs de l'infraction, et s'engager à ce que les victimes soient assistées dans tous les aspects de leur réintégration, que ce soit dans la communauté, à leur domicile ou sur leur lieu de travail* », les victimes particulièrement vulnérables (ce que sont assurément les victimes du terrorisme au regard des circonstances de l'infraction) bénéficient d'un soutien spécialisé et adapté à leur situation.

L'assistance consiste notamment dans la prestation de soins médicaux, d'aides matérielles, et de services de santé psychologique autant que de services sociaux et de conseil, qui devraient être gratuits, au moins à la suite immédiate de l'infraction, et dans une langue comprise par la victime. Le point 5 de la recommandation ajoute judicieusement à cela que les Etats devraient proposer ou, au moins, favoriser la mise en place de services spécifiquement axés sur l'aide aux victimes, et appuyer les travaux des ONG qui portent assistance aux victimes.

On peut à cet égard souligner qu'à côté des organes publics, les ONG jouent en matière d'assistance aux victimes, notamment du terrorisme, un rôle crucial, qui est ainsi judicieusement pris en considération tant dans la recommandation du Conseil de l'Europe que dans le projet de directive de l'Union européenne.

B- Indemnisation des victimes et leurs ayant-droits

L'indemnisation des victimes réalise un droit à réparation, qui a vocation à couvrir non seulement les préjudices économiques (pertes subies), mais encore les manques à gagner et préjudices extrapatrimoniaux (*pretium doloris...*). L'indemnisation peut être imposée à l'auteur de l'infraction, si celui est identifié, appréhendé, poursuivi et reconnu coupable. Mais, dans les cas où l'auteur de l'acte de terrorisme échappe au jugement ou si, condamné, il ne dispose pas des ressources pour verser effectivement une indemnisation pécuniaire, les Etats européens conviennent que la victime d'un acte terroriste ne saurait être privée d'indemnisation. Et il est ainsi moins question dans les normes européennes de réparation par l'auteur de l'infraction que de dédommagement ou indemnisation par l'Etat. Ainsi, l'indemnisation doit avoir lieu, que l'auteur de l'infraction soit connu ou non, même s'il n'est pas poursuivi ou puni, ou encore si celui-ci est insolvable.

S'agissant des sources conventionnelles, la Convention de 2005 du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme prévoit dans son article 13 que, parmi les mesures que chaque Etat adopte « *pour protéger et soutenir les victimes du terrorisme commis sur son propre territoire* », ceux-ci doivent « *selon les systèmes nationaux appropriés et sous réserve de la législation interne* » assurer « *l'aide financière et le dédommagement des victimes du terrorisme et des membres de leur famille proche* ». Cette disposition, quoiqu'elle impose le dédommagement des victimes de terrorisme, est très générale sinon vague : il n'est pas imposé que le dédommagement soit intégral ; il est en outre contraint par les prescriptions du droit interne, qui n'a pas à être aménagé aux fins de la mise en œuvre de cette disposition.

La Convention européenne de 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes énonce également des règles *a minima* en matière de dédommagement par l'Etat. Selon le principe posé à l'article 2, une indemnisation doit être payée aux victimes d'infractions violentes intentionnelles qui ont subi des dommages corporels importants :

« 1. Lorsque la réparation ne peut être entièrement assurée par d'autres sources, l'Etat doit contribuer au dédommagement :

a. de ceux qui ont subi de graves atteintes au corps ou à la santé résultant directement d'une infraction intentionnelle de violence;

b. de ceux qui étaient à la charge de la personne décédée à la suite d'une telle infraction.

2. Le dédommagement prévu à l'alinéa précédent sera accordé même si l'auteur ne peut pas être poursuivi ou puni ».

Toutefois, l'obligation de dédommagement est encore limitée : d'une part, l'obligation ne concerne que les ressortissants des Etats parties à la convention ou les ressortissants des Etats membres du Conseil de l'Europe « qui résident en permanence dans l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise » (article 3). Les victimes qui ne relèvent pas de ces deux situations sont ainsi exclues du champ de l'obligation de dédommagement. D'autre part, les Etats peuvent décider de limiter le dédommagement si un seuil minimal de préjudice n'est pas atteint (article 5)¹⁰⁰⁶ ou en fonction de la situation financière du requérant (article 7)¹⁰⁰⁷, ce qui apparaît somme toute assez critiquable, du moins s'agissant des victimes d'actes terroristes¹⁰⁰⁸.

La Recommandation de 2006 du Conseil de l'Europe contient par ailleurs une disposition (point 8) assez complète sur l'indemnisation par l'Etat, qui pose le principe selon lequel « l'Etat devrait accorder une indemnisation : aux victimes d'une infraction intentionnelle avec violence, y compris aux victimes de violences sexuelles ; à la famille immédiate et aux personnes à charge d'une victime décédée à la suite d'une telle infraction »¹⁰⁰⁹, l'indemnisation devant être accordée aux victimes « sans retard, à un niveau juste et approprié » et « fondée sur le principe de solidarité sociale ». A cette fin, les Etats sont appelés à mettre en place un mécanisme d'indemnisation des victimes d'infractions commises sur leur territoire, sans égard pour la nationalité de la victime. Cette indemnisation devrait en outre porter sur une variété de préjudices : « Préjudices à indemniser.

8.6. L'indemnisation devrait être accordée au titre des soins et de la rééducation nécessités par les préjudices physiques et psychologiques.

8.7. Les Etats devraient envisager d'accorder une indemnisation qui prenne en compte la perte de revenus, les frais funéraires et la perte d'aliments pour les personnes à charge. Les Etats peuvent aussi envisager d'indemniser la douleur et la souffrance.

8.8. Les Etats peuvent envisager d'accorder une indemnisation pour les dommages résultant d'infractions contre les biens ».

Le dispositif ainsi défini apparaît complet et efficient, mais il ne s'agit là bien sûr que d'une recommandation, dépourvue de portée juridique obligatoire.

En ce qui concerne l'Union européenne, on notera que la décision-cadre 2001/220/JAI relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales ne concerne que la

¹⁰⁰⁶ « Le régime de dédommagement peut fixer au besoin, pour l'ensemble ou pour les éléments de l'indemnité, une limite supérieure au-dessus de laquelle et un seuil minimum au-dessous duquel aucun dédommagement ne sera versé ».

¹⁰⁰⁷ « Le dédommagement peut être réduit ou supprimé compte tenu de la situation financière du requérant ».

¹⁰⁰⁸ On peut ajouter à cela qu'aux termes de l'article 8 : « 1. Le dédommagement peut être réduit ou supprimé en raison du comportement de la victime ou du requérant avant, pendant ou après l'infraction, ou en relation avec le dommage causé. 2. Le dédommagement peut aussi être réduit ou supprimé si la victime ou le requérant est impliqué(e) dans la criminalité organisée ou appartient à une organisation qui se livre à des infractions de violence. 3. Le dédommagement peut également être réduit ou supprimé dans le cas où une réparation, totale ou partielle, serait contraire au sens de la justice ou à l'ordre public ».

¹⁰⁰⁹ Il est néanmoins précisé : « L'indemnisation de l'Etat ne devrait intervenir que dans la mesure où le préjudice n'est pas couvert par ailleurs, notamment par l'auteur de l'infraction, par les assurances ou par les services sociaux et médicaux financés par l'Etat » (pt 8.9).

demande par des individus de réparation, pendant le déroulement d'une procédure pénale, à l'auteur de l'infraction dont elles ont été victimes¹⁰¹⁰. Partant du constat que « *les victimes d'infractions ne parviennent souvent pas à se faire indemniser par l'auteur de l'infraction dont elles ont été victimes, soit parce que ce dernier ne dispose pas des ressources nécessaires pour se conformer à une décision de justice octroyant à la victime des dommages et intérêts, soit parce qu'il ne peut pas être identifié ou poursuivi* », la directive 2004/80/CE du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité instaure en revanche un système de coopération visant à faciliter aux victimes l'accès à l'indemnisation dans les situations transfrontalières (pour les infractions commises dans un autre Etat membre que celui où la victime réside)¹⁰¹¹.

La directive prévoit à cette fin, sans autre précision, que chaque Etat membre est tenu de mettre en place un régime national garantissant une indemnisation « *juste et appropriée* » aux victimes de la criminalité (article 12, § 2). L'indemnisation doit être facilement accessible, sans égard pour l'endroit où la personne a été victime de l'acte criminel. Si cette obligation est plutôt lapidaire, la directive n'empêche pas les Etats membres « *d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables, dans l'intérêt des victimes d'infractions ou de toute autre personne affectée par une infraction* » et, en particulier, d'étendre les cas d'indemnisation en adoptant ou maintenant des dispositions en vue d'indemniser les victimes d'infractions commises en dehors de leur territoire ou toute autre personne affectée par ces infractions (article 17).

Alors que les Etats membres devaient avoir transposé la directive au plus tard le 1^{er} janvier 2006, une exception a été faite pour l'obligation de l'article 12, § 2 relatif au régime d'indemnisation, qui devait être établi au plus tard le 1^{er} juillet 2005, les Etats membres devant même informer « *immédiatement* » la Commission européenne des mesures prises aux fins de la mise en œuvre de cette obligation, ce qui souligne bien l'importance qui y est attachée.

Aux fins de l'indemnisation des victimes du terrorisme par les Etats, ceux-ci sont appelés à établir des fonds d'indemnisation. Si, comme nous l'avons indiqué, il existe un fonds d'indemnisation des victimes au niveau international dans le cadre de la CPI, aucun fonds d'indemnisation n'a été mis sur pied au niveau international pour les victimes du terrorisme¹⁰¹²,

¹⁰¹⁰ L'article 9 prévoit que chaque Etat doit garantir qu'il existe, pour la victime d'une infraction pénale, le droit d'obtenir qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur la réparation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale, « *sauf lorsque, pour certains cas, la loi nationale prévoit que l'indemnisation interviendra dans un autre cadre* ». Il est ajouté : « *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour favoriser l'effort d'indemnisation appropriée de la victime par l'auteur de l'infraction* ».

¹⁰¹¹ Conseil de l'Union européenne, Directive 2004/80/CE du 29 avr. 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, JO L 261 du 6 août 2004, p. 15.

¹⁰¹² Notons que, dans l'affaire dite *Lockerbie*, la Libye a accepté d'indemniser les victimes de l'acte terroriste. Ces indemnités ont été ainsi convenues dans un accord entre Etats (Etats-Unis, Royaume-Uni et Libye), conclu le 11 mars 2003, par lequel la Libye a accepté sa responsabilité. La Libye s'est engagée au versement d'indemnités aux victimes, à hauteur de dix millions de dollars pour chacune des 270 victimes et en contrepartie de la levée définitive des sanctions. La Libye reconnaît donc formellement sa responsabilité dans l'attentat et affirme en outre avoir pris les dispositions nécessaires au versement d'une indemnisation appropriée (ouverture d'un fonds spécial, instructions pour le virement des montants). La Libye a ainsi versé le 22 août 2003 à la Banque des règlements internationaux, en Suisse, une somme totale de 2,7 milliards de dollars pour indemniser les familles des victimes. Dans l'affaire du *DC-10 d'UTA*, l'indemnisation des familles des victimes de l'explosion du DC-10 en 1989 au-dessus du désert du Ténéré a été acceptée du côté libyen par la « *Fondation Kadhafi* », fondation caritative dirigée par Seif al-Islam Kadhafi, l'un des fils du colonel Kadhafi. Le principe a été accepté par la Libye après avoir dénoncé un « *chantage* » de la France, qui menaçait de bloquer la levée des sanctions au Conseil de sécurité. Un accord de principe a été conclu le 11 septembre 2003 entre les deux Etats. Dans les deux cas, même si

alors que l'idée en a pourtant été avancée il y a plusieurs années. Ainsi, le Groupe de travail créé par la résolution 1566 (2004) du Conseil de sécurité a « *noté que, pour différentes raisons, l'examen des questions liées à la création d'un fonds d'indemnisation des victimes d'actes terroristes à l'échelon international était prématuré* », et a recommandé au Conseil de sécurité « *d'encourager les Etats à déterminer, à titre individuel, les modalités de l'assistance à apporter aux victimes, démarche qui lui paraît la plus indiquée pour l'heure* »¹⁰¹³.

En revanche, les instruments européens relatifs à la protection des victimes appellent à la création de fonds d'indemnisation par les Etats. Ainsi, la Recommandation de 2006 du Conseil de l'Europe prévoit dans une disposition consacrée aux « *Fonds d'indemnisation* » (8.2) que « *Les Etats devraient mettre en place un mécanisme d'indemnisation des victimes d'infractions commises sur leur territoire, quelle que soit la nationalité de la victime* ».

Sans procéder à un état des lieux complet sur les dispositifs nationaux établis par les Etats européens¹⁰¹⁴, on mentionnera que, dès la loi du 9 septembre 1986, la France a mis sur pied un « *Fonds de Garantie* » (FGTI). Le FGTI indemnise les victimes d'actes de terrorisme et des familles des personnes décédées dans des attentats, que les actes aient été commis en France ou à l'étranger¹⁰¹⁵. Le FGTI, qui accorde une indemnisation intégrale des préjudices, est financé par les citoyens français, qui y contribuent par un prélèvement sur les contrats d'assurance, ce qui traduit la solidarité de la nation avec les victimes d'actes terroristes. Le FGTI a ainsi indemnisé quelques 3400 victimes du terrorisme ou ayants-droits.

*
* * *

Il ne fait pas de doute que les victimes du terrorisme entrent dans la catégorie des « *victimes vulnérables* » et méritent à ce titre la mise en œuvre à leur endroit de mesures spécifiques et adaptées à leur situation. La spécificité du préjudice résultant d'actes terroristes, violence politique, tient à ce que les victimes sont généralement frappées de manière aléatoire alors que c'est la société qui est visée dans son ensemble, ce qui justifie une prise en charge particulière par celle-ci du préjudice subi. Si le cadre européen en la matière a connu un développement remarquable dans le courant des années 2000, la protection des victimes du terrorisme reste un domaine de préoccupation en Europe et devrait connaître une évolution continue dans les années à venir, ainsi que la Commission européenne l'a d'ailleurs laissé entendre.

Le cadre juridique apparaît globalement souple, soit du fait que les instruments sont de simples recommandations, soit du fait de la souplesse du contenu des normes contenues dans les instruments contraignants. Nous avons par ailleurs souligné, dans les différentes dimensions de la protection des victimes, la cohérence d'ensemble entre les normes définies dans le cadre de l'Union européenne et celles définies au sein du Conseil de l'Europe. On constate néanmoins que les normes de l'Union européenne tendent à être plus précises que

des accords ont été conclus entre Etats, il ne s'agit pas de création d'un fonds international d'indemnisation des victimes.

¹⁰¹³ Groupe de travail du Conseil de sécurité créé par la résolution 1566 (2004), Rapport S/2005/789 du 14 déc. 2005 pour la période 2004-2005, p. 8, § 32.

¹⁰¹⁴ Pour un tour d'horizon, v. le Rapport de B. A. Koch, « Indemniser les victimes du terrorisme. Analyse comparative pour le Comité européen de coopération » juridique (CDCJ), 27 nov. 2006, Conseil de l'Europe, doc. CDCJ-BU (2006) 19, pp. 19 et s.

¹⁰¹⁵ La loi du 6 juil. 1990 a élargi la compétence du FGTI aux victimes d'autres infractions pénales.

celles posées dans le cadre du Conseil de l'Europe et, partant, à se renforcer en devenant plus contraignantes dans leur formulation.

Ainsi, la future directive « *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité* », en cours d'adoption par le législateur de l'Union, donnera à la protection des victimes de la criminalité, notamment terroriste, un cadre juridique plus poussé et robuste. Il est à cet égard à espérer que le caractère ambitieux de ce projet ne sera pas un frein à son adoption, le projet tel qu'amendé par le Parlement européen, dans le sens d'une protection accrue des victimes, étant désormais transmis au Conseil de l'Union européenne, organe interétatique.

Jean-Christophe Martin

Seconde partie

Les interactions de la lutte contre le terrorisme

dans l'Union européenne

La Stratégie de l'Union européenne de lutte contre le terrorisme oscille entre l'adaptation des législations nationales existantes, la création normative, l'intégration de l'acquis européen pour les États non-historiquement concernés ou les nouveaux États membres et les influences réciproques entre les ordres juridiques nationaux, européen et internationaux.

S'agissant des influences et coopérations externes :

Tout d'abord, s'est instauré un véritable dialogue entre les Cours de Luxembourg et de Strasbourg qui encadrent les procédures de restitutions extraordinaires et d'extradition ainsi que les conditions de détention des personnes accusées de ou condamnées pour terrorisme. La norme de *jus cogens* que constitue l'interdiction de la torture et des traitements inhumains limite l'action des États européens et sa méconnaissance devrait inéluctablement entraîner l'engagement de leur responsabilité.

Ensuite, tout comme les Cours européennes, la Cour suprême américaine a souligné l'impérieuse nécessité que soient accordés à tous, même des terroristes, un droit au juge effectif et les garanties processuelles qui s'y rattachent.

Enfin, cette influence réciproque s'est même transformée en une coopération à la fois avec les États tiers, notamment en matière de traitement et de transfert des dossiers des passagers aériens afin de lutter plus efficacement contre le terrorisme, et avec des

organisations internationales. Les institutions onusiennes et européennes ont ainsi engagé une réflexion mutuelle sur les moyens d'améliorer la procédure d'inscription de personnes ou entités soupçonnées de terrorisme sur les listes noires.

S'agissant des inspirations et harmonisations internes :

Si l'action des Etats membres se trouve à la fois en amont et en aval de la politique européenne de lutte contre le terrorisme, le renforcement des libertés individuelles par les juridictions et les législations nationales est, en premier lieu, tributaire de la jurisprudence et de la production normative européennes. Par exemple, concernant un ressortissant étranger, il est impératif que lui soit imputée sa responsabilité individuelle dans les actes terroristes commis afin de l'extrader ou l'exclure du territoire national.

Cette influence du droit européen n'est d'ailleurs pas sans causer certaines questions juridiques se soldant généralement par des recours devant les Cours constitutionnelles nationales. Cela se constate particulièrement au sein des Etats ayant adopté, en raison de situations historiques internes particulières, des législations visant spécifiquement à lutter contre le terrorisme.

En revanche s'agissant des nouveaux Etats membres ou ceux n'ayant pas subi d'attentats terroristes sur leurs territoires, l'intégration de l'acquis européen dans les ordres juridiques nationaux s'est effectuée sans difficultés particulières ; ces Etats se contentant d'une reproduction littérale des textes.

II-1 – Influences et coopérations externes

L'interdiction internationale de la torture à l'épreuve de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme. Analyse du cadre juridique applicable et de la réaction des organes européens à la pratique des restitutions extraordinaires,

Isabelle Moulier.

Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les Etats-Unis,

Marie-Françoise Labouz.

La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme,

Marie Gautier et Carolina Cerda-Guzman.

L'influence des jurisprudences Kadi sur le régime des sanctions instauré par la résolution 1269 (1999),

Guillaume le Floch.

La lutte contre les organisations terroristes au prisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'association des partis politiques,

Yves Poirmeur.

L'interdiction internationale de la torture à l'épreuve

de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme.

*Analyse du cadre juridique applicable et de la réaction des organes européens à la pratique des restitutions extraordinaires**

Après les attentats du 11 septembre 2001, la lutte contre le terrorisme est devenue l'objectif prioritaire de la communauté internationale¹⁰¹⁶ et européenne¹⁰¹⁷ et a ainsi donné lieu à l'adoption de différentes mesures visant à combattre ce fléau.

Si les actes de terrorisme nécessitent que les États adoptent des mesures pour renforcer la coopération en vue de prévenir et de combattre le terrorisme, ils n'en doivent pas moins « *veiller au respect de toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international et les mesures adoptées doivent être conformes au droit international, en particulier aux instruments relatifs aux droits de l'homme et aux réfugiés ainsi qu'au droit humanitaire* »¹⁰¹⁸.

Les différentes mesures anti-terroristes adoptées par les États au lendemain des événements du 11 septembre 2001 ont cependant soulevé de nombreuses interrogations s'agissant de leur compatibilité avec le respect des droits de l'homme. La pratique a en effet montré que les droits individuels pouvaient être sacrifiés sur l'autel de considérations sécuritaires, certains États ayant tendance à redéfinir, en les assouplissant, les normes relatives aux droits de l'homme applicables en matière de terrorisme, particulièrement celles relatives à

* La présente contribution reprend, de manière remaniée et actualisée, certains aspects d'un article antérieur relatif aux restitutions extraordinaires. V. I. Moulier, « Les restitutions extraordinaires et la Convention internationale contre la torture », *Annuaire brésilien de droit international*, vol. 2, n° 9, 2010, pp. 36-61.

¹⁰¹⁶ Le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté, le 28 sept. 2001, la résolution 1373 (2001) qui énonce les principes de base de la lutte contre le terrorisme, appelant notamment les États à se doter des instruments juridiques pertinents pour combattre le terrorisme. Cette résolution établit également un Comité contre le terrorisme, formé des quinze membres du Conseil de sécurité, qui a pour mission de mettre en œuvre les dispositions de cette résolution et notamment de suivre les progrès réalisés par les États dans la lutte contre le terrorisme et de les aider à remplir leurs obligations en la matière.

¹⁰¹⁷ Au niveau de l'Union européenne, les chefs d'État et de gouvernement réunis en Conseil européen extraordinaire le 21 sept. 2001 ont fait de la lutte contre le terrorisme international un objectif prioritaire de l'Union européenne et ont adopté à cet effet un Plan d'action pour lutter contre le terrorisme. Une Stratégie de lutte contre le terrorisme a ensuite été adoptée par l'Union européenne en 2005 (doc. 14469/4/05 du 30 nov. 2005). Elle vise quatre objectifs principaux de prévention, de protection, de poursuite et de réaction. Un Coordinateur de la lutte contre le terrorisme, nommé au sein du Conseil de l'Union européenne, a pour mission de coordonner les travaux du Conseil dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. V. sur ce dernier la contribution d'Emmanuelle Saulnier-Cassia dans le présent rapport, p. 93. Le Conseil de l'Europe a, quant à lui, établi un certain nombre de normes concernant les relations entre les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme. Outre l'adoption de nombreuses résolutions par l'Assemblée parlementaire, il a également adopté, *via* le Comité des Ministres, des *Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme* (2002) et les *Lignes directrices sur la protection des victimes d'actes terroristes* (2005), confirmant les prises de position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou encore la jurisprudence de la Cour EDH en la matière.

¹⁰¹⁸ Conseil de sécurité des Nations Unies, Déclaration du 20 janv. 2003 annexée à la Résolution 1456 (2003), pt 6, doc. S/RES/1456.

l'interdiction de la torture.

L'illustration la plus topique de cette tendance réside dans l'une des mesures phares de la stratégie américaine de lutte contre le terrorisme qui a consisté dans l'introduction d'un néologisme dans le vocabulaire juridique international : la pratique des restitutions extraordinaires (*extraordinary renditions*)¹⁰¹⁹. L'expression désigne la pratique extrajudiciaire en vertu de laquelle un individu soupçonné d'être impliqué dans des activités terroristes est illégalement ou irrégulièrement enlevé par les autorités d'un Etat pour être remis aux mains d'agents des Etats-Unis et/ou transférés vers un Etat tiers pour y être tenu au secret et soumis à des méthodes d'interrogatoires dites « *renforcées* » afin d'obtenir de lui des renseignements subséquentement transmis aux autorités américaines.

L'existence de ce programme secret mis en œuvre par la CIA pour arrêter, détenir, et interroger hors du territoire des Etats-Unis des personnes soupçonnées de terrorisme et considérées « *de grande importance* » a été pour la première fois évoqué publiquement par l'ancien Président des Etats-Unis, Georges Bush, le 6 septembre 2006¹⁰²⁰. Suite à la publication de certains rapports d'ONG¹⁰²¹ et à la révélation par la presse de ces pratiques, les instances européennes se sont rapidement saisies de la question pour mettre à jour l'existence alléguée de ces détentions secrètes et restitutions extraordinaires.

Le 21 novembre 2005, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe décida ainsi de constituer une commission d'enquête sur ces allégations conformément à l'article 52 de la CEDH, invitant les 45 gouvernements des Etats membres à apporter leurs réponses avant le 21 février 2006. Le 12 juin 2006, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe confirmait ainsi l'existence de cette pratique des restitutions extraordinaires.

Dans un rapport intitulé *Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe*¹⁰²², élaboré par Dick Marty, elle établissait en effet que : « *Les Etats-Unis ont [...] tissé une "toile d'araignée" clandestine s'étendant à travers le monde et dans laquelle des centaines de personnes, même simplement soupçonnées de sympathie pour des organisations considérées terroristes, se sont retrouvées piégées, victimes de disparitions, de détentions secrètes et de transferts illégaux d'un Etat à l'autre, en particulier vers des pays appliquant notoirement la torture. Cette "toile d'araignée" a pu être tissée de la sorte grâce à la collaboration ou à la tolérance de nombreux pays, parmi lesquels plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe. Cette coopération, secrète et sans aucune légitimation démocratique, a permis le développement d'un système totalement incompatible avec les principes*

¹⁰¹⁹ Pour de plus amples développements sur les restitutions extraordinaires, V. L. Fischer, « Extraordinary Rendition : the Price of Secrecy », *American University Law Review*, vol. 57, n° 5, 2008, pp. 1405-1451 ; S. Grey, *Les vols secrets de la CIA : comment l'Amérique a sous-traité la torture*, Calmann-Lévy, 2007, 504 p ; B. Henderson, « From Justice to Torture : the Dramatic Evolution of U.S. Sponsored Renditions », *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, n° 1, 2006, pp. 189-218 ; M. Nowak, R. Schmidt, *Extraordinary Renditions and the Protection of Human Rights*, Wien, Graz, 2010, 188 p ; J. T. Parry, « The Shape of Modern Torture : Extraordinary Rendition and Ghost Detainees », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, n° 2, 2005, pp. 516-533.

¹⁰²⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : second rapport*, (rapporteur : Dick Marty), doc. 11302, 11 juin 2007, § 4, p. 2.

¹⁰²¹ V. notamment la dénonciation de cette pratique par Human Rights Watch, « The United States "Disappeared". The CIA's Long-Term "Ghost Detainees". A Human Rights Watch Briefing Paper », Oct. 2004, 44 p.

¹⁰²² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe*, (rapporteur : Dick Marty), doc. 10957, 12 juin 2006, 75 p.

fondamentaux du Conseil de l'Europe »¹⁰²³.

Les conclusions de ce rapport ont ensuite été reprises et confirmées dans un second rapport. Dans ce rapport rendu le 11 juin 2007¹⁰²⁴, la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe conclut : « *ce qui n'était auparavant que des allégations est désormais une certitude : de nombreuses personnes ont été enlevées de divers endroits un peu partout dans le monde pour être remises à des pays où elles étaient persécutées et où il est notoire que l'on pratique couramment la torture* »¹⁰²⁵. La Commission considère en outre « *désormais comme établie dans les faits l'existence, pendant plusieurs années, de centres de détention secrets tenus par la CIA en Pologne et en Roumanie* », sans toutefois exclure l'existence de détentions secrètes de la CIA dans d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe.

Selon ce rapport, « *les détenus ont été soumis à des traitements inhumains et dégradants, parfois pendant une longue période. Certaines méthodes d'interrogation renforcées utilisées correspondent à la définition de la torture et de traitements inhumains et dégradants de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention anti-torture des Nations Unies. En outre, la détention secrète en tant que telle viole de nombreux engagements internationaux souscrits aussi bien par les Etats-Unis que par les Etats membres du Conseil de l'Europe concernés* »¹⁰²⁶.

S'agissant de l'Union européenne, le Parlement européen¹⁰²⁷ s'est aussi préoccupé de la question des restitutions extraordinaires. Le 15 décembre 2005, il a ainsi adopté une résolution sur « *l'utilisation présumée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers* »¹⁰²⁸. Ce faisant, le Parlement européen a exprimé sa « *préoccupation profonde face aux allégations relatives au rôle de la CIA dans l'enlèvement illégal, le transport, la détention secrète et la torture de terroristes suspectés, ainsi que face à l'existence présumée de lieux de détention secrets de la CIA sur le territoire de l'Union européenne, de pays qui en sont nouvellement membres et de pays candidats* »¹⁰²⁹.

Le Parlement européen décidait en outre de « *réaliser sa propre enquête parlementaire, par l'entremise au minimum d'une commission temporaire constituée conformément à l'article 175 de son règlement, et de s'appuyer sur le savoir-faire de son réseau de spécialistes en matière de droits fondamentaux, afin d'établir notamment :*

¹⁰²³ *Ibid.*, § 5, p. 2.

¹⁰²⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : second rapport*, (rapporteur : Dick Marty), doc. 11302, 11 juin 2007, 77 p.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, § 2.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, § 7.

¹⁰²⁷ Au niveau du Parlement européen, les questions relatives aux droits de l'homme relèvent de la compétence de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, qui traite du respect des droits fondamentaux dans l'Union européenne. La commission des affaires étrangères et sa sous-commission « *Droits de l'homme* » coopèrent étroitement avec cette commission en vue de surveiller les incidences à l'extérieur des politiques internes, notamment en ce qui concerne les questions d'asile et de migration et les aspects relatifs aux droits de l'homme de la traite des êtres humains.

¹⁰²⁸ La résolution se fonde sur l'article 6 du traité sur l'Union européenne qui fait obligation à l'Union et à ses Etats membres de respecter les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. La résolution rappelle également que l'article 7 TUE prévoit la possibilité pour le Conseil, en cas de violation grave et persistante des droits fondamentaux par un Etat membre, ou de risque d'une telle violation, de suspendre certains droits, y compris les droits de vote au sein du Conseil.

¹⁰²⁹ Parlement européen, Résolution du 15 déc. 2005 sur l'utilisation présumée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, § 6, JO C 286 E du 23 nov. 2006, p. 509.

a) si la CIA est liée à des remises extraordinaires de détenus fantômes, qui sont gardés au secret, sans bénéficier de droits légaux ou sans avoir accès à un avocat, soumis à des traitements cruels ou à des actes de torture, transportés à l'intérieur du territoire de l'Union européenne, notamment par voie aérienne, et détenus dans des sites secrets ;

b) si de telles pratiques pourraient être considérées comme légales sur le territoire de l'Union européenne au regard de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, des articles 2, 3, 5 et 6 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des accords entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur l'extradition et l'entraide judiciaire ;

c) si des citoyens de l'Union européenne ou des personnes résidant légalement dans l'Union figurent parmi les personnes engagées dans des opérations de "remise extraordinaire", de détention illégale ou de torture, dans le cadre des présumées opérations secrètes de la CIA sur le territoire de l'Union européenne ;

d) si des Etats membres, des fonctionnaires ou des personnes agissant à titre officiel ont participé à des actes, reconnus ou non, de privation illégale de liberté de personnes, y compris leur remise, leur transfert, leur détention ou leur torture, ce de manière active ou passive, ou ont été complices de tels actes »¹⁰³⁰.

Le 18 janvier 2006, le Parlement européen a ainsi constitué une commission temporaire sur « l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers ». Elle a rendu son rapport le 30 janvier 2007¹⁰³¹. Les conclusions du rapport corroborent celles de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en ce qu'elles font la lumière sur la participation de certains Etats européens au programme des restitutions extraordinaires mis en œuvre par les Etats-Unis¹⁰³².

Cinq ans après le rapport de cette commission d'enquête, le Parlement européen a adopté, le 11 septembre 2012¹⁰³³, le rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures sur « des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens »¹⁰³⁴. Ce nouveau rapport actualisé se concentre sur des faits nouveaux, notamment liés à l'existence de centres de détention secrète en Lituanie, Pologne et en Roumanie.

Il ressort en substance de ces différents rapports que ces transferts de détenus et ces « restitutions extraordinaires », procédés exorbitants du droit commun, s'avèrent contraires au droit international en ce qu'ils visent notamment à contourner les obstacles et toutes les garanties procédurales normalement attachées aux procédures classiques d'entraide policière et judiciaire internationales, à l'instar de l'extradition. Les restitutions extraordinaires

¹⁰³⁰ *Ibid.*, § II.

¹⁰³¹ Parlement européen, Commission temporaire sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, Rapport du 30 janv. 2007 sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers (2006/2200 (INI), (Rapporteur : Giovanni Claudio Fava), doc. A6-0020/2007, 82 p.

¹⁰³² Dans son rapport, le Parlement examine les allégations de restitutions extraordinaires dans les Etats suivants : Italie, Royaume-Uni, Allemagne, Suède, Autriche, Portugal, Irlande, Grèce, Chypre, Danemark, Belgique, Turquie, Ancienne République yougoslave de Macédoine, Bosnie-et-Herzégovine, Roumanie, Pologne, Kosovo.

¹⁰³³ Parlement européen, Résolution du 11 sept. 2012 sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE. La résolution a été adoptée par 568 voix pour, 34 voix contre et 77 abstentions.

¹⁰³⁴ Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapport du 2 août 2012 sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE (2012/2033 (INI), (Rapporteur : Hélène Flautre), doc. A7-0266/2012, 32 p.

correspondent également à des violations de plusieurs normes relatives aux droits de l'homme qu'il s'agisse de l'interdiction des arrestations arbitraires, des disparitions forcées¹⁰³⁵ – dont les restitutions extraordinaires constituent bien souvent le prélude – ou encore de la privation du droit d'accès à un tribunal impartial¹⁰³⁶.

Plus encore, la pratique des restitutions extraordinaires correspond à un véritable « système de délocalisation et de sous-traitance de la torture »¹⁰³⁷. La plupart du temps, les suspects sont en effet transférés dans des Etats notoirement connus pour pratiquer la torture de telle sorte que la pratique de la restitution apparaît comme un moyen de torture « *par procuration* ». L'existence, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, d'un courant de pensée et d'une pratique prônant un certain relativisme des valeurs face au paradigme sécuritaire et les tentatives de certains Etats de légitimer le recours à la torture ou aux mauvais traitements au nom d'un intérêt supérieur tiré de la sécurité nationale¹⁰³⁸ conduisent à s'interroger sur le champ d'application et sur la portée des instruments internationaux et européens qui prohibent la torture en matière de terrorisme.

¹⁰³⁵ Il est remarquable de constater que les restitutions extraordinaires embrassent les éléments de définition de la disparition forcée telle qu'elle résulte de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 déc. 2006. L'article 2 de la Convention énonce que l'on entend par disparition forcée « *l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi* ». On relèvera également que ladite Convention criminalise l'usage des lieux de détention secrets. Elle dispose en effet, son article 17, que : « *1. Nul ne sera détenu en secret. 2. Sans préjudice des autres obligations internationales de l'Etat partie en matière de privation de liberté, tout Etat partie, dans sa législation : a) détermine les conditions dans lesquelles les ordres de privation de liberté peuvent être donnés ; b) désigne les autorités habilitées à ordonner des privations de liberté ; c) garantit que toute personne privée de liberté sera placée uniquement dans les lieux de privation de liberté officiellement reconnus et contrôlés ; d) garantit que toute personne privée de liberté sera autorisée à communiquer avec sa famille, son conseil ou toute autre personne de son choix et à recevoir leur visite, sous la seule réserve des conditions établies par la loi, et, s'il s'agit d'un étranger, à communiquer avec les autorités consulaires conformément au droit international applicable ; e) garantit l'accès aux lieux de privation de liberté de toute autorité et institution compétentes habilitées par la loi, si nécessaire avec l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire ; f) garantit à toute personne privée de liberté, et, en cas de soupçon de disparition forcée, la personne privée de liberté se trouvant dans l'incapacité de l'exercer elle-même, à toute personne ayant un intérêt légitime, par exemple les proches de la personne privée de liberté, leurs représentants ou leurs avocats, en toutes circonstances, le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue à bref délai sur la légalité de la privation de liberté et ordonne la libération si cette privation de liberté est illégale* ». V. aussi la résolution du Parlement européen du 11 sept. 2012 sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE dans laquelle l'assemblée européenne fait valoir que les détentions secrètes équivalent à des disparitions forcées, considérant J.

¹⁰³⁶ Pour un panorama des diverses violations des droits de l'homme qui résultent des restitutions extraordinaires, V. D. Weissbrodt, A. Bergquist, « Extraordinary Rendition : a Human Rights Analysis », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 19, 2006, pp. 123-160.

¹⁰³⁷ V. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes dans des Etats membres du Conseil de l'Europe*, Note d'information II, Rapporteur : Dick Marty, AS/Jur (2006), 22 janv. 2006, § 85. V. aussi § 69 et S. Grey, « Prisonniers sans frontières : les Etats-Unis inventent la délocalisation de la torture », *Le Monde diplomatique*, n° 6, 13 avr. 2005, p. 1 et pp. 10-11.

¹⁰³⁸ Pour un exemple topique, on peut mentionner la déclaration du 7 sept. 2005 de M. Charles Clarke, Ministre de l'intérieur du Royaume-Uni, parlant au nom de la présidence britannique de l'Union européenne, selon laquelle « *le droit d'être protégé de la torture et des mauvais traitements doit être mis en parallèle avec le droit d'être protégé de la mort et de la destruction causées par un terrorisme aveugle* ».

La question se pose en effet de savoir si ces instruments et si la jurisprudence des organes internationaux et européens y afférente laissent ou non une place aux tentatives de justification de la torture présentées par certains Etats au nom de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme. La présente contribution se propose ainsi d'analyser, dans le cadre d'une approche internationale et européenne, le cadre juridique applicable aux restitutions extraordinaires au regard des dispositions et conclusions des différents rapports des instances européennes et du corpus normatif et jurisprudentiel international et européen de protection des droits de l'homme applicable en la matière.

En enjoignant aux Etats de respecter leurs différentes obligations en la matière, les instances internationales et européennes – qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe, de la Cour EDH ou de l'Union européenne par l'entremise du Parlement européen – constituent incontestablement un ultime rempart de résistance aux tentatives d'atténuation de l'interdiction de la torture présentées par certains Etats au nom de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme¹⁰³⁹. Elles n'ont en effet eu de cesse de rappeler aux Etats le caractère absolu de l'interdiction de la torture qui trouve à s'appliquer en toutes circonstances (I). Elles ont également fait valoir que les restitutions extraordinaires contrevenaient à l'obligation internationale et européenne de non-refoulement (II).

I- Le rappel de l'interdiction absolue de la torture et son applicabilité aux restitutions extraordinaires

Depuis la première proclamation internationale de son interdiction dans la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁰⁴⁰, la prohibition internationale de la torture a progressivement acquis une dimension universelle. L'interdiction a en effet été reprise dans de nombreux instruments régionaux et internationaux, comme en témoignent l'article 3 de la CEDH, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, l'article 5 de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969. La Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984, est importante car elle est la seule parmi les instruments susmentionnés – qui se bornaient à comporter des normes prohibitives – à consacrer la torture en tant qu'infraction internationale à part entière, soit, autrement dit, à criminaliser la torture¹⁰⁴¹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union

¹⁰³⁹ De manière générale, v. O. de Schutter, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme » in E. Bribosia et A. Weyembergh (sous la dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 85-152 ; J. A. Pastor-Ridruejo, « Terrorism and the European Court of Human Rights », in P. A. Fernandez-Sanchez, *International Legal Dimension of Terrorism*, London, Nijhoff, 2009, pp. 419-424 ; C. Warbrick, « The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 5, 2004, pp. 989-1018.

¹⁰⁴⁰ Article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 prévoit : « *Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Si la Déclaration universelle des droits de l'homme, issue d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, est dépourvue de valeur juridique obligatoire, elle revêt cependant une portée symbolique importante et a constitué le substrat juridique du cadre international de la lutte contre la torture. V. I. Moulier, « L'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, substrat juridique du cadre international de lutte contre la torture » in *L'universalisme des droits en question(s), Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°7, 2009, pp. 87-106.

¹⁰⁴¹ L'article 4 de la Convention fait en effet obligation à tout Etat partie de veiller à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal et de rendre ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité. Selon l'article premier de la Convention, la torture consiste dans le fait d'infliger à une personne des souffrances aiguës, physiques ou morales, commises directement ou indirectement, par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre

européenne reprend également à son compte le principe de cette interdiction¹⁰⁴².

Au regard de ces différentes dispositions internationales et européennes, et particulièrement au regard de la Convention internationale contre la torture et de la CEDH, il apparaît que les restitutions extraordinaires s'avèrent contraires à l'interdiction de la torture qui revêt un caractère absolu et qui est opposable en toutes circonstances, y compris en matière de terrorisme (A). L'interdiction de la torture revêt en outre une portée extraterritoriale, ce qui la rend dès lors pleinement applicable à la pratique des restitutions extraordinaires (B).

A- L'interdiction absolue de la torture en toutes circonstances

Les instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme prévoient, dans certaines hypothèses, la possibilité d'appliquer des mesures dérogatoires aux droits qu'ils consacrent pour permettre aux Etats d'assurer leur sécurité nationale, le maintien de l'ordre public ou de la sûreté publique. Ces dérogations ne peuvent cependant être adoptées que « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* »¹⁰⁴³ et à la condition qu'elles ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international¹⁰⁴⁴. Certains droits, relevant du noyau dur des droits de l'homme, sont cependant énoncés en termes absolus et n'admettent, à ce titre, aucune dérogation.

Il en va précisément ainsi de la prohibition de la torture qui se traduit, au plan juridique, par l'énoncé d'une interdiction absolue, celle-ci n'étant susceptible d'aucune restriction ou dérogation, quand bien même elle poursuivrait un objectif légitime particulièrement important. L'interdiction de la torture relève en effet de la catégorie des « *droits absolument intangibles* »¹⁰⁴⁵ qui ne sont susceptibles d'aucune dérogation et qui s'appliquent en tous temps et en tous lieux, y compris « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* »¹⁰⁴⁶. Ce caractère indérogable de l'interdiction de la torture est rappelé par la Convention des Nations Unies contre la torture qui énonce : « *Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture* »¹⁰⁴⁷.

officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite, dans un but précis.

¹⁰⁴² L'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose : « *Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

¹⁰⁴³ Article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et article 15, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁰⁴⁴ V. en ce sens, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui subordonne la possibilité de restrictions ou de mesures dérogatoires aux droits de l'homme qu'il consacre à l'établissement d'un « danger public exceptionnel » menaçant l'existence de la nation établi par un acte officiel et sous réserve que ces mesures ne s'avèrent pas incompatibles avec les obligations internationales de l'Etat et qu'elles n'entraînent pas de discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue ou l'origine sociale. Au niveau régional, l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme subordonne également l'adoption de mesures dérogatoires aux obligations de l'Etat à l'existence d'une guerre ou d'un autre danger public menaçant la vie de la nation et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. Pour une étude générale, V. R. Ergec, *Les droits de l'homme à l'épreuve de circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, XV-427 p.

¹⁰⁴⁵ Pour reprendre l'expression d'O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international : régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Pedone, 2004, p. 117.

¹⁰⁴⁶ Article 15, § 1 de la CEDH ; article 4, § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

¹⁰⁴⁷ Article 2, § 2 de la Convention des Nations Unies contre la torture.

Si la Convention internationale contre la torture ne cite, au titre des « *circonstances exceptionnelles* », que l'état de guerre, l'instabilité politique intérieure ou tout autre état d'exception, il faut cependant considérer que les circonstances exceptionnelles incluent également « *toute menace d'acte terroriste ou de crime violent ainsi que le conflit armé, international ou non international* »¹⁰⁴⁸. Le Comité contre la torture des Nations Unies rejette ainsi « *catégoriquement la pratique profondément préoccupante consistant pour les Etats à tenter de justifier la torture ou les mauvais traitements par la nécessité de protéger la sécurité publique ou d'éviter une situation d'urgence, que ce soit dans les situations susmentionnées ou dans toute autre situation [...]* »¹⁰⁴⁹.

La jurisprudence de la Cour EDH s'inscrit dans cette droite ligne¹⁰⁵⁰. Dès 1978, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, relative à des mauvais traitements infligés par des militaires britanniques à de présumés terroristes de l'IRA, la Cour explique, dans une formulation qui sera ensuite réitérée de manière constante dans sa jurisprudence : « *La Convention prohibe en des termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n°1 et 4 et d'après l'article 15, paragraphe 2, il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la nation* »¹⁰⁵¹.

Si la Cour se déclare « *parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste* »¹⁰⁵², elle n'en considère pas moins que « *même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime* »¹⁰⁵³.

Les Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relatives aux droits de l'homme et à la lutte contre le terrorisme (2002) sont par la suite venues « *codifier* » la jurisprudence de la Cour EDH sur ce point. Le point IV des *Lignes directrices*, intitulé « *Interdiction absolue de la torture* », énonce en effet : « *Le recours à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants est prohibé en termes absolus, en toutes circonstances, notamment lors de l'arrestation, de l'interrogatoire et de la détention d'une personne soupçonnée d'activités terroristes ou condamnée pour de telles activités, et quels qu'aient été les agissements dont cette personne est soupçonnée ou pour lesquels elle a été condamnée* »¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁸ Comité contre la torture, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Observation générale n°2. Application de l'article 2 par les Etats parties*, CAT/C/GC/2, 24 janv. 2008, § 5.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.* L'Assemblée générale des Nations Unies rappelle également que « *le droit d'être à l'abri de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est un droit intangible qui doit être protégé en toutes circonstances [...]* ». Doc. A/RES/60/148, 21 févr. 2006.

¹⁰⁵⁰ Cour EDH, 8 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A, n° 25, § 163 ; Cour EDH (Grande chambre) *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 nov. 1996, req. n° 22414/93, § 79 ; Cour EDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c. France* (exceptions préliminaires), req. n° 25803/94, § 95 ; Cour EDH (Grande Chambre), *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 nov. 2001, req. n° 35763/97, § 59 ; Cour EDH, 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie* (exceptions préliminaires), req. n° 36378/02, § 335 ; Cour EDH, (Grande Chambre), 28 févr. 2008, *Saadi c. Italie*, req. 37201/06, § 127.

¹⁰⁵¹ Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 53710/71, § 163 ; Cour EDH, arrêt, 15 nov. 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, § 79, req. n° 22414/93.

¹⁰⁵² Cour EDH, 15 nov. 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 79.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, § 79.

¹⁰⁵⁴ Conseil de l'Europe, *Lignes directrices du Comité des ministres du 11 juil. 2002 sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme*.

Si, parallèlement, le point XV des *Lignes Directrices*, concernant les « *dérogations éventuelles* », prévoit la possibilité pour les Etats d'adopter, lorsque la lutte contre le terrorisme intervient dans une situation de guerre ou de danger public qui menace la vie de la nation, des mesures dérogeant provisoirement à certaines obligations résultant des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, il n'en énonce pas moins, en son 2^{ème} § : « *Les Etats ne peuvent toutefois, en aucun cas et quels qu'aient été les agissements de la personne soupçonnée d'activités terroristes [...] déroger au droit à la vie, [...] à l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, au principe de la légalité des peines et mesures, ainsi qu'à celui de la rétroactivité pénale* »¹⁰⁵⁵.

L'interdiction universelle de la torture est en outre considérée par un certain nombre d'auteurs et d'instances comme constituant une norme coutumière relevant du *jus cogens*. Autrement dit, l'interdiction de la torture s'entend, aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 qui officialise pour la première fois la notion de *jus cogens*, d'une « *norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* »¹⁰⁵⁶. En mentionnant l'existence de certaines normes non seulement obligatoires mais également impératives, en assignant un statut juridique supérieur à certaines valeurs fondamentales, la Convention de Vienne consacre ainsi l'existence d'intérêts supérieurs aux intérêts individuels des Etats.

C'est en raison de l'interdiction sans exception de la torture que les juridictions internationales considèrent que la torture constitue une norme de *jus cogens*. On doit au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) d'avoir affirmé le premier, en 1998, la nature de *jus cogens* de l'interdiction de la torture dans l'affaire *Furundzija*. Le TPIY précise, à propos de l'interdiction de la torture : « *en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou jus cogens, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire'*. La conséquence la plus manifeste en est que les Etats ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative »¹⁰⁵⁷.

Le TPIY ajoute : « *La valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser* »¹⁰⁵⁸.

La Cour EDH a ensuite pris acte de cette qualification qu'elle a reprise à son compte dans son arrêt rendu en 2001 dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*¹⁰⁵⁹. Après avoir souligné que « *l'importance primordiale que revêt l'interdiction de la torture est de plus en plus reconnue, comme en témoignent d'autres domaines du droit international* »¹⁰⁶⁰, la juridiction de Strasbourg s'est en effet expressément fondée sur la jurisprudence du TPIY et sur le

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

¹⁰⁵⁷ TPIY, 10 déc. 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-T10, Chambre de première instance II, jugement, § 151.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, § 154.

¹⁰⁵⁹ Cour EDH (Grande Chambre), 21 nov. 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, § 60.

jugement de la Chambre des Lords rendue dans l'affaire *Pinochet*¹⁰⁶¹ pour admettre, à son tour, « *sur la foi des précédents jurisprudentiels, que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international* »¹⁰⁶².

La qualification d'une norme en tant que norme de *jus cogens* emporte différentes conséquences juridiques¹⁰⁶³. Consubstantielle au droit des traités, la notion de *jus cogens* signifie qu'une norme juridique qui relève de cette catégorie ne peut, en aucune circonstance, être écartée par voie d'accord entre deux ou plusieurs Etats. Le cas échéant, « *est nul tout traité, qui, au moment de sa conclusion est en conflit avec une norme impérative du droit international général* »¹⁰⁶⁴.

Or, on imagine difficilement deux ou plusieurs Etats conclure un traité international pour violer délibérément une norme fondamentale de protection des droits de l'homme. Si le fait qu'une norme juridique relève du *jus cogens* signifie qu'elle ne peut, en aucune circonstance, être écartée par voie d'accord, entre deux ou plusieurs Etats, il semble ainsi que la notion, à toutes fins pratiques, ne s'applique pas tant à des accords entre Etats qu'à des situations où la dérogation à une norme impérative prend la forme d'une action unilatérale accomplie en violation de la norme impérative.

Pour le TPIY, « *Le fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a [...] des effets aux échelons interétatique et interindividuel. A l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part, que vu la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture, les règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenues ab initio et de laisser faire, d'autre part, les Etats qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou pratiquant la torture. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient au surplus pas reconnues par la communauté internationale* »¹⁰⁶⁵.

Il faut en outre préciser que le caractère indérogable de l'interdiction de la torture a vocation à s'appliquer aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, notamment en raison du lien ontologique qui unit les traitements cruels, inhumains ou dégradants à la torture¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹ Dans l'affaire *Pinochet* soumise aux tribunaux britanniques, les Lords se sont en effet attachés à l'examen de la prohibition de la torture en droit international pour reconnaître que celle-ci avait probablement atteint la dimension d'une norme de *jus cogens* qui imposerait aux Etats des obligations *erga omnes*. *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)*, House of Lords, 24 march 1999, *International Law Reports*, vol. 119, pp. 137-247.

¹⁰⁶² Cour EDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 63.

¹⁰⁶³ De manière générale, v. E. de Wet, « The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implication for National and Customary Law », *European Journal of International Law*, n° 1, 2004, pp. 97-121.

¹⁰⁶⁴ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁶⁵ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op. cit.*, § 155.

¹⁰⁶⁶ Ainsi que l'a fait valoir le Comité contre la torture, « *l'obligation de prévenir la torture consacrée à l'article 2 est de portée large. Cette obligation et celle de prévenir les traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après "mauvais traitements", énoncée au paragraphe 1 de l'article 16, sont indissociables, interdépendantes et intimement liées. Dans la pratique, l'obligation de prévenir les mauvais traitements recoupe celle d'empêcher que des actes de torture ne soient commis dans une large mesure équivalente. En identifiant les moyens de prévenir les mauvais traitements, l'article 16 met l'accent "en particulier" sur les mesures énoncées aux articles 10 à 13, mais sans s'y limiter [...]. Dans la pratique, la ligne de démarcation entre les mauvais traitements et la torture est souvent floue. L'expérience montre que les circonstances qui sont à l'origine des mauvais traitements ouvrent souvent la voie à la torture ; les mesures requises pour empêcher la torture doivent donc aussi s'appliquer à la prévention des mauvais traitements. C'est pourquoi le Comité a aussi considéré que l'interdiction des mauvais traitements était elle aussi intangible en vertu de la Convention et que leur prévention devait être efficace et ne*

Les précédents développements montrent ainsi la large portée progressivement acquise par l'interdiction de la torture. Son caractère absolu et insusceptible de dérogation s'est « *progressivement inscrit dans le droit international coutumier* »¹⁰⁶⁷ et souligne l'importance capitale du droit de ne pas être soumis à la torture et autres mauvais traitements qui constitue assurément « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »¹⁰⁶⁸.

La Cour EDH rappelle à cet égard aux Etats que même dans les circonstances les plus difficiles, notamment la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée, la CEDH interdit formellement la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Qu'un individu ait ou non commis un acte terroriste ou une autre infraction pénale ou qu'il soit encore soupçonné d'avoir commis un tel acte ne constitue pas un argument pertinent lorsque l'on cherche à déterminer si le traitement qui lui a été infligé contrevient à l'interdiction de la torture ou des mauvais traitements¹⁰⁶⁹.

La Cour EDH a certes été conduite à prendre en considération les difficultés qui se posaient aux Etats en matière de lutte contre la criminalité, en particulier s'agissant de la lutte contre le crime organisé et le terrorisme. Elle a d'ailleurs, à ce titre, considéré que dans le cadre des poursuites en la matière, certaines exceptions à la règle d'administration de la preuve et aux droits procéduraux pouvaient être autorisées. Pour autant, la Cour de Strasbourg insiste sur le fait que « *les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne* »¹⁰⁷⁰.

La proclamation de l'interdiction de la torture, aussi impérative soit-elle, n'empêche cependant pas certains Etats d'affirmer qu'elle n'a pas en tout état de cause vocation à s'appliquer dans le cadre des restitutions extraordinaires en raison du champ d'application géographique de la Convention internationale contre la torture.

B- Les restitutions extraordinaires au regard du champ d'application spatial des normes internationales relatives à l'interdiction de la torture

Les dispositions de la Convention internationale contre la torture ont vocation à s'appliquer « *à tout territoire sous la juridiction de l'Etat partie* »¹⁰⁷¹. Certains Etats – dont les Etats-Unis – interprètent cette expression comme signifiant que leurs obligations s'appliquent exclusivement à leur territoire *de jure*. En vertu de cette conception territoriale de la notion de « *jurisdiction* », les obligations énoncées dans la Convention contre la torture n'auraient pas

souffrir aucune exception ». V. Nations Unies, Comité contre la torture, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Observation générale n° 2. Application de l'article 2 par les Etats parties*, CAT/C/GC/2, 24 janv. 2008, § 3.

¹⁰⁶⁷ Doc. ONU, Comité contre la torture, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Observation générale n° 2. Application de l'article 2 par les Etats parties*, CAT/C/GC/2, 24 janv. 2008, § 1.

¹⁰⁶⁸ Cour EDH, 7 juil. 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, § 88.

¹⁰⁶⁹ Cour EDH, 6 avr. 2000, *Labita c. Italie*, req. n° 26772/95, § 119 : « [I]a prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue, quels que soient les agissements de la victime. [...] La nature de l'infraction qui était reprochée au requérant est donc dépourvue de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3 ».

¹⁰⁷⁰ Cour EDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n° 12850/87, § 115.

¹⁰⁷¹ Par exemple l'article 2 de la Convention qui fait obligation à chaque Etat partie de prendre des mesures administratives, judiciaires et autres pour empêcher que des actes de torture soient commis « *dans tout territoire sous sa juridiction* ».

vocation à s'appliquer aux personnes détenues hors du territoire des Etats contractants et ne viseraient ainsi pas les transferts de détenus opérés par les Etats dans le cadre des restitutions extraordinaires.

Cette approche restrictive de la notion de juridiction doit cependant être réfutée. Elle s'oppose en effet le but même de la Convention qui est d'appeler les Etats à éliminer la torture et les mauvais traitements en toutes circonstances. Le caractère absolu de l'interdiction de la torture milite en faveur d'une interprétation large de cette notion. L'interdiction de la torture doit ainsi nécessairement être comprise comme ayant vocation à protéger quiconque, ressortissant ou non-ressortissant, « relève de droit ou de fait d'un Etat partie »¹⁰⁷². Autrement dit : « *Le « territoire » s'étend à toutes les régions sur lesquelles l'Etat partie exerce de fait ou de droit, directement ou indirectement, en tout ou en partie, un contrôle effectif, conformément au droit international. [...] [L]a référence à « tout territoire » [qui figure dans les dispositions pertinentes de la Convention] concerne les infractions commises non seulement à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé sur le registre d'un Etat partie, mais aussi pendant une occupation militaire ou des opérations de maintien de la paix et dans des lieux tels qu'une ambassade, une base militaire, des locaux de détention ou tout autre espace sur lequel un Etat partie exerce un contrôle effectif. [...] La notion de « territoire » s'étend en outre aux situations dans lesquelles l'Etat partie exerce, directement ou indirectement, de fait ou de droit un contrôle sur les détenus* »¹⁰⁷³.

La jurisprudence de la Cour EDH s'inscrit également dans le cadre d'une telle approche. Si elle retient généralement une conception essentiellement territoriale de la notion de juridiction, elle a cependant reconnu, dans certains cas, la portée extraterritoriale de la notion dès lors qu'il est possible de démontrer l'existence d'un contrôle effectif de l'Etat sur la zone située en dehors de l'espace national¹⁰⁷⁴.

Cela étant précisé, il apparaît que les restitutions extraordinaires s'inscrivent pleinement dans le cadre du champ d'application de la Convention internationale contre la torture et qu'elles doivent ainsi être envisagées sous cet angle. L'ensemble des éléments développés *supra* explique d'ailleurs la condamnation convergente des restitutions extraordinaires par les instances internationales (Comité contre la torture) et européennes, qu'il s'agisse de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁰⁷⁵ ou du Parlement européen¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷² Nations Unies, Comité contre la torture, *Observation générale du 24 janv. 2008, op. cit.*, § 7.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, § 16.

¹⁰⁷⁴ En ce sens, Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), req. n° 15318/89, §§ 76-80 (occupation militaire) ; Cour EDH (Grande chambre), *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, 8 juil. 2004, req. 48787/99, §§ 311-319 (pour un résumé de la position de la Cour) ; Cour EDH, *Issa et autres c. Turquie*, arrêt, 11 nov. 2004, req. 31821/96, § 74. Pour de plus amples développements, v. E. Lagrange, « L'application de la Convention de Rome à actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, n° 3, pp. 521-565.

¹⁰⁷⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe, op.cit.* ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : second rapport, op.cit.*

¹⁰⁷⁶ V. par exemple les résolutions du Parlement européen sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers du 15 déc. 2005 et du 15 févr. 2007 dans laquelle le Parlement « *condamne la restitution extraordinaire, qui constitue un instrument illégal utilisé par les Etats-Unis dans la lutte contre le terrorisme ; condamne par ailleurs l'acceptation et la dissimulation de cette pratique, en plusieurs occasions, par les services secrets et les autorités gouvernementales de certains pays européens* » (§ 39). V. aussi la résolution du 19 févr. 2009 l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la

La Cour EDH devrait d'ailleurs confirmer l'ensemble des considérations qui précèdent au sujet de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements à l'occasion de plusieurs affaires pendantes, qui concernent spécifiquement des cas de restitutions extraordinaires et dans lesquelles des mauvais traitements sont allégués par les requérants¹⁰⁷⁷.

Le caractère inconditionnel et absolu de l'interdiction de la torture emporte encore certaines obligations pour les Etats comme celle de ne pas refouler un individu vers un pays où il risquerait d'être soumis à des mauvais traitements.

II- Les restitutions extraordinaires contraires aux obligations internationale et européenne de non-refoulement

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international, les mesures d'éloignement forcé des étrangers constituent un moyen de prévenir la commission de troubles sur le territoire national. Elles permettent en effet de s'assurer que celui-ci ne deviendra pas la base arrière d'un groupe terroriste. Dans la mesure où les Etats disposés à « accueillir » des personnes suspectées de terrorisme sont rares, seul le refoulement de l'individu soupçonné de terrorisme vers son Etat d'origine est généralement envisageable. Depuis le 11 septembre 2001, certains Etats ont ainsi extradé, expulsé ou transféré des étrangers soupçonnés de terrorisme vers leur pays d'origine.

Le contentieux relatif à ces « transferts » donne cependant lieu à des difficultés récurrentes, les Etats « destinataires » des personnes présumées terroristes n'étant pas toujours exemplaires en ce qui concerne le respect des droits de l'homme. A l'examen, il apparaît que

détention illégale de prisonniers dans laquelle le Parlement considère que « *les restitutions extraordinaires et la détention secrète sont contraires à la législation internationale en matière de droits de l'homme, à la Convention des Nations Unies contre la torture, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'à la Charte des droits fondamentaux de l'Union* » (D de la résolution). V. encore la résolution du Parlement européen du 11 septembre 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du Parlement européen (2012/2033(INI))* dans laquelle le Parlement européen réitère sa condamnation des pratiques de « restitution extraordinaire », des prisons secrètes et de torture en ce qu'elles violent « *les droits à la liberté, à la sécurité, à un traitement humain, à la protection contre la torture, au non-refoulement, à la présomption d'innocence, à un procès équitable, à un conseil juridique et à une protection égale devant la loi* » (§ 5). V. aussi Parlement européen, Commission temporaire sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, Rapport du 30 janv. 2007 *sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers (2006/2200 (INI))*, Rapporteur : Giovanni Claudio Fava, doc. A6-0020/2007, 82 p ; Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapport du 2 août 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE (2012/2033 (INI))*, (Rapporteur : Hélène Flautre), doc. A7-0266/2012, 32 p.

¹⁰⁷⁷ L'affaire *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, introduite devant la Cour le 20 juillet 2009, concerne l'arrestation d'un citoyen allemand d'origine libanaise se plaignant de son arrestation par la police macédonienne en déc. 2003, de son maintien en détention pendant 23 jours dans un hôtel à Skopje où la police l'a interrogé au sujet de ses liens présumés avec des organisations terroristes, et de sa remise ultérieure à des agents de la CIA qui l'ont transféré, par un vol spécial, en Afghanistan où il est resté détenu jusqu'en mai 2004. Le 24 janvier 2012, la Chambre à qui l'affaire avait été confiée, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre qui a entendu l'affaire le 16 mai 2012. L'affaire *Nasr et Ghali c. Italie*, introduite devant la Cour le 6 août 2009 (req. n° 44883/09), concerne quant à elle un ressortissant égyptien bénéficiant du statut de réfugié politique en Italie qui allègue avoir été enlevé et transféré en Egypte, puis détenu au secret pendant plusieurs mois dans des conditions inhumaines. Sur ces affaires, v. Amnesty international, « La Cour européenne des droits de l'homme examine une affaire majeure concernant la complicité de pays européens dans le programme de détentions secrètes et de « restitutions » mis en œuvre par les Etats-Unis », Déclaration publique d'Amnesty International et de la Commission internationale des juristes, 16 mai 2012, doc. AI : EUR 65/002/2012.

cette pratique contrevient aux obligations internationales des Etats, plus précisément à l'obligation de non-refoulement (A). Le recours aux « assurances diplomatiques » n'est pas, à cet égard, de nature à permettre aux Etats de se décharger de leur obligation (B).

A- Les interdictions internationale et européenne de refouler un individu étranger risquant d'être soumis à un risque de torture

L'article 3 de la Convention internationale contre la torture énonce une interdiction du refoulement en ces termes :

« 1. *Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.*

2. *Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ».*

Si la Convention contre la torture ne garantit certes pas le droit de ne pas être extradé ou expulsé, l'extradition ou l'expulsion peuvent en revanche s'avérer contraires aux dispositions de la Convention. Le Comité contre la torture a, à cet égard, indiqué qu'en vertu de l'article 3 de ladite Convention, un Etat qui envisage de « transférer » une personne dans un autre Etat doit préalablement effectuer une évaluation objective de la situation de l'Etat de destination et une évaluation subjective du danger que court la personne, celle-ci devant pouvoir apporter la preuve d'un risque « individualisé » de torture dans l'Etat de destination.

Le transfert ne doit pas avoir lieu si ces évaluations mènent à la conclusion qu'il existe des motifs plus importants que de simples soupçons de croire à un risque de torture. La probabilité de la torture n'a cependant pas besoin d'être élevée pour que l'interdiction s'applique¹⁰⁷⁸. S'il n'est ainsi pas nécessaire que le risque soit certain, il doit cependant exister des motifs sérieux et avérés de penser que la mesure d'éloignement exposera le requérant à un risque « réel » de torture.

La Cour EDH protège également les individus contre une expulsion vers un Etat où ils risquent d'être soumis à la torture. Si l'article 3 de la CEDH qui interdit la torture ou les traitements cruels inhumains ou dégradants ne mentionne en effet aucune obligation de non-refoulement à l'instar de celle contenue dans la Convention internationale contre la torture, la Cour a cependant inclus dans le champ de l'article 3 certaines situations qu'il ne prévoit pas. La CEDH ne consacre pas, dans l'absolu, un droit à ne pas être extradé, expulsé ou reconduit à la frontière. Elle énonce cependant expressément un droit à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Dès lors, la Cour EDH considère que l'interdiction de la torture emporte, par ricochet, un droit à ne pas être extradé, éloigné ou reconduit à la frontière lorsqu'une telle mesure aurait pour conséquence d'exposer l'individu concerné à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁰⁷⁹. La protection des individus contre la torture consiste ici en une protection par ricochet qui résulte du caractère de *jus cogens* reconnu à l'interdiction de la torture.

Selon le TPIY : « *L'interdiction de la torture est une norme impérative ou jus cogens. Cette interdiction est si large que les Etats ne peuvent, sans enfreindre le droit international,*

¹⁰⁷⁸ Nations Unies, Comité contre la torture, *Observation générale n° 1 : observation générale du Comité contre la torture sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture*, A/53/44, annexe IX, CAT General Comment n° 1, 21 nov. 1997, § 6.

¹⁰⁷⁹ Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, op. cit., § 88.

expulser, refouler ou extradier une personne vers un autre Etat où des motifs sérieux portent à croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »¹⁰⁸⁰.

A la différence de la Cour EDH, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne laisse quant à elle place à aucune ambiguïté d'interprétation. Elle énonce en effet expressément, en son article 19, § 2 : « *nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture et à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

Le caractère absolu de l'obligation de non-refoulement n'a cependant pas manqué d'être contesté devant la Cour EDH, notamment dans l'affaire *Saadi c. Italie* qui a donné lieu à un arrêt de la Cour le 28 février 2008. Dans cette affaire, M. Saadi, ressortissant tunisien soupçonné de terrorisme international, qui se trouvait en Italie, excipait que la mise à exécution de la décision d'expulsion vers la Tunisie, décidée à son encontre par les autorités italiennes, l'exposait au risque d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH. Lors de cette affaire, le Royaume-Uni, intervenant en tant que tierce partie, s'est lancé dans un véritable réquisitoire contre la solution dégagée dans l'arrêt *Chahal*, en vertu de laquelle le risque de mauvais traitements ne saurait être mis en balance avec les motifs tirés de la défense de la sécurité nationale pour justifier une expulsion.

Le Royaume-Uni sollicitait sur ce point une modification de la position de la Cour EDH qui serait, selon lui, justifiée par l'accentuation de la menace terroriste depuis l'affaire *Chahal*. Il faisait à cet égard valoir qu'à cause de sa rigidité, ce principe avait posé de nombreuses difficultés aux Etats contractants, en les empêchant en pratique de mettre à exécution des mesures d'expulsion. Selon le Royaume-Uni, le principe résultant de la jurisprudence *Chahal* ne reflétait pas « *un impératif moral universellement reconnu* »¹⁰⁸¹ et s'avérait « *en contradiction avec les intentions des premiers signataires de la Convention* »¹⁰⁸². L'argumentation du Royaume-Uni revenait à solliciter une mise en balance, d'une part, du risque qu'un individu subisse des mauvais traitements et, d'autre part, de la dangerosité de la personne pour la collectivité si elle n'est pas expulsée aux fins de déterminer si la responsabilité d'un Etat pouvait être engagée sur le terrain de l'article 3.

La Cour EDH a réfuté une telle argumentation avec une grande fermeté en considérant qu'elle reposait sur une « *vision erronée des choses* »¹⁰⁸³ et qu'elle s'avérait totalement fallacieuse dans la mesure où « *la perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée* »¹⁰⁸⁴. Ces deux notions ne peuvent en effet être « *évaluées indépendamment l'une de l'autre* »¹⁰⁸⁵ car il n'existe aucune équivalence entre la

¹⁰⁸⁰ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op. cit.*, § 144.

¹⁰⁸¹ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, *op. cit.*, § 122.

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ *Ibid.*, § 139.

¹⁰⁸⁴ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, *op. cit.*, § 139. Ainsi que le relève justement O. de Schutter, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, pp. 92-93 : « [L]a notion d'« équilibre » laisse supposer une équivalence entre ces notions. Mais, sur le plan juridique, cette équivalence n'a pas lieu : si l'on réserve l'hypothèse, à vrai dire exceptionnelle où l'Etat porte directement atteinte au droit à la vie des personnes sous sa juridiction en encourageant l'activité terroriste ou en lui offrant son soutien, l'Etat n'est tenu de combattre le terrorisme – et ainsi de protéger le droit à la vie et l'intégrité de sa population – que dans la mesure où cela demeure compatible avec l'obligation qui lui est imposée de respecter les droits et libertés des personnes situées sous sa juridiction. L'obligation de protection ne s'étend pas au point de contraindre l'Etat à violer son obligation de respecter les droits de ces personnes, puisqu'au contraire, la première obligation trouve dans la seconde obligation sa limite ».

¹⁰⁸⁵ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, *op. cit.*, § 139.

menace grave pour la collectivité d'une part, et, d'autre part, le risque que la personne subisse des mauvais traitements si elle est refoulée.

Dans son opinion concordante jointe à l'arrêt, le juge Zupani a, à cet égard, justement fait valoir qu'il était « *extrêmement important de lire le § 139 de l'arrêt comme un impératif catégorique protégeant les droits de l'individu. La seule manière de sortir de cette nécessité logique serait d'affirmer que de tels individus ne méritent pas de voir leurs droits de l'homme protégés – c'est dans une moindre mesure ce que le tiers intervenant sous-entend inconsciemment – parce qu'ils sont moins humains* »¹⁰⁸⁶.

La Cour EDH donne ainsi sa formulation la plus aboutie à la logique de la solution qu'elle a dégagée en 1996 dans l'affaire *Chahal*. Elle rejette avec force les théories des *checks and balances* qui ont été développées par les Etats pour tenter de diminuer la protection offerte par la prohibition des mauvais traitements dans le contexte de la lutte contre le terrorisme international. La Haute juridiction a d'ailleurs pris soin de préciser que même si, la « *menace terroriste s'est accentuée depuis cette époque* (depuis l'affaire *Chahal* qui date de 1996), *cela ne remet cependant pas en cause les conclusions contenues dans cet arrêt quant aux conséquences découlant du caractère absolu de l'article 3* »¹⁰⁸⁷.

Tout en reconnaissant le caractère absolu de l'interdiction de la torture et l'obligation de non-refoulement qui leur incombe au titre de l'article 3 de la Convention internationale contre la torture, certains Etats – dont les Etats-Unis – ont cependant fait valoir que cet article n'avait pas vocation à couvrir les transferts de détenus intervenant dans le contexte des restitutions extraordinaires. Ils ont à cet égard souligné que si l'article 3 se référait à l'extradition ou à l'expulsion, il ne mentionnait pas, en revanche, les « *arrestations extraterritoriales* » qui ne seraient dès lors pas couvertes par cette disposition. L'enlèvement d'une personne dans un pays en vue de son transfèrement dans un autre Etat ne constituerait pas plus une mesure d'expulsion au sens de l'article 3.

En outre, aussi longtemps que ces individus sont « *remis* » à des Etats sur le territoire desquels ils ne résidaient pas préalablement, il ne serait pas juridiquement possible de parler de « *refoulement* » de ces individus. Enfin, si de telles restitutions ne sont pas effectuées par l'entremise de la mise en œuvre d'un accord d'extradition, elles ne sauraient être qualifiées de mesure d'extradition au sens de l'article 3.

Au-delà de ces subtiles querelles terminologiques avancées par les Etats pour se soustraire à leurs obligations, cette argumentation s'avère en fait dénuée de fondement au regard du caractère indérogable de l'interdiction de la torture qui appelle une interprétation large de l'article 3. L'interdiction de la torture est en effet absolue en toutes circonstances ; et cela quels que soient les moyens illégaux ou les dénominations utilisées pour « *renvoyer* » ou remettre un individu. Une interprétation téléologique de l'article 3 en relation avec le caractère indérogable de l'interdiction de la torture permet ainsi de conclure que l'obligation de non-refoulement a vocation à s'appliquer à toutes les opérations par l'intermédiaire desquelles un individu est transféré vers un autre Etat, quel que soit le procédé utilisé pour ce faire. Il a donc vocation à s'appliquer aux restitutions extraordinaires¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶ Opinion concordante du juge Zupani jointe à l'arrêt de la Cour rendu en l'affaire *Saadi c. Italie* le 28 févr. 2008, § 2.

¹⁰⁸⁷ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, *op. cit.*, § 141.

¹⁰⁸⁸ J. H. Burgers, H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, International Studies in Human Rights, 1988, p. 126 : « *as it now reads, the article is intended to cover all measures by which a person is physically transferred to another state* ».

Certains Etats ont également fait valoir qu'en cas d'expulsion ou de refoulement, les « *mauvais traitements* » ne seraient pas administrés par eux-mêmes mais par les autorités d'un Etat tiers. Il faudrait dès lors distinguer les traitements directement infligés par un Etat signataire de ceux qui pourraient être infligés par les autorités d'un Etat tiers, les droits du requérant devant alors être mis en balance avec les intérêts de la collectivité dans son ensemble¹⁰⁸⁹. Pour autant, lorsqu'un Etat partie à la Convention adopte une mesure d'éloignement à l'égard d'un étranger qui est exposé à un risque de torture dans le pays vers lequel la mesure sera exécutée, il prend une décision qui a pour conséquence – certes de façon indirecte – de soumettre l'intéressé à des actes de torture.

L'Etat qui prend la décision de refoulement se rend en quelque sorte « *complice* » d'une violation de la Convention contre la torture. Son comportement peut alors être considéré comme une violation de son obligation de prévention de la torture et de son obligation d'adopter des mesures efficaces pour empêcher, conformément au § 1 de l'article 2, que des actes de torture ne soient commis¹⁰⁹⁰. Dès lors, il convient de considérer, au regard du principe de non-refoulement, que les Etats ont l'obligation fondamentale d'empêcher que des actes de torture ne puissent être commis en ne plaçant pas une personne sous le contrôle d'un autre Etat dans lequel il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. Le rapport du Conseil de l'Europe, relatif aux droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme de 2011, confirme cette position. Il fait en effet valoir que l'interdiction de la torture « *est tout aussi absolue s'agissant des affaires d'extradition ou d'expulsion, ce qui confère à l'article 3 un certain effet extraterritorial* »¹⁰⁹¹.

B- Le recours contestable aux assurances diplomatiques pour contourner l'obligation de non-refoulement

Certains Etats ont trouvé une « *parade* » pour contourner le respect de leur obligation de non-refoulement. Celle-ci consiste à faire valoir qu'ils sollicitent, préalablement au transfert de la personne en question, des « *assurances diplomatiques* » de la part de l'Etat de destination du transfert¹⁰⁹², en vertu desquelles l'Etat d'accueil s'engage formellement à ne pas soumettre la personne qui lui sera remise à des actes de torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ces assurances diplomatiques prennent des formes variées, qu'il s'agisse d'engagements écrits ou de simples promesses verbales. Elles sont censées réduire la probabilité que la personne soit torturée à son retour.

Ce recours aux assurances diplomatiques appelle cependant les plus grandes réserves. La première réserve tient au fait que « *la perception de la nécessité de telles assurances est en elle-même une reconnaissance du fait que la torture et autres mauvais traitements existent* »

¹⁰⁸⁹ C'est notamment l'argumentation qui a été développée par l'Italie dans l'affaire *Saadi op. cit.* de la Cour EDH, §§ 120-122.

¹⁰⁹⁰ Nations Unies, Comité contre la torture, Observation générale n° 2, *op. cit.*, § 19.

¹⁰⁹¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (Rapp. Lord John Tomlinson)*, doc. 12712, 16 sept. 2011, § 45.

¹⁰⁹² V. K. R. Hawkins, « The Promises of Torturers : Diplomatic Assurances and the Legality of "Rendition" », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 20, n° 2, 2006, pp. 213-268 ; J. C. Kim, « Non-Refoulement under the Convention against Torture : How US Allowances for Diplomatic Assurances Contravene Treaty Obligations and Federal Law », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, n° 3, 2007, pp. 1227-1261.

dans l'Etat de destination »¹⁰⁹³. Tout d'abord, outre le fait que « chercher à obtenir de telles assurances peut être considéré comme la reconnaissance tacite par l'Etat d'envoi que la personne transférée court effectivement le risque d'être torturée »¹⁰⁹⁴, la valeur de ces assurances diplomatiques s'avère problématique.

Il s'agit en effet d'un engagement formel de l'Etat d'accueil, non-contraignant sur le plan juridique et dont le respect relève en définitive du ressort de la bonne foi et de la confiance mutuelle entre Etats. Leur éventuelle violation ne comporte ainsi aucune conséquence juridique ni aucune sanction. En fait, en dehors de mesures de contrôles très sophistiquées, comme une surveillance vidéo permanente du détenu, la surveillance est impossible à pratiquer dans la plupart des cas¹⁰⁹⁵, la torture étant par nature clandestine. En outre, les contrôles sur place qui consistent en des visites de représentants de l'Etat d'envoi auprès du détenu dans l'Etat de destination ne s'avèrent à l'évidence pas suffisants pour protéger l'individu en cause contre la torture, de manière efficace, en raison de leur caractère périodique.

La jurisprudence de la Cour EDH relative à ces assurances diplomatiques s'avère moins tranchée. Si la Haute juridiction a considéré, dans certaines affaires, que les assurances diplomatiques contre la torture n'offraient pas de garanties suffisamment fiables contre le risque de mauvais traitements pour satisfaire à l'obligation de non-refoulement¹⁰⁹⁶, elle ne les a cependant pas totalement exclues en tant que telles. La jurisprudence récente de la Cour EDH, telle qu'elle ressort notamment de son arrêt rendu le 28 février 2008 en l'affaire *Saadi c. Italie*¹⁰⁹⁷, confirmé par l'arrêt *Ben Khemais c. Italie* du 24 février 2009¹⁰⁹⁸, apporte cependant d'utiles éclaircissements s'agissant de la valeur à accorder aux assurances diplomatiques.

Dans l'affaire *Saadi*, le gouvernement italien avait considéré que l'allégation du requérant – selon laquelle la décision des autorités italiennes de l'expulser vers la Tunisie l'exposait au risque d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention – ne s'avérait pas fondée car il avait obtenu des assurances diplomatiques de la part des autorités tunisiennes garantissant que le requérant ne serait pas soumis à de mauvais traitements. En l'espèce, deux notes verbales du ministre tunisien des affaires étrangères adressées à l'ambassade italienne à Tunis faisaient valoir que les lois tunisiennes actuellement en vigueur protégeaient les droits des détenus en Tunisie et leur assuraient des procès justes et équitables. Elles rappelaient également que la Tunisie avait adhéré aux traités et conventions internationaux pertinents¹⁰⁹⁹.

La Cour EDH a cependant conclu que ces déclarations n'étaient pas concluantes et a considéré, à juste titre, que « les autorités tunisiennes n'avaient pas fourni de telles

¹⁰⁹³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (Rapp. Lord John Tomlinson)*, doc. 12712, 16 sept. 2011, § 45.

¹⁰⁹⁴ Nations Unies, ECOSOC, *Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte anti-terroriste*, E/CN.4/2005/103, 7 févr. 2005.

¹⁰⁹⁵ Commission européenne de la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Avis sur les obligations légales internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique des prisonniers adopté par la Commission de Venise, lors de sa 66^{ème} session plénière*, Venise, 17-18 mars 2006, avis n°363/2005, CDL-AD(2006)009, § 140.

¹⁰⁹⁶ V. par exemple l'affaire Cour EDH (Grde Ch.), *Saadi c. Italie*, 28 févr. 2008 ou encore Cour EDH, 24 févr. 2009, *Ben Khemais c. Italie*, req. 246/09.

¹⁰⁹⁷ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, *op. cit.*

¹⁰⁹⁸ Cour EDH, *Ben Khemais c. Italie*, *op. cit.*

¹⁰⁹⁹ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, *op. cit.*, §§ 54-55.

assurances»¹¹⁰⁰. Elle a ensuite rappelé : « *L'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux, garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux, ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque, comme en l'espèce, des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention* »¹¹⁰¹.

La Cour EDH a enfin précisé que même si les autorités tunisiennes avaient donné les assurances diplomatiques sollicitées par l'Italie, cela ne l'aurait toutefois pas dispensée d'examiner si de telles assurances fournissaient, dans leur application effective, « *une garantie suffisante quant à la protection du requérant contre le risque de traitements interdits par la Convention. Le poids à accorder aux assurances émanant de l'Etat de destination dépend en effet, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée* »¹¹⁰².

Le Parlement européen a, quant à lui, adopté une position catégorique au sujet des assurances diplomatiques. Après avoir mis en exergue les caractères de norme impérative et indérogeable de l'interdiction de la torture et le fait que l'obligation de protéger contre la torture, d'enquêter sur les cas de torture et de les sanctionner constituait une obligation incombant à tous les Etats (*erga omnes*), il a en effet considéré que « *l'utilisation d'assurances diplomatiques [était] incompatible avec cette obligation* »¹¹⁰³. Il a notamment appelé le Conseil à adopter une position commune « *excluant l'acceptation de simples assurances diplomatiques fournies par des pays tiers comme condition de l'application d'une quelconque mesure d'extradition légale lorsqu'il existe des motifs sérieux de penser que les individus concernés seraient menacés de faire l'objet d'actes de torture ou de mauvais traitements* »¹¹⁰⁴. Son appel est, à ce jour, resté sans réponse de la part du Conseil.

Au final, il apparaît que le recours aux assurances diplomatiques tend à se substituer, dans les faits, au respect de l'obligation de non-refoulement et à atténuer considérablement la portée de cette obligation, en violation des instruments internationaux. Les restitutions impliquant un risque de torture, quand bien même seraient-elles « *couvertes* » par des assurances diplomatiques, constituent en fait une violation de la Convention contre la torture, dès lors qu'il existe des éléments de preuve étayés selon lequel un pays pratique ou tolère la torture à l'encontre de certaines catégories de détenus. Il convient ainsi de considérer que les Etats ne sauraient s'en remettre aux assurances diplomatiques comme mesures de protection contre la torture et que le principe de non-refoulement doit être strictement respecté dès lors qu'il y a de solides raisons de croire qu'une personne risquerait d'être soumise à torture ou aux mauvais traitements à son retour¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, § 147.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, § 147.

¹¹⁰² *Ibid.*, § 148.

¹¹⁰³ Parlement européen, Résolution 2006/2200 (INI) du 14 févr. 2007 sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, considérant G). V. aussi Parlement européen, Résolution du 11 sept. 2012 sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE, dans laquelle le Parlement considère que ces assurances diplomatiques sont incompatibles « avec l'interdiction absolue de la torture inscrite dans le droit international, le droit de l'Union, les constitutions nationales et les législations des Etats membres », considérant L.

¹¹⁰⁴ Parlement européen, Résolution 2006/2200 (INI) du 14 févr. 2007 sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, § 21.

¹¹⁰⁵ Nations Unies, Rapporteur spécial Manfred Nowak, Rapport sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/60/316, 30 août 2005, § 51.

Vers l'établissement et une mise en œuvre effective des responsabilités respectives des Etats et services spéciaux impliqués dans la pratique des restitutions extraordinaires ?

L'examen du corpus normatif international et européen applicable aux restitutions extraordinaires, particulièrement la large portée de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, son caractère absolu et insusceptible de dérogations, permet de contrecarrer avec force toutes les tentatives de justification de la torture présentées par les Etats au nom de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme.

Un regard croisé sur l'action des instances internationales et européennes montre qu'elles ont dénoncé, de manière convergente, les restitutions extraordinaires qui emportent violation de nombreuses normes relatives aux droits de l'homme, particulièrement celles relatives à l'interdiction de la torture.

S'agissant de l'Union européenne, il faut toutefois déplorer le silence relatif de certaines institutions, comme le Conseil de l'Union européenne, qui s'est avéré dans l'incapacité, en raison de l'opposition de certains Etats membres, d'adopter une prise de position claire sur les restitutions extraordinaires. Il peut également être regretté le manque de coopération entre cette institution et le Parlement européen dans le cadre de l'examen par celui-ci des détentions secrètes, qui a d'ailleurs été fréquemment dénoncé¹¹⁰⁶.

Si le Conseil a en effet admis le 15 septembre 2006 que « l'existence de lieux de détention secrets où les personnes détenues sont maintenues dans un vide juridique est contraire au droit humanitaire international ainsi qu'au droit pénal international »¹¹⁰⁷, le Parlement faisait encore état, en 2009, du fait que le Conseil n'avait pas « reconnu ni condamné l'implication de certains Etats membres dans le programme de la CIA, alors même que les autorités politiques et judiciaires de ces Etats membres ont reconnu l'utilisation de l'espace aérien et du territoire de pays européens par la CIA »¹¹⁰⁸. Dans sa résolution du 11 septembre 2012, le Parlement européen demande expressément au Conseil de faire « enfin une déclaration admettant

¹¹⁰⁶ V. par exemple, la résolution du 19 févr. 2009 du Parlement européen sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, dans laquelle le Parlement « dénonce l'inaction des Etats membres et du Conseil qui n'ont encore rien fait pour faire toute la lumière sur le programme des restitutions extraordinaires et mettre en œuvre les recommandations du Parlement ; déplore que le Conseil n'ait pas apporté de réponses satisfaisantes au Parlement, le 3 févr. 2009 » (§ 1) et dans laquelle il invite subséquemment « les Etats membres, le Conseil et la Commission à mettre pleinement en œuvre les recommandations formulées par le Parlement dans sa résolution du 14 févr. 2007, et à contribuer à établir la vérité en ouvrant des enquêtes ou en coopérant avec les organes compétents, en divulguant et en fournissant toutes les informations pertinentes, ainsi qu'en assurant un contrôle parlementaire efficace sur les activités des services secrets ; invite le Conseil à révéler toutes les informations pertinentes sur le transport et la détention illégale de prisonniers [...] ; invite les Etats membres et les institutions de l'Union à coopérer avec tous les organes internationaux compétents, notamment les Nations Unies et le Conseil de l'Europe, et à transmettre au Parlement européen toute information, rapport d'enquête parlementaire ou jugement pertinent » (§ 2).

¹¹⁰⁷ Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Projet de rapport 2012/2033 (INI) du 23 avr. 2012 sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la Commission TDIP du Parlement européen, Rapporteuse : Hélène Flautre, Considérant D).

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

l'implication des Etats membres dans le programme de la CIA »¹¹⁰⁹.

Les restitutions extraordinaires et les détentions secrètes qui se sont déroulées dans leur contexte demeurent ainsi, en 2012, une préoccupation toujours actuelle des instances européennes. Leur travail se focalise à présent sur la question de l'établissement et de la mise en œuvre effective de la responsabilité dans les violations des droits de l'homme commises par les Etats et les agents des services spéciaux qui ont participé, directement ou indirectement, au programme des restitutions extraordinaires.

Depuis qu'il a rendu son rapport sur la question des restitutions extraordinaires en 2007, le Parlement européen n'a en effet eu de cesse de demander que des enquêtes approfondies sur la collaboration de certaines agences et de certains gouvernements nationaux avec le programme de la CIA soient menées. Peu de progrès ont cependant été enregistrés sur ce point à ce jour. Dans une résolution sur Guantanamo adoptée le 9 juin 2011, le Parlement européen a ainsi constaté qu'en dépit des « *preuves selon lesquelles des violations des droits de l'homme extrêmement graves et des délits en droit international auraient été commis dans la lutte contre le terrorisme, tels que la torture, les mauvais traitements, la détention au secret et les disparitions forcées, rares sont les personnes à avoir été traduites en justice dans ce cadre, que ce soit aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne* »¹¹¹⁰.

Ce faisant, le Parlement européen invitait « *les autorités de l'Union européenne et des Etats membres, ainsi que les autorités américaines, à veiller à ce que des enquêtes complètes, équitables, effectives, indépendantes et impartiales soient menées dans les cas de violations des droits de l'homme et de délits commis à l'encontre du droit international, du droit européen et du droit national, et à traduire en justice leurs auteurs, y compris dans le cadre des restitutions extraordinaires et du programme des prisons secrètes de la CIA* »¹¹¹¹.

En septembre 2012, le Parlement déplore cependant encore le fait que les Etats membres n'aient pas « *correctement respecté, jusqu'à présent, l'obligation formelle qui leur incombe d'enquêter sur les graves violations des droits de l'homme liées au programme de la CIA* »¹¹¹² et regrette « *à cet égard les retards pris pour faire toute la lumière dans cette affaire afin d'apporter dans les meilleurs délais une pleine réparation aux victimes, et notamment, le cas échéant, des excuses et une indemnisation* »¹¹¹³. L'assemblée européenne exhorte donc de nouveau les Etats membres à « *enquêter sur l'existence de prisons secrètes sur leur territoire ou sur le déroulement d'opérations au cours desquelles des personnes ont été détenues dans des infrastructures situées sur leur territoire dans le cadre du programme de la CIA* »¹¹¹⁴.

Cinq ans après avoir rendu son rapport révélant l'existence de restitutions extraordinaires et de détentions secrètes, le Parlement européen, fort de nouvelles informations s'inscrivant dans le sens de la complicité des gouvernements européens dans le programme américain des restitutions extraordinaires, a ainsi repris et approfondi le suivi politique et institutionnel du dossier des restitutions extraordinaires et des détentions secrètes

¹¹⁰⁹ Parlement européen, Résolution du 11 sept. 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE*, § 23.

¹¹¹⁰ Parlement européen, Résolution du 9 juin 2011 *sur Guantanamo: décision imminente en matière de peine de mort*, § 7, doc. P7_TA(2011)0271.

¹¹¹¹ Parlement européen, Résolution du 9 juin 2011 *sur Guantanamo: décision imminente en matière de peine de mort*, considérant L), § 7, doc. P7_TA(2011)0271

¹¹¹² Parlement européen, Résolution du 11 sept. 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE*, § 7.

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ *Ibid.*, § 11. Le Parlement européen vise expressément certains Etats membres en les appelant à ouvrir ou rouvrir des enquêtes nationales. Il s'agit de la Roumanie, de la Pologne, de la Lituanie, du Portugal, du Royaume-Uni, de l'Italie, de l'Espagne et de Chypre.

par la CIA au sein de l'Union européenne. Il a notamment adopté, dans sa résolution du 11 septembre 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens*, le rapport rendu le 2 août 2012 par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures qui fait toute la lumière sur l'implication et la collaboration des Etats européens dans le cadre des transferts illégaux et de détentions secrètes par la CIA ayant conduit à de multiples violations des droits de l'homme.

Relayant les travaux¹¹¹⁵ et conclusions du rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, le Parlement européen sollicite à présent la pleine et entière collaboration des institutions de l'Union¹¹¹⁶ au processus d'établissement de la vérité et de mise en lumière des responsabilités respectives des Etats membres.

Dans sa résolution du 11 septembre 2012, le Parlement européen invite ainsi expressément le Conseil de l'Union européenne à aborder la question de la prise de responsabilité dans les Etats membres lors des réunions du Conseil Justice et Affaires intérieures, à partager toutes les informations et à apporter son soutien aux enquêtes¹¹¹⁷. Il lui demande par là même d'« *organiser l'audition des agences européennes de sécurité concernées, et notamment d'Europol, d'Eurojust et du coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme, afin de faire la clarté sur ce qu'elles savent de l'implication des Etats membres dans le programme de la CIA et des réactions de l'Union [...]* »¹¹¹⁸.

Parallèlement, la Commission européenne est invitée, à la lumière des lacunes institutionnelles révélées dans le contexte du programme de la CIA, à adopter différentes mesures « *ayant pour but de renforcer la capacité de l'Union à prévenir et à réparer les violations des droits de l'homme au niveau de l'Union* »¹¹¹⁹. Le Parlement recommande en outre que les initiatives de la Commission s'inscrivent dans le cadre « *d'un programme et d'une stratégie plus larges visant l'établissement des responsabilités pour les violations des droits de l'homme commises dans le programme de la CIA [...]* »¹¹²⁰.

Le Parlement européen demande par ailleurs au Médiateur européen d'« *enquêter sur le non-respect des droits fondamentaux et des principes de bonne administration et de coopération loyale par la Commission, le Conseil et les agences de sécurité de l'Union,*

¹¹¹⁵ Le 12 juillet 2011, la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures a adopté une résolution qui énonce en substance que la politique anti-terroriste doit correspondre aux menaces terroristes. Dans ce cadre, la Commission parlementaire a demandé à la Commission européenne de dresser un aperçu des différentes politiques anti-terroristes existant en Europe, aux niveaux européen et national, qui constituera une base permettant d'évaluer, de manière appropriée, la politique anti-terroriste, en vue de déterminer notamment si les mesures qui ont été prises s'avéraient basées sur des preuves ou sur de simples suppositions. Cette résolution est intéressante car elle fait également valoir que l'Union et les Etats membres doivent « *établir clairement quel a été leur rôle dans le programme des restitutions extraordinaires de la CIA, au vu des nouvelles preuves révélées dans ce domaine* ». La résolution a été adoptée par 29 voix pour et 24 contre. V. Parlement européen, Communiqué de presse du 12 juil. 2011 : « La politique anti-terroriste a besoin d'une évaluation appropriée ».

¹¹¹⁶ Le Parlement européen envoie d'ailleurs dans ce cadre un message très clair au Conseil de l'Union européenne en faisant valoir qu'il « *attend des excuses de la part du Conseil* », celui-ci ne s'étant jamais officiellement excusé d'avoir violé le principe relatif à la coopération loyale entre les différentes institutions de l'Union « *lorsqu'il a essayé d'induire en erreur le Parlement en lui fournissant des versions intentionnellement tronquées des procès-verbaux des réunions du COJUR (Groupe de travail du Conseil sur le droit public international) et du COTRA (Groupe de travail « Relations transatlantiques» avec de hauts fonctionnaires américains* ». Parlement européen, Résolution du 11 sept. 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE*, § 22.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, § 24.

¹¹¹⁸ Parlement européen, Résolution du 11 sept. 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE*, § 25.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, § 35.

¹¹²⁰ *Ibid.*, § 31.

notamment Europol et Eurojust, dans leur réponse aux recommandations de la commission TDIP»¹¹²¹.

Le Conseil de l'Europe s'est également fait l'écho de certaines des préoccupations et demandes du Parlement européen. Dans un rapport rendu le 16 septembre 2011¹¹²², le rapporteur, M. Dick Marty, a en effet mis en évidence le fait que les services secrets et les agences de renseignement devaient à présent rendre des comptes pour les violations des droits de l'homme commises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, comme la torture, les enlèvements ou les restitutions. Il a notamment dénoncé l'invocation injustifiée et fréquente par les Etats de la doctrine du « *secret d'Etat* » qui fait bien souvent obstacle aux enquêtes menées au niveau national¹¹²³ et démontré qu'il était possible d'instaurer des procédures judiciaires et parlementaires assurant la protection des secrets d'Etats « *légitimes* » sans que la responsabilité des agents de l'Etat soit toutefois exonérée dès lors que des allégations de torture, d'enlèvements ou d'autres violations des droits de l'homme sont en cause.

Enfin, la Cour EDH devrait, dans les mois qui viennent, inaugurer une nouvelle jurisprudence relative à la responsabilité des Etats membres du Conseil de l'Europe pour leur implication dans le programme des restitutions extraordinaires dirigé par les Etats-Unis. Deux affaires concernant spécifiquement des cas de restitutions extraordinaires sont actuellement pendantes devant la Cour¹¹²⁴ et trois nouvelles requêtes, alléguant notamment des mauvais traitements dans le cadre du programme des détentions secrètes, ont récemment été introduites¹¹²⁵.

Il reste à espérer que cette jurisprudence à venir aura un effet préventif rappelant aux Etats leurs obligations internationales et européennes, notamment l'obligation positive qui leur incombe aux termes de la Convention des Nations Unies contre la torture¹¹²⁶, de la CEDH, et partant de l'article 6 TUE, de mener une enquête indépendante et impartiale sur les allégations de violations graves des droits de l'homme liées au programme de la CIA et d'apporter une réparation adéquate aux victimes.

Le Parlement européen ne manque pas d'ailleurs de rappeler qu'« *en ne révélant pas la vérité concernant l'implication européenne dans le programme de la CIA, les Etats membres et l'Union enfreignent le principe de coopération sincère et loyale consacré par l'article 4, paragraphe 3, du TFUE* »¹¹²⁷, qui fait obligation aux Etats membres et aux institutions de l'Union européenne de prendre des mesures pour assurer le respect des obligations qui leur incombent en vertu des traités, notamment le respect des droits de l'homme.

Ce sont là autant d'éléments qui s'inscrivent dans le sens d'un rappel bienvenu de

¹¹²¹ *Ibid.*, § 38.

¹¹²² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Les recours abusifs au secret d'Etat et à la sécurité nationale : obstacles au contrôle parlementaire et judiciaire des violations des droits de l'homme*, Rapport (Dick Marty), doc. 12714, 16 sept. 2011.

¹¹²³ Le rapport invite ce faisant les parquets lituanien, polonais, portugais et espagnol à persévérer dans la recherche de la vérité et invite les autorités américaines à coopérer avec eux.

¹¹²⁴ Il s'agit des affaires *Nasr et Ghali c. Italie* et *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* précitées. V. *supra* note de bas de page n°62.

¹¹²⁵ Il s'agit de l'affaire *Al-Nashiri c. Pologne* introduite devant la Cour le 6 mai 2011 (req. n°28761/11), de l'affaire *Abu Zubaydah c. Lituanie* introduite devant la Cour le 28 octobre 2011 et de l'affaire *Al-Nashiri c. Roumanie* introduite devant la Cour le 2 août 2012 (req. n°33234/12).

¹¹²⁶ L'article 12 de la Convention énonce expressément : « *Tout Etat partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire sous sa juridiction* ».

¹¹²⁷ Parlement européen, Résolution du 11 sept. 2012 *sur des allégations de transport et de détention illégale de prisonniers par la CIA dans des pays européens : suivi du rapport de la commission TDIP du PE, op. cit.*, considérant F.

certaines principes fondamentaux qui doivent incontestablement guider tant l'action de l'Union européenne en matière de respect des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme que celle des États membres. Il va en effet de soi « *qu'un processus adéquat de responsabilité est essentiel pour préserver la confiance des citoyens dans les institutions démocratiques de l'Union, pour protéger et promouvoir efficacement les droits de l'homme dans les politiques internes et externes de l'Union et pour garantir l'adoption de politiques de sécurité légitimes et efficaces fondées sur l'Etat de droit* »¹¹²⁸.

Isabelle Moulier

¹¹²⁸ *Ibid.*, considérant C.

Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les Etats-Unis

La présente note est consacrée au dernier accord PNR en date. Elle fait suite à une étude publiée en 2011 sur les accords euro-américains de transfert et de traitement des données numériques (PNR – passagers aériens et SWIFT- messagerie financière)¹¹²⁹, déjà l'objet de difficiles renégociations entre les partenaires transatlantiques. Le nouveau projet d'accord¹¹³⁰ a été approuvé en plénière par le Parlement européen le 19 avril 2012 par 409 voix contre 226 et 33 abstentions¹¹³¹, pour être soumis au Conseil Justice et affaires Intérieures le 26 avril 2012 pour conclusion. Le Conseil a adopté sans discussion la décision de conclusion du nouvel accord PNR UE-USA entré en vigueur le 1^{er} juin 2012¹¹³².

Les très fortes réserves émises par les instances consultatives, le fait que la rapporteure Sophie In't Veld (ADLE, NL), qui n'a pas été suivie par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, ait indiqué après le vote en plénière de la résolution législative du 19 avril 2012 se dissocier du contenu du texte non conforme à sa recommandation de refus d'approbation, de même que les objections formulées par les ONG telles European Digital Rights (EDRI)¹¹³³ et Digitale Gesellschaft (Allemagne), ou encore l'évaluation largement négative d'une expertise universitaire portée à la connaissance des membres du Parlement européen¹¹³⁴, tout comme enfin la division des eurodéputés, attestée par le scrutin final, renforce l'impression d'un divorce culturel, certes irréductible pour une partie de l'hémicycle européen, mais réductible pour une majorité d'élus-, entre les Etats-Unis et l'Union européenne, à la recherche d'une hypothétique conjugaison entre la sécurité internationale et les droits fondamentaux, entre la lutte contre le terrorisme et la protection des données personnelles numériques. Qu'on en juge par l'inventaire des raisons

¹¹²⁹ M.-F. Labouz, « La renégociation des Accords entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le transfert et le traitement des données personnelles numériques : le transport aérien de passagers (PNR) et la messagerie financière (SWIFT) », *The European Review*, vol 16, n° 1-2, 2011 p. 45-69. SWIFT est le sigle de *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*. Après le rejet par le Parlement européen de l'accord intérimaire, un accord sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux Etats-Unis aux fins du programme de surveillance de financement du terrorisme - TFTP - a été publié au JO du 27 juil. 2010.

¹¹³⁰ *Agreement between the United States of America and the European Union on the use and transfer of Passenger Name Records to the United States Department of Homeland Security*, Texte in Council of the European Union, 8/12/2011, 17434/11/Accord entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers (données PNR) et leur transfert au Ministère américain de la sécurité intérieure.

¹¹³¹ La résolution législative du Parlement européen a été votée par les conservateurs et les sociaux-démocrates.

¹¹³² Selon l'article 27-1, l'accord qui remplace celui de 2007 appliqué à titre *provisoire* « entre en vigueur le premier jour du mois suivant la date à laquelle les parties ont échangé les notifications indiquant qu'elles ont parachevé leurs procédures internes à cet effet ». Trois Etats membres, le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande peuvent choisir d'être liés par l'accord.

¹¹³³ V. le tableau comparatif des principales dispositions contenues dans les accords PNR de 2004, 2007 et 2011 in Observatoire sur l'échange de données sur les passagers PNR avec les USA in *Statewatch monitoring the state and civil liberties in Europe* (<http://www.statewatch.org>).

¹¹³⁴ Notamment G. Hornug, F. Boehm, Comparative study, Passau, Luxembourg, 21 p., accessible en ligne sur le site www.statewatch.org et sur celui du groupe Les Verts au Parlement européen (<http://www.gruene-europa.de>).

essentiellement juridiques de l'opposition au projet d'accord PNR euro-américain de 2011 (I) et celui des raisons essentiellement politiques et commerciales fondant l'approbation du texte renégocié (II), augurant un avenir incertain pour ce chantier de la protection des données personnelles (III).

I

Dès le 16 mai 2011, le service juridique de la Commission européenne adresse une note de mise en garde au Directeur Général de la Direction Générale Affaires Intérieures, assurant que le projet d'accord dans sa forme actuelle n'est pas compatible avec les droits fondamentaux de l'Union européenne¹³⁵. Le 13 décembre 2011, le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) rend à son tour un avis réservé¹³⁶. Il y note certes les quelques améliorations apportées au projet d'accord PNR de 2007. Ce dernier avait été appliqué provisoirement depuis le report du vote d'approbation du Parlement européen le 5 mai 2010¹³⁷, puis renégocié le 28 novembre 2011 après les objections parlementaires adressées en mai 2011 à une version intérimaire, finalement signée le 14 décembre 2011 par le Conseil¹³⁸.

Mais le Contrôleur européen relève lui aussi la durée excessive (15 ans) de conservation des données dans la lutte contre le terrorisme. Dénonçant un champ d'application matériel trop large¹³⁹ (articles 2 et 4), le CEPD marque sa préférence pour un domaine voué surtout à la lutte contre le terrorisme et strictement limité à la criminalité transnationale grave. Quant aux données à transmettre (soit 19 types), elles incluent à tort les données sensibles. Elles sont à vrai dire très intrusives selon l'article 6 (origine raciale, ou ethnique, opinions politiques, convictions religieuses et philosophiques, appartenance syndicale, état de santé, orientation sexuelle), même si leur protection formelle, peut-on penser, avec masque dans les dossiers, accès au cas par cas, effacement après réception¹⁴⁰) s'incline devant des circonstances exceptionnelles au jugement et à la décision du DHS des Etats-Unis (*Department of Homeland Security*).

Si encore en principe la méthode de transfert *push*¹⁴¹ est bien retenue par le projet examiné (article 15-1), le même texte semble ménager une véritable exception *pull*¹⁴² à l'article 15-5 pour permettre aux autorités américaines d'accéder aux données PNR en certaines circonstances non exclusivement exceptionnelles, ce que certains nomment de manière imagée « *procédure d'aspiration des données* ». Ainsi encore si les passagers disposent bien d'un recours juridictionnel de réparation, le projet d'accord pose néanmoins des limites à son exercice.

Et surtout, le texte de 2011 réserve au ministre américain de la sécurité intérieure le transfert des données aux agences américaines (CIA et FBI notamment) et aux Etats tiers

¹³⁵ <http://statewatch.org/news/2011/jun/03eu-us-pnr-com-ls.htm>. Note in <http://www.edri.org> (EDRI pour European Digital Rights).

¹³⁶ <http://www.edps.europa.eu>.

¹³⁷ Voir M.-F. Labouz, *op. cit.*, p. 51 et s.

¹³⁸ Conseil de l'Union européenne, 18454/11, Presse 490, 13 déc. 2011.

¹³⁹ En ce sens, G. Hornug, F. Boehm, *op. cit.*, p. 9 : « *The 2007 agreement extended these purposes to the protection of the vital interests of the data subject or other persons as well as to the use in any criminal judicial proceeding, or as otherwise required by law* ».

¹⁴⁰ G. Hornug, F. Boehm, *op. cit.*, p. 14 sur le risque d'extension indéfinie de la rétention « *in the case of frequent travellers* ».

¹⁴¹ Selon la méthode de *transfert push*, les données PNR sont transférées aux autorités américaines à partir des bases de données numériques des transporteurs aériens, permettant un certain filtrage européen.

¹⁴² Avec la *méthode pull*, les Etats-Unis ont un accès direct aux données des transporteurs.

(article 17), sans garantie effective d'un niveau de protection équivalent à celui de l'Union européenne¹⁴³, comme l'avaient pourtant demandé les contrôleurs des données personnelles dans les Etats membres de l'Union européenne et à plusieurs reprises le Parlement européen, notamment dans ses résolutions du 5 mai et du 11 novembre 2010¹⁴⁴.

Le 1 février 2012, la rapporteure de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen¹⁴⁵, prend soin de s'appuyer sur la démarche globale de la Commission européenne en matière de transfert aux pays tiers des données PNR¹⁴⁶ ainsi que sur l'avis largement négatif du 6 janvier 2012 du groupe de travail dit article 29 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractères personnel¹⁴⁷.

Le groupe 29 a approuvé l'opinion émise par le CEPD et insisté sur le critère essentiel du respect total de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne, estimant que les atteintes à la protection de la vie privée lors d'un transfert de masse sont assujetties aux conditions qu'il faut prouver de nécessité et de proportionnalité, preuves absentes en l'occurrence dans la mesure où la Commission européenne se serait contentée de garanties insuffisamment définies et donc incertaines face à un *profiling* (ou *profilage*) qui n'est pas formellement interdit par le projet d'accord mais néanmoins présenté comme illégal par la Commission européenne¹⁴⁸.

La rapporteure sur le fondement des articles 16 TUE et 7 et 8 de la Charte¹⁴⁹, refuse donc de recommander l'approbation de la conclusion de l'accord par Parlement européen, exigée par l'art 218-6 TFUE. Dans l'exposé des motifs, est rappelée entre autres, la nécessité d'un « *constat d'adéquation spécifique* » pour chaque transfert ultérieur à un autre pays tiers et sur l'exigence de réciprocité au profit des deux partenaires transatlantiques, deux exigences qui figurent bien dans l'accord mais sans garantie d'effectivité (articles 19 et 20). En outre subsiste une interrogation : depuis le Patriot Act, les lois américaines successives permettraient-elles effectivement un accès direct aux données de réservation des agences des Compagnies aériennes, basées aux Etats-Unis ?

En vérité, il faut comprendre que la Commission européenne n'a pu obtenir de son partenaire américaines ce qu'elle obtint de l'Australie avec qui un accord PNR a pu être conclu le 13 septembre 2011¹⁵⁰ dans le respect des critères formulés par le Parlement européen

¹⁴³ Selon l'article 17-1, les dossiers passagers peuvent être transférés aux autorités publiques de pays tiers sous condition de compatibilité avec l'accord et « *après avoir obtenu l'assurance que le destinataire a l'intention d'utiliser ces dossiers conformément aux dispositions du présent accord* » : compatibilité ou conformité ?

¹⁴⁴ M.-F. Labouz, op. cit., p. 51-53.

¹⁴⁵ Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE), Projet de recommandation, 2011/0382 (NLE) du 1^{er} févr. 2012, Rapporteure Sophia in't Veld.

¹⁴⁶ Communication de la Commission européenne du 21 sept. 2010 (COM (2010) 492 final intitulée « *The global approach to transfers of Passenger Name Record (PNR) data to third countries* », V. M.-F. Labouz, op. cit., p. 53 et 54.

¹⁴⁷ Avis du 6/1/2012 adressé à la Commission des libertés civiles. Le secrétariat du groupe de l'article 29 est assuré par la Direction C (Fundamental rights and Union Citizenship) de la Direction Générale Justice de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/index>).

¹⁴⁸ Communiqué du 17 novembre 2011, IP/11/1368.

¹⁴⁹ L'article 8-2 de la Charte des droits Fondamentaux de l'Union européenne exige des données à caractère personnel qu'elles fassent l'objet d'un traitement loyal, à des fins déterminées avec droit d'accès et de rectification. L'article 8-3 stipule sur un contrôle de ces règles par une autorité indépendante.

¹⁵⁰ Conseil de l'Union européenne, JAI 314, 10093, 13 sept. 2011, *Agreement between the European Union and Australia on the processing and transfer of Passengers Name Record (PNR) data by air carriers to the Australian Customs and Border Protection Service*.

et en phase avec sa propre démarche globale¹⁵¹ qui est donc abandonnée ici. Ultime paradoxe, le Parlement européen dont plusieurs résolutions sur le sujet insistent sur le nécessaire respect des principes inspirant « *la démarche globale* » de la Commission européenne adoptée le 21 septembre 2010 (finalités exclusives, nécessité et proportionnalité, transfert par le système push, réciprocité, consultation des données et droit de recours, interdiction de la surveillance généralisée et du profilage, conservation limitée des données, transfert aux tiers au cas par cas) fonde son approbation du projet d'accord de 2011 sur cette démarche globale dont les principes directeurs sont au mieux écornés, au pire abandonnés.

La rapporteure, de la Commission LIBE considère que le projet présenté est même en retrait par rapport au premier accord PNR de 2004, censuré par la CJCE en 2006¹⁵². Alors que l'accord entre l'Union européenne et l'Australie interdit le prélèvement des données dites sensibles (convictions religieuses, rites alimentaires, données médicales), celles-ci sont autorisées par l'article 6 de l'accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis (V. aussi annexe 1). Quant à la méthode de prélèvement *push* déjà évoquée (article 15), la Commission européenne y apprend-t-on, n'aurait pas les moyens de la faire respecter par les transporteurs aériens, lesquels préfèrent sans doute les demandes *ad hoc* « *très fréquentes* » des Etats-Unis en vertu de la méthode *pull*¹⁵³.

Ainsi, encore s'agissant de la conservation longue des données, en conjuguant éventuellement une période active de cinq ans et une période dormante d'une durée pouvant atteindre dix ans (article 8), si certes après les six premiers mois, il y a bien « *dépersonnalisation* » des données, puis interdiction de « *repersonnaliser* » les données de la base dormante, rendant l'accès progressivement plus sélectif et l'utilisation contrôlée, le texte du § 3 ménage pour une durée de cinq ans maximum une exception dans le cadre d'opération des services répressifs. Enfin, ces principes, s'est-on demandé, s'appliqueront-ils aux pays tiers à qui les données auront été transférées par les Etats-Unis ?

Il y aurait donc bien reculé par rapport au premier accord de 2004 qui prévoyait une conservation courte, une « *base dormante* » de huit ans et finalement la destruction à terme des données, des dispositions considérées à l'époque comme déjà disproportionnées. En matière de recours disponibles, (articles 13 et 14), une incertitude demeure sur leur effectivité future, en raison de la nature *self executing* de l'accord qui n'exige pas pour des Etats-Unis de saisir le Congrès, qui néanmoins assure de s'impliquer dans le contrôle de l'application de l'accord.

Last but not least, le 25 janvier 2012, l'Association européenne pour la défense des droits de l'Homme (AEDH)¹⁵⁴ a appelé au rejet du projet d'accord par le Parlement européen, faute d'amélioration notable des garanties, conformément à la législation européenne et à la convention 108 du Conseil de l'Europe du 28/1/1981, entrée en vigueur le 1/10/1985 qui inspira

¹⁵¹ COM (2010) 492.

¹⁵² L'arrêt du 30 mai 2006 de la CJCE (aff. C-317/04 et C-318/04) *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne* et *Parlement européen c. Commission européenne* annule la décision du Conseil de conclusion de l'accord et la décision de la Commission européenne sur le niveau de protection adéquat fondé à tort sur l'article 25 de la directive de 1995, inapplicable aux données personnelles relevant de la sécurité publique, M.-F. Labouz, *op. cit.*, p 48.

¹⁵³ Celle-ci qui n'est pas nommée est néanmoins autorisée au-delà des circonstances exceptionnelles par l'article 15-5 qui stipule « *le DHS peut exiger si nécessaire et au cas par cas qu'un transporteur fournisse les dossiers passagers entre ou après les transferts réguliers visés au paragraphe 3. Dans tous les cas où les transporteurs sont dans l'incapacité, pour des raisons techniques, de répondre en temps utile aux demandes relevant du présent article en respectant les normes du DHS, ou dans des circonstances exceptionnelles et pour faire face à une menace spécifique, urgente et grave, le DHS peut exiger que les transporteurs fournissent l'accès d'une autre façon* ».

¹⁵⁴ <http://www.aedh.eu>.

la rédaction de la directive 95/46 CE du Conseil et du Parlement européen sur la protection des données personnelles. L'AEDH s'insurge donc contre un traitement de données personnelles sur un nombre indéterminé de personnes non suspectes. Il s'agit là pour l'AEDH d'un « *détournement massif* », voire d'un système absurde. Rejoignant l'avis de la rapporteure de la Commission LIBE, l'AEDH estime que l'Union européenne s'est contentée d'assurances informelles américaines, alors que le texte ménage expressément des dérogations au bénéfice des autorités des Etats-Unis.

II

Mais le 5 mars 2012, la Commission des affaires étrangères¹⁵⁵ communique à la Commission LIBE compétente, son opinion favorable à l'approbation par le Parlement européen en plénière du projet d'accord PNR de 2011, considéré comme un élément essentiel et nécessaire d'une coopération transatlantique efficace dans la lutte commune contre le terrorisme et ce dans le cadre estime-t-on, de « *basic safeguards for the respect of the data protection rights of EU citizens* ».

Le 27 mars 2012, la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen approuve alors le projet de nouvel accord PNR, par trente-et-une voix pour, vingt-trois voix contre et une abstention. Ce vote assez serré augurait des divisions des eurodéputés en plénière. Le vote positif de la Commission des Libertés civiles ne serait pas étranger aux pressions exercées par les Etats-Unis qui auraient menacé l'Union européenne d'une suspension des exemptions de visa en cas de refus d'approbation de l'accord par le Parlement européen, comme le révélait la rapporteure de la Commission parlementaire.

Les débats au Congrès américain dès le printemps 2011 illustraient il est vrai, l'agacement des Etats-Unis, laissant entendre qu'ils n'accepteront aucun changement à l'avenir limitant leur capacité d'identification et d'arrestation de terroristes ou de « *potential terrorists* », au nom de leur priorité de sécurité nationale¹⁵⁶, ce qui a permis selon eux l'appréhension d'individus suspectés d'implication dans les attentats terroristes de Londres et de Bombay. Ce dernier argument sur l'effectivité de la méthode PNR est d'ailleurs repris par les partisans de l'approbation de l'accord de 2011 au Parlement européen mais contesté par les opposants, tant la statistique des résultats, relèvent-ils, est incertaine et le mode opératoire terroriste aussi bien artisanal que sophistiqué.

Or l'on sait que depuis le vote du *Patriot Act* et des Actes subséquents très nombreux (*Homeland Security Act*, *Freedom of Information Act*- ce texte de 2004 est visé notamment aux articles 11 et 13 dans l'accord de 2011-, *Electronic Communications Privacy Act*, *Computer Fraud and Abuse Act*)¹⁵⁷, les droits constitutionnels des citoyens des Etats-Unis ont été érodés, portant atteinte au « *rule of law* » au nom du « *rule by law* » selon la formule d'un avocat pénaliste Charles Lugosi¹⁵⁸. La protection des citoyens européens est donc expressément assujettie dans l'instrument conventionnel de 2011 aux lois des Etats-Unis et son article 21-1 stipule clairement « *this agreement shall not create or confer, under US laws, any right or benefit on any person or entity, private or public* ».

¹⁵⁵ Avis de la Commission des Affaires Etrangères du 5 mars 2012, Rapporteur Traian Ungyeanu (NLE).

¹⁵⁶ Consulter les adresses internet : <http://homeland.house.gov/press-release/lieberman-king-collins-thompson> et <http://homeland.house.gov/press-release/homeland-security-committee>.

¹⁵⁷ G. Hornung, F. Boehm, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁸ Consulter l'adresse internet : <http://jurist.org/sidebar/2011/08/charles-lugosi-rule-of-law.php>

L'article 21-2 dispose au surplus qu'il n'est pas dérogé à l'accord d'entraide judiciaire du 25/6/2003¹⁵⁹. C'est assez dire, sans aller sans doute jusqu'au schisme des relations euro-américaines décrit en matière d'application du droit international humanitaire, par un ancien conseiller juridique du CICR, Gabor Rona¹⁶⁰, que les cultures juridiques différentes des deux partenaires s'agissant des droits fondamentaux¹⁶¹ sont *prima facie* un obstacle à leur pleine coopération antiterroriste, sauf bien sûr aux institutions de l'Union européenne à partager désormais l'impératif sécuritaire au prix de quelques accommodements en matière de droits fondamentaux, ce que montreraient finalement le dialogue politique euro-américain¹⁶² et l'intensification des contacts entre policiers, magistrats, douaniers des deux rives, dans le cadre du dispositif institutionnel du Partenariat transatlantique et de l'accord de 2011 (article 18), en vue de la constitution d'une panoplie d'instruments conventionnels bilatéraux¹⁶³, mais aussi pour l'Union européenne, dans la perspective de la réforme en cours de la directive de 1995 sur le traitement des données personnelles et l'établissement d'un PNR européen et aux États-Unis d'un nouveau plan « *Vie privée* » de l'Administration Obama.

Enfin, parallèlement à la renégociation de l'accord PNR, la Déclaration conjointe du 19/3/2012 des partenaires transatlantiques sur la protection des données¹⁶⁴, sous la plume de la Vice-présidente de la Commission Viviane Reding et du Secrétaire américain au commerce John Bryson, met l'accent sur « *l'interopérabilité des systèmes* » rendue nécessaire par les différences de régimes, le tout au bénéfice du commerce transatlantique, avec des entreprises déjà respectueuses du « *Safe Harbour Framework* »¹⁶⁵ qu'il convient de renforcer. Comme l'explique une substantielle étude mise en ligne en juillet 2011, par le service de la recherche du Congrès américain, sous la signature de Kristin Archik¹⁶⁶, pour les Autorités des États-Unis, le projet d'accord renégocié de 2011 satisfait déjà certaines des revendications européennes, dans la mesure où les États-Unis y ont consenti à dépersonnaliser certaines données PNR au bout de 6 mois et où des données actives seront transférées à une « *dormant database* » avec un accès progressivement réduit.

Il était dès lors vraisemblable qu'en plénière le 19 avril 2012, une majorité réaliste au Parlement européen, réceptive à l'argumentaire aussi bien sécuritaire que commercial, fermement défendu de concert par les autorités américaines et l'industrie des systèmes

¹⁵⁹ Sur les difficultés d'interprétation et d'application des deux accords, M.-F. Labouz, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁰ Consulter le site internet : <http://jurist.org/forum/2011/06/gabor-rona-us-europe-schism.php>.

¹⁶¹ L'accord UE-Australie qui avait été renégocié tout comme le présent accord EU-USA, après le report du vote d'approbation du Parlement européen en 2010, s'est appliqué provisoirement jusqu'en 2008 pour être conclu en 2011.

¹⁶² Lire *Joint statement on supply-chain security, June 26th, 2011* ; *Homeland Security, Readout of Secretary Napolitano's participation in the US-EU Justice and Home Affairs Ministerial Meeting, nov, 21, 2011* ; la Déclaration commune du sommet UE-Etats-Unis à Washington du 28 nov. 2011 (Mémo 11842) ; *Meeting of the Article 29 Working Party, Brussels, 7 Dec 2011*, enfin les propos des 6 et 7 déc. 2011 de Viviane Reding, Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner, " *The future of data protection and transatlantic cooperation*", 2nd Annual European data protection and privacy Conference et " *Independent data protection authorities ; indispensable watchdogs of the digital age*".

¹⁶³ Un accord PNR entre l'Union européenne et le Canada est en cours de négociation en 2012, Communiqué du Conseil du 26 avr. 2012, 9186/12.

¹⁶⁴ Le 19 mars 2012 s'est tenue simultanément à Washington et à Bruxelles « *a high level conference on privacy and protection of personal data* » orientée sur les questions commerciales. Consulter <http://www.edri.org> et <http://ec.europa.eu/justice/events/eu-us-data/index.html>.

¹⁶⁵ Le cadre euro-américain dit du « *Safe Harbor* » s'applique depuis 2000. Plus de 3000 entreprises auraient dans ce cadre « *auto-certifié* » leur engagement en faveur de la protection des données de la vie privée pour le développement du commerce transatlantique, Mémo 12/192 du 19 mars 2012.

¹⁶⁶ Consulter le site internet www.crs.gov.

informatiques approuverait, quelque soient les réserves émises, le projet d'accord, destiné à remplacer l'accord de 2007 appliqué jusque-là à titre provisoire. Dans l'hypothèse d'un refus d'approbation, l'accord provisoire de 2007 se serait appliqué en effet jusqu'en 2014, sauf dans le cas mais improbable où le Parlement européen en plénière l'aurait aussi rejeté, privant alors de base juridique européenne le transfert des données PNR, mais en laissant subsister les accords PNR conclus par les Etats-Unis avec certains des Etats membres de l'Union européenne mais non encore harmonisés.

III

Il reste que ce chantier de la coopération anti-terroriste entre l'Union européenne et les Etats-Unis ne paraît pas en phase avec la réforme en cours ni de la protection des données personnelles dans le cadre de l'Union européenne, ni dans celui du Conseil de l'Europe sur la modernisation de la convention 108¹⁶⁷ « *face à la révolution des technologies de l'information* », menée d'ailleurs en concertation avec l'Union européenne. Ainsi le 26 janvier 2012, s'est tenue à Bruxelles à l'initiative du Conseil de l'Europe une journée de la protection des données à laquelle avaient été conviés les représentants du secteur privé et de la société civile.

Le 7 mars 2012 le Contrôleur européen de la protection des données, dans son avis sur le paquet de mesures proposé par la Commission européenne (un règlement sur les principes, une directive sur la protection des données en matière pénale) « *se réjouit du renforcement de la protection* » tout en regrettant « *l'absence d'approche globale* », réclamant un niveau encore plus élevé de protection dans le domaine pénal; enfin recommandant de limiter la non applicabilité du règlement aux seuls accords internationaux existants lesquels devraient bien être soumis à révision « *to align them with the Regulation* »¹⁶⁸.

La question du PNR européen qui par ailleurs a suscité des réserves de la part des agents de voyage et des tour-opérateurs, n'est pas à ce jour tranchée, ajoutant même à la confusion dans la mesure où le Conseil Justice et Affaires Intérieures du 26 avril 2012, alors même qu'il adoptait sans discussion la décision de conclusion, nonobstant les fortes réserves émises à l'égard du projet euro-américain de 2011, laisse ouverte la discussion au cours de la procédure législative ordinaire, autorisée à débiter sous présidence danoise, sur deux questions estimées importantes du futur PNR européen, à savoir le recueil des données sur les vols intra-européens qui ne devraient pas être exclus, selon un rapport de l'Assemblée nationale¹⁶⁹, du champ d'application de la proposition de directive et la période de rétention qui devrait traduire un équilibre entre sécurité et droits fondamentaux.

Si le Parlement européen ne s'est pas résolu à saisir la Cour de Justice en 2012 sur le fondement de l'article 218-6 TFUE, c'est sans doute en considérant qu'un raisonnement juridique a déjà conduit la Cour de justice à censurer en 2006 l'accord PNR de 2004. Mais cette position, a aussi pour contre effet de conforter les réserves émises à l'encontre du contenu

¹⁶⁷ Lire les propositions de modernisation de la convention 108 du Conseil de l'Europe par le Comité consultatif, 15/11/2011 (T-PD-BUR (2011)27_en), DG I Human Rights and Rule of law et sur www.coe.int/dataprotection.

¹⁶⁸ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the data protection reform package, 7 March 2012. Lire la comparaison du projet d'accord PNR de 2011 et de la proposition de directive en matière pénale du 25 janv. 2012 in G. Hornung et F. Boehm, *op. cit.*, p. 18-21.

¹⁶⁹ Rapport Geoffroy n° 4034 du 7 déc. 2011.

de l'accord de 2011. Cette posture parlementaire européenne ambiguë se retrouve d'ailleurs s'agissant du projet d'accord anti-contrefaçon¹⁷⁰.

En effet, en dépit de l'intention de la Commission européenne annoncée dès février 2012 de saisir la Cour de justice sur le projet d'Accord commercial anti-contrefaçon (ci-après ACTA), lui aussi objet de fortes réserves susceptibles¹⁷¹ *a priori* de convaincre le Parlement européen d'obtenir de meilleures garanties des droits fondamentaux, notamment en matière de protection de la vie privée et d'attendre en tout état de cause, le prononcé même tardif de l'avis de la Cour de justice, sans doute aussi pour certains « *pour faire taire la rue, voire pour paralyser le Parlement européen* », la Commission du commerce international a rejeté en mars 2012 une proposition recommandant la saisine par le Parlement européen de la CJUE sur le projet ACTA, par vingt-et-une voix contre, cinq voix pour et deux abstentions : alors s'agit-il de la défense prioritaire des intérêts commerciaux ou de la probabilité d'un refus d'approbation en plénière? Il n'est pas sûr que la recommandation émise par le rapporteur le 25 avril 2012 d'approuver l'ACTA éclaire le vote suivant de la Commission du commerce international et celui de la Plénière.

A l'avenir, les citoyens européens verront-ils leur vie privée mieux protégée, notamment comme passagers aériens, *ab intra* sur le continent *qu'ab extra* à destination ou en provenance des Etats-Unis, et ceci au bénéfice incertain de la lutte contre le terrorisme, tant il est vrai que si, ni la sécurité internationale ni les droits fondamentaux ne sont négociables par nature, le compromis finalement négocié à l'avantage des Etats-Unis pour une durée de sept ans renouvelable (article 26) n'offre aucune garantie d'atteindre *in fine* l'âge de raison, symboliquement attaché à cette durée d'application, nonobstant une surveillance « *indépendante* »¹⁷², un examen et une évaluation de l'application de l'accord (article 23), la résolution de litiges et la suspension de l'accord (article 24), voire sa dénonciation (article 25).

L'on peut donc craindre à raison que plusieurs dispositions formelles de protection des données personnelles ne soient privées d'effectivité aux Etats-Unis pour les passagers aériens européens, pour qui primeront en cas de recours tant administratif que judiciaire, les lois américaines (article 13), bien éloignées des garanties qu'offre et qu'offrira le droit européen.

Marie-Françoise Labouz¹⁷³

¹⁷⁰ Cote 12196/11, 23 août 2011. L'ACTA est conclu entre l'Union européenne et ses Etats Membres, l'Australie, le Canada, le Japon, la Corée du sud, le Mexique, le Maroc, la Nouvelle-Zélande, Singapour, la Suisse, les Etats-Unis.

¹⁷¹ V. aussi les réserves émises par le CPED dans deux avis (JO C 147/1 du 5 juin 2010 et du 24 avr. 2012 sur www.edps.europa.eu).

¹⁷² L'article 14 place cette « *independence supervision* » sous la responsabilité du DHS US.

¹⁷³ Depuis la rédaction de cette étude, l'on notera à titre de comparaison que la recommandation d'un rapporteur d'approuver l'ACTA n'était pas de nature à convaincre ni les quatre commissions parlementaires ni la plénière au regard des manifestations hostiles et des pétitions des citoyens européens, tout comme d'ailleurs le refus de ratifier l'Accord de bon nombre d'Etats tiers. Le Parlement européen a rejeté l'ACTA le 4 juil. 2012 par 478 voix contre 39 et 165 abstentions.

La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme

Comparer la Cour suprême américaine et la Cour de justice de l'Union européenne est évidemment une entreprise risquée. Au-delà des obstacles qu'implique toute forme de comparaison, celle-ci se heurte aux différences radicales qui opposent les systèmes juridictionnels au sein desquels ces deux juridictions interviennent. Alors que l'un est organisé autour d'une unicité gouvernée par un principe hiérarchique¹⁷⁴, l'autre est une mosaïque composite où l'unité est préservée par une collaboration entre juridictions nationales et juridictions de l'Union. Mais d'autres s'y sont risqués, démontrant qu'au-delà de ces différences évidentes la Cour suprême américaine et la Cour de justice de l'Union présentaient des traits communs et remplissaient des fonctions similaires¹⁷⁵.

Si la comparaison est donc réalisable, elle peut même être fructueuse dès lors que, confrontée à des difficultés comparables, les solutions adoptées par l'une éclairent celles adoptées par l'autre et permettent de mieux cerner le possible, voire le souhaitable. Telle est précisément la raison pour laquelle a pu paraître pertinent de confronter les jurisprudences de la Cour suprême américaine et de la Cour de justice de l'Union en matière de lutte contre le terrorisme. Au premier abord, la tâche paraît se heurter à des obstacles insurmontables. Au-delà d'un rapprochement historico-temporel évident et qui tient à ce que les deux cours ont été confrontées à la même période aux mesures anti-terroristes consécutives aux attentats du 11 septembre, les contextes d'interventions des deux juridictions sont extrêmement différents.

Cela est d'abord dû au fait que les compétences respectives du gouvernement fédéral américain et des institutions de l'Union sont extrêmement différentes en ce domaine. Alors que la Cour suprême américaine a été saisie de mesures d'enfermement de présumés terroristes, les juridictions européennes ont, elles, été saisies d'inscription sur des listes noires du même type d'individus¹⁷⁶. Quant aux modalités de saisine, elles sont elles aussi entièrement différentes. Du côté de l'Union, et à la différence du constat usuel, la question préjudicielle n'a quasiment pas été mobilisée¹⁷⁷. C'est donc par la voie du recours en annulation¹⁷⁸ que la Cour de justice de l'Union européenne, au sens donné à cette expression par l'article 19 TUE c'est-à-dire incluant l'ensemble des juridictions communautaires, a été saisie de recours de personnes inscrites sur ces listes noires.

¹⁷⁴ Principe posé à l'article III, section 1 de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique du 17 sept. 1787.

¹⁷⁵ L'on songe ainsi à Lenaerts (*Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1998), à Dubinsky (« The essential function of Federal Courts : The European Union and the United States Compared », *AJCL*, 1994) ou, plus récemment à Rosenfeld (« Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the US Supreme Court », in *The Future of the European judicial system in a Comparative Perspective*, Ingolf Pernice and al eds., 2006).

¹⁷⁶ Cette inscription impliquant le gel de leurs avoirs financiers et des restrictions en matière de liberté d'aller et venir.

¹⁷⁷ V. toutefois CJUE, 29 juin 2010, *E et F*, aff. C-550/09, Rec., p. I-06213.

¹⁷⁸ Tel qu'il est organisé par l'article 263 TFUE.

Compte tenu de la répartition des compétences entre juridictions, c'est le Tribunal, compétent pour les recours en annulation formés par les personnes physiques ou morales¹¹⁷⁹, qui a été le premier et le plus souvent saisi, la Cour n'intervenant que sur pourvoi. Or, les deux juridictions ont eu des approches divergentes et, fait rare, le Tribunal n'a pu masquer un certain désaccord avec certaines des positions retenues par la Cour¹¹⁸⁰. Ces tiraillements démontrent ainsi, s'il en était besoin, les difficultés d'appréhension juridictionnelle des mesures anti-terroristes.

Du côté des Etats-Unis, les modalités de saisine de la Cour suprême sont différentes et expliquent la nature des litiges qui lui sont posés. D'une part, en tant que véritable juridiction suprême, les compétences de la Cour tirent leurs spécificités tant de la structure fédérale et hiérarchique de l'organisation juridictionnelle de ce pays, que des compétences propres qui lui sont reconnues par la Constitution. Elle dispose, contrairement à la Cour de justice de l'Union, d'une compétence pleine et entière pour connaître tout type de litige, quel que soit la nature ou le domaine de la question soumise à l'appréciation du juge¹¹⁸¹.

Cette position lui permet donc de définir les lignes jurisprudentielles que devront respecter les juridictions inférieures. De fait, c'est en tant que juridiction d'appel que la Cour a eu à connaître des premiers litiges concernant des personnes présumées terroristes. Ainsi, à l'image de la situation vécue par la Cour de justice, la Cour suprême n'intervient pas dans ce cas en première instance et a, de ce fait et à de nombreuses reprises, formulé des positions divergentes de celles défendues par les juridictions fédérales. Ces divergences auraient dû être rapidement effacées compte tenu de l'importance du précédent dans la culture anglo-saxonne. Néanmoins, et comme on le verra plus tard, certaines de ces divergences perdurent encore aujourd'hui.

Toutefois, l'analogie avec le système juridictionnel de l'Union s'arrête là, car il convient de rappeler que, d'autre part, la saisine de la Cour suprême n'a rien d'automatique ni de systématique. Les parties, mécontentes des décisions rendues par les juridictions fédérales, ont toujours la possibilité de faire appel devant la Cour suprême, mais il est reconnu à cette Cour une marge d'appréciation très importante pour accepter ou refuser un recours. Cette marge d'appréciation s'exprime à travers la procédure du *writ of certiorari*, instaurée par le Congrès en 1891, puis largement étendue en 1925 par la loi dite *Judge's Bill*¹¹⁸². Cette procédure octroie à la Cour suprême le droit de librement choisir des affaires qui lui sont soumises et de dessaisir une cour inférieure d'une affaire qu'elle estime importante et qui ne lui aurait pas été transmise.

Initialement, cette procédure permettait d'étendre plus largement la compétence de la Cour suprême. Toutefois, son usage très circonscrit conduit en réalité à délimiter les domaines dans lesquels la Cour accepte ou refuse de s'immiscer. Cette procédure lui a ainsi permis de refuser de statuer sur des questions jugées politiques (« *political questions* »), dont le domaine comprenait notamment les extraditions, la guerre et la diplomatie¹¹⁸³. Compte tenu du rôle de l'exécutif américain dans la détermination des mesures de lutte contre le terrorisme ainsi que de l'aspect éminemment politique de ces questions¹¹⁸⁴, les litiges concernant des

¹¹⁷⁹ Article 256 TFUE.

¹¹⁸⁰ V. notamment Trib. UE, 30 sept. 2010, aff. T-85/05, *Kadi c. Commission*, dit Kadi II, Rec. 2006, p. II-00005.

¹¹⁸¹ E. Zoller, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des Etats-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011/4, n° 33, p. 232.

¹¹⁸² *Ibid.*, p. 245.

¹¹⁸³ *Ibid.*, p. 235.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 236.

présupposés terroristes auraient pu constituer un terrain favorable à l'exercice de cette marge d'appréciation par la Cour suprême.

Si l'en n'a pas été finalement ainsi¹¹⁸⁵, et que la Cour a volontairement décidé de se saisir de ces questions, ce droit reconnu à la Cour incite nécessairement à circonscrire la comparaison entre la jurisprudence de la Cour suprême et de la CJUE. En effet, si cette méfiance à l'égard des « *political questions* » ne transparait pas dès l'étude de la recevabilité de la requête, la Cour adoptera toujours une attitude circonspecte à l'égard de ces dossiers, empreinte d'un pragmatisme encore plus prégnant et affiché, voire assumé, que la Cour de justice de l'Union européenne.

L'autre obstacle rendant l'exercice de comparaison plus périlleux tient au fait que ces deux cours raisonnent et présentent leurs raisonnements de manière différente. Alors que la Cour de justice de l'Union a adopté le syllogisme juridique caractéristique du style continental, dans lequel les solutions découlent naturellement des prémisses établies *ab initio* et où il n'y a pas de place faite aux arguments dissidents, la Cour suprême elle préfère révéler au grand jour ces désaccords entre juges en autorisant la publication, aux côtés de la décision principale et de l'opinion de la Cour rédigée par un juge clairement identifié, des opinions séparées voire dissidentes.

Ainsi, le sens et la portée des décisions de la Cour suprême ne peuvent être déterminées qu'à la lumière de ces opinions séparées, qui sont de fait fréquentes dans des litiges aussi politisés. Loin d'être anecdotique, cette différence de présentation doit être soulignée car elle tend à influencer la nature des arguments mobilisés par les juges. Toutefois, elle ne constitue pas un obstacle dirimant à la comparaison des jurisprudences, dans la mesure où seule a une autorité de chose jugée la décision de la Cour.

Malgré ces obstacles, la comparaison entre la jurisprudence de la Cour suprême et celle de la Cour de justice de l'Union européenne apparaît non seulement possible mais fertile. En effet, confronté à l'existence, notamment depuis les attentats du 11 septembre qui ont frappé le sol américain, d'une volonté transatlantique commune de lutter contre le terrorisme et à l'adoption, de manière quasi-simultanée et dans certains cas concertée, des mesures de lutte anti-terroriste, il est possible de se demander si le pouvoir juridictionnel tend lui aussi à adopter une attitude similaire.

Face à un même problème qui reçoit des réponses partiellement comparables, face à une même volonté politique, face aux mêmes risques d'atteintes aux droits fondamentaux, les juges apportent-ils forcément les mêmes réponses ?

L'analyse croisée de ces jurisprudences, aussi circonscrite soit-elle, tend à démontrer que, sans être identique, les réponses juridictionnelles de la Cour suprême et de la Cour de justice présentent d'incontestables similitudes. Sans doute parce que les juridictions suprêmes sont apparues comme l'un des seuls contre-pouvoirs possibles au regard de la toute-puissance des exécutifs dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, elles ont fait preuve d'un volontarisme certain pour contrôler ces mesures en dépit d'obstacles qui auraient pu être dirimants.

Toutefois, la nature même du domaine en cause fait que le contrôle opéré n'a finalement que des incidences modestes même si elles ont le mérite d'exister et d'éviter que des atteintes plus graves ne soient portées aux droits fondamentaux. Ainsi, les points communs entre les deux jurisprudences sont nombreux, qu'il s'agisse des obstacles structurels que les

¹¹⁸⁵ Nous verrons plus tard que l'on constate aujourd'hui un certain retour du *writ of certiorari* par la Cour suprême concernant les litiges relatifs aux présumés terroristes.

juridictions ont dû surmonter pour opérer un contrôle de ces mesures (I) ou du fait que le contrôle se soit matériellement centré sur la protection des droits processuels (II).

I- Une même difficulté à contrôler les mesures anti-terroristes

La comparaison des jurisprudences américaine et européenne conduit à constater que les juges éprouvent les mêmes difficultés à contrôler ces mesures spécifiques que sont les mesures de lutte contre le terrorisme. En effet, les cours, de part et d'autre de l'Atlantique, se trouvent confrontées à deux obstacles. Tout d'abord, les règles de compétence, aussi bien territoriale que matérielle, viennent fortement limiter non seulement les possibilités de saisine de ces cours mais aussi, une fois saisies, le pouvoir de contrôle de la Cour suprême et de la Cour de justice sur ces actes. De surcroît, même une fois leur compétence établie, le contrôle des mesures anti-terroristes se voit ensuite limité par la réticence commune des juges à examiner de manière approfondie ces actes.

A- Une compétence juridictionnelle encadrée

Soucieux de vouloir placer ces mesures anti-terroristes hors de portée des juges, les autorités publiques ont souvent cherché à contourner le contrôle juridictionnel en adoptant des règles ne relevant pas de la compétence des juges. Cette politique fut notamment celle de l'administration américaine qui, en profitant de leur base cubaine de Guantanamo, a délibérément cherché à éviter toute forme de contrôle des détentions des présumés terroristes, que ce contrôle porte sur la décision même de détention que sur les conditions de ces détentions¹¹⁸⁶.

Pour cela, l'exécutif américain pouvait s'appuyer sur une jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis datant de 1950. Dans un fameux arrêt « *Johnson v. Eisentrager* »¹¹⁸⁷, la Cour avait affirmé que les tribunaux des Etats-Unis étaient incompétents pour connaître des griefs des détenus placés en dehors du territoire américain. A cette époque, la Cour s'était notamment prononcée sur le cas des militaires allemands détenus par les autorités américaines au sein des prisons allemandes¹¹⁸⁸. Dans la mesure où ces détenus ne se trouvaient pas sur un territoire placé sous la souveraineté pleine et entière des Etats-Unis et qu'ils n'avaient pas la citoyenneté américaine, la Cour en avait déduit l'incompétence territoriale des juridictions américaines pour recueillir leurs requêtes. Cinquante ans plus tard, cette jurisprudence aurait pu connaître de nouvelles applications.

Après les attaques du 11 septembre 2001, le président George W. Bush a adopté, dans le cadre de son pouvoir exécutif, des actes autorisant les pouvoirs publics américains à appréhender et détenir les personnes suspectées d'avoir participé à ces attaques terroristes. Ces actes, les *Military Orders*¹¹⁸⁹ de 2001, encadraient la détention de ces personnes, qui pouvaient être placées aussi bien sur le territoire américain qu'en dehors, et confiaient la

¹¹⁸⁶ E. Gómez Corona, « Estados Unidos : Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes », in J. Pérez Royo (sous la dir.) et M. Carrascao Duran (coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 70.

¹¹⁸⁷ Cour suprême des Etats-Unis, *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S.763 (1950).

¹¹⁸⁸ Les éléments de fait entourant les décisions de la Cour suprême américaine seront ici constamment rappelés dans la mesure où l'on sait à quel point la Cour suprême tient compte des éléments factuels et conjoncturels pour prendre chacune de ses décisions.

¹¹⁸⁹ Military Order, 13 nov. 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism. *Federal Register*, 16 nov. 2001 (vol. 66, n° 222), Presidential documents, pp. 57831-57836.

compétence juridictionnelle des litiges les concernant exclusivement à des tribunaux militaires *ad hoc*.

Comme on le sait, la majorité de ces personnes fut alors détenue sur la base de Guantanamo. Le choix de cette base ne fut pas anodin. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême de 1950, le choix de la base de Guantanamo permettait à l'administration Bush de placer ces détenus hors de portée de la Cour suprême et même de tout tribunal civil américain, pour les placer sous la compétence exclusive de tribunaux militaires d'exception. Confrontée à une règle de compétence territoriale qu'elle avait elle-même posée, la Cour suprême dût alors statuer sur la recevabilité des requêtes d'*habeas corpus* provenant de détenus de Guantanamo, n'ayant pas la nationalité américaine¹¹⁹⁰.

Dans le retentissant arrêt du 28 juin 2004, « *Rasul v. Bush* »¹¹⁹¹, la Cour est finalement revenue sur sa jurisprudence, qui semblait constituer un obstacle imposant à tout contrôle de l'application concrète des mesures anti-terroristes. En effet, bien qu'elle reconnaisse que la base de Guantanamo ne soit pas située sur un territoire sur lequel les États-Unis disposent d'une souveraineté pleine et entière, il s'agit cependant d'un territoire relevant de la compétence juridictionnelle des tribunaux américains. A travers une interprétation très créative, la Cour a estimé que si le traité signé entre Cuba et les États-Unis reconnaissait la souveraineté « *ultime* » de Cuba sur ce territoire, il confiait aux États-Unis la compétence juridictionnelle pour statuer sur les litiges provenant de ce même territoire.

En soulevant l'obstacle de la compétence, qu'elle avait elle-même posé dans un contexte très différent, la Cour suprême a donc ouvert la voie à la recevabilité des requêtes d'*habeas corpus* des présumés terroristes détenus à Guantanamo devant tous les tribunaux américains, contrairement à ce qu'avaient prévu les *Military Orders*. Sans contester le lien entre territorialité et compétence juridictionnelle¹¹⁹², la Cour suprême est parvenue à extirper sa compétence, qui semblait pourtant inexistante. Elle a ainsi permis de rompre avec les schémas élaborés par les autorités exécutives et d'éclairer un peu plus la zone d'ombre juridique dans laquelle se situaient ces *Military orders*.

Bien que n'étant pas confrontée à des difficultés de définition de sa compétence *rationne loci*, la Cour de justice de l'Union européenne doit faire face à un cantonnement de ses compétences plus fort encore que la Cour suprême américaine en matière de contrôle des mesures anti-terroristes. Deux éléments, l'un structurel, l'autre structuralo-conjoncturel, contribuent ainsi à limiter drastiquement son contrôle en la matière.

Le premier découle de la structuration même de la construction communautaire en général et de son système juridictionnel en particulier. Sans qu'il soit besoin d'insister sur des éléments qui relèvent de l'évidence, il convient de rappeler tout d'abord que l'Union n'exerce que des compétences d'attribution et que de ce fait nombre des mesures anti-terroristes susceptibles d'être adoptées sont le fait des États, en dehors du champ d'application du droit de l'Union. Certes, le caractère par hypothèse transnational du terrorisme ne peut que conduire à un développement des compétences de l'Union en la matière.

¹¹⁹⁰ Il s'agissait d'une requête déposée par deux ressortissants australiens et de douze ressortissants koweïtiens qui avaient été capturés en Afghanistan et au Pakistan. Deux citoyens britanniques avaient également déposé la même requête, mais ont été libérés avant la décision de la Cour Suprême.

¹¹⁹¹ Cour suprême des États-Unis, *Rasul v. Bush*, 542 U.S.466 (2004). V. par exemple, R. H. Fallon et D. Meltzer, « Habeas corpus jurisdiction substantive Rights and the war on terror », *Harvard Law Review*, vol. 120, n° 8, 2007.

¹¹⁹² K. Roosevelt III, « Application of the Constitution to Guantanamo Bay. Guantanamo and the conflict of Laws : Rasul and Beyond », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2005, p. 2020.

De fait, sans qu'il soit possible de retracer ici l'ensemble des actions de l'Union en la matière, force est de constater qu'elle a directement ou indirectement investi le champ de la répression contre le terrorisme¹¹⁹³. Il n'en demeure pas moins que les transferts de compétence vers l'Union sont rarement complets et que les Etats ne lui ont pas, en matière de terrorisme, transféré la totalité de leur compétence, ce qui serait de toute manière ni possible, ni sans doute souhaitable.

De surcroît, même lorsque l'Union est investie d'une compétence, elle n'exerce en réalité le plus souvent cette compétence que sous l'angle de la conception et de l'adoption de la norme, et non de son exécution¹¹⁹⁴. Or, les mesures nationales d'exécution ne relèvent pas directement du contrôle de la Cour, laquelle n'est pas le juge de droit commun du droit de l'Union. Ce n'est dès lors que par le biais de la question préjudicielle qu'elle est susceptible d'en connaître. Bref, la nature même de la construction communautaire implique que la Cour de justice ne peut qu'exceptionnellement (au sens premier du terme) contrôler les mesures anti-terroristes adoptées sur le territoire de l'Union européenne.

Mais à cette première limite ontologique et insusceptible de changement, il faut en ajouter une seconde qui peut, doit et a, dans une certaine mesure, évolué. En effet, les mesures anti-terroristes relèvent en grande partie de champs qui, dans le cadre de l'Union européenne, faisaient initialement l'objet de modalités particulières de contrôle juridictionnel. Plus précisément, la lutte anti-terroriste relève pour l'essentiel soit de la politique étrangère, soit de la coopération policière et pénale, c'est-à-dire de matières rattachées jusqu'au traité de Lisbonne à des cadres spécifiques : les deuxième et troisième piliers de l'Union.

Or, l'une des caractéristiques majeures de ces piliers était précisément d'alléger les contraintes communautaires usuelles, et notamment celles liées au contrôle juridictionnel. Pour s'en tenir aux dispositions applicables postérieurement au 11 septembre 2001¹¹⁹⁵, il n'existait aucun contrôle juridictionnel européen des mesures adoptées dans le cadre de la PESC et les contrôles dans le cadre de la coopération policière et judiciaire pénale étaient plus restreints que ceux organisés dans un cadre communautaire classique. L'article 35 TUE ne prévoyait l'existence que de trois recours, et de trois recours seulement : un recours en annulation, un mécanisme de règlement des différends et une question préjudicielle.

Il n'y existait ni recours en manquement, ni recours en carence, ni recours en responsabilité. En outre, ces recours étaient restrictivement aménagés : le recours en annulation n'était ouvert ni au Parlement européen, ni aux particuliers et ne pouvait être intenté contre les positions communes ; quant à la question préjudicielle, elle était optionnelle, c'est-à-dire que les Etats étaient libres de l'accepter ou non. Chaque Etat devait faire une

¹¹⁹³ Elle l'a fait à l'aide d'actes spécialement consacrés à la répression contre le terrorisme (et notamment la fameuse décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 164 du 22 juin 2002, p. 3), mais aussi par l'utilisation de moyens à vocation plus large qu'il s'agisse de cadres normatifs (au premier rang desquels figure le mandat d'arrêt européen) ou d'utilisation de moyens opérationnels comme le SIS (v. Conseil de l'Union européenne, Décision 2005/211/JAI du Conseil du 24 févr. 2005 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JO L 68 du 15 mars 2005, p. 44).

¹¹⁹⁴ Rappelons que l'Union n'a que des compétences exécutives très limitées, qu'elle est une puissance presque exclusivement normative (sur ce thème très classique, v. par exemple C. Stéphanou, « L'Union européenne et la souveraineté des Etats membres » in *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Pedone, 1999, 356 p.) alors même que la lutte contre le terrorisme relève pour une large part de mesures exécutives.

¹¹⁹⁵ C'est-à-dire selon les dispositions issues du traité d'Amsterdam, qui constituait déjà en la matière un notable progrès au regard de ce qui était prévu par le traité de Maastricht. Mais, comme nous l'avons indiqué, c'est dans le cadre des mesures post-11 septembre que la CJUE a eu à connaître des affaires de terrorisme et nous nous limiterons donc aux dispositions du traité applicables à partir de cette date.

déclaration pour accepter la compétence préjudicielle de la CJCE et à la veille du traité de Lisbonne, seuls 17 États sur 27 avaient accepté la compétence préjudicielle de la Cour¹¹⁹⁶.

La conjugaison de ces différentes restrictions aboutissait, dans certaines affaires de terrorisme, à un véritable déni de justice. C'est ce qu'avaient illustré notamment les affaires *Segi* et *Gestoras pro amnistia*¹¹⁹⁷ : inscrites sur une liste de groupes terroristes par une position commune prise sur le fondement des deuxième et troisième piliers, ces associations n'avaient aucune voie de recours contre une décision ayant pourtant des incidences notables sur leur existence.

Il est dès lors particulièrement heureux que le traité de Lisbonne ait permis d'ouvrir plus largement le contrôle juridictionnel des mesures anti-terroristes. Pour celles fondées sur la PESC, les progrès paraissent dans un premier temps réduits puisque le traité pose une exclusion de principe de la compétence de la Cour en la matière¹¹⁹⁸. Toutefois, c'est pour aussitôt assortir cette exclusion d'une exception qui a précisément vocation à s'appliquer dans le domaine des mesures anti-terroristes. En effet, la Cour est compétente pour « *se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union européenne* ».

En outre, et s'agissant cette fois-ci des mesures relevant de la coopération policière et judiciaire pénale¹¹⁹⁹, toutes les voies de droit « *classiques* » y sont désormais ouvertes et dans les mêmes conditions que celles en vigueur pour les autres politiques communautaires. Seules deux particularités demeurent : la première tient à l'interdiction faite à la Cour de « *vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* »¹²⁰⁰ ; la seconde découle du protocole sur les dispositions transitoires¹²⁰¹.

Ce dernier comprend un titre VII consacré aux actes adoptés notamment dans le cadre du troisième pilier avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Pour eux, le protocole maintient un *statu quo* tant pour les effets juridiques des actes visés (ce qui peut paraître logique), que pour les attributions contentieuses (ce qui l'est nettement moins). Cela signifie concrètement que tant qu'un acte n'est pas modifié, il continue de relever des modalités de

¹¹⁹⁶ Tous les « *vieux* » États l'avaient accepté sauf le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ; mais uniquement 5 sur les 12 nouveaux entrants l'avaient accepté, c'est-à-dire la Hongrie, la République tchèque, la Lituanie, la Lettonie et la Slovaquie.

¹¹⁹⁷ CJCE, 27 févr. 2007, *Gestoras Pro Amnistia c. Conseil*, aff. C-354/04 P, Rec. 2007, p. I-01579 ; CJCE, 27 févr. 2007, *Segi c. Conseil*, aff. C-355/04 P, Rec. 2007, p. I-01657. Par ces arrêts, la Cour confirme la solution qu'avait retenue en première instance le TPICE. Elle déclare irrecevable le recours en responsabilité intenté par les 2 associations, fondé sur une position commune qui les inscrivait sur la liste des groupes terroristes, au motif qu'un tel recours n'existe pas dans les deuxième et/ou troisième piliers. Le support normatif (position commune fondé sur les deuxième et troisième piliers) comme leur qualité de particulier leur fermaient le recours en annulation. A noter que les associations avaient également tenté, en vain, un recours devant la Cour EDH (Cour EDH, 23 mai 2002, *Segi e.a. et Gestoras pro amnistia e.a.*, IA/22171-A).

¹¹⁹⁸ Article 275, al.1 TFUE.

¹¹⁹⁹ Désormais inscrites au titre V TFUE et rejoignant la coopération judiciaire civile et le droit des étrangers pour former l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ).

¹²⁰⁰ Article 276 TFUE. L'exclusion est potentiellement applicable au contrôle des mesures anti-terroristes mais ne devrait avoir qu'une incidence minimale dès lors que la Cour ne peut en principe pas se prononcer directement sur les mesures étatiques hors recours en manquement.

¹²⁰¹ Protocole n° 26 annexé aux TUE et TFUE par le traité de Lisbonne. V. S. Platon, « Le rôle des protocoles et déclarations dans le Traité de Lisbonne », *Politeia* n° 13, 2008, p. 465.

contrôle juridictionnel applicables à la date de son adoption. Cette curieuse situation doit néanmoins cesser cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne¹²⁰².

Mais il faut souligner que dès avant le traité de Lisbonne, les juridictions de l'Union européenne avaient eu à examiner un nombre sans cesse croissant de recours portant sur les mesures de l'Union européenne en matière de lutte contre le terrorisme. Les modifications du traité devraient donc conduire à accentuer encore un mouvement nettement perceptible dans la deuxième moitié des années 2000, mais non à créer un tel mouvement.

Ainsi, en dépit des limites qui perdurent, les évolutions jurisprudentielles et textuelles ont permis que soient surmontés les principaux obstacles qui existaient quant à la possibilité pour la Cour suprême comme pour la Cour de justice d'être valablement saisies de recours contre des mesures anti-terroristes. Toutefois, ces obstacles franchis, les deux cours se sont heurtées à la nature même de ce type de mesures qui les a conduites à n'opérer qu'un contrôle restreint.

B- Un contrôle nécessairement peu approfondi

Une fois leur compétence établie, la Cour suprême et la Cour de justice ont dû préciser l'étendue de leur contrôle. Et à nouveau, il est possible de constater une attitude convergente de ces deux cours vis-à-vis des mesures anti-terroristes. Ces actes, considérés comme l'expression même du pouvoir de contrainte légale, sont appréhendés avec la plus grande des prudenances par les juges. S'ils acceptent de les contrôler, leur contrôle demeure extrêmement mesuré. Conscients de devoir faire la balance entre la protection de la sécurité et la garantie des libertés publiques, les juges tendent en général à privilégier la sécurité, perçue comme le socle fondamental des autres libertés. Néanmoins, il est possible, le temps passant et les souvenirs des attaques terroristes s'éloignant, de percevoir quelques inflexions dans cette retenue juridictionnelle.

Ce constat se trouve en premier lieu dans l'attitude du juge américain. La réticence traditionnelle de la Cour suprême pour contrôler les mesures anti-terroristes s'explique par le fait qu'il s'agit bien souvent de mesures adoptées dans l'urgence par le pouvoir exécutif. Or, suite à une jurisprudence de 1952, « *Youngstown* »¹²⁰³, la Cour opère un contrôle moins poussé à l'égard de l'exercice des pouvoirs d'urgence quand le Président agit sur la base d'une autorisation du Congrès¹²⁰⁴, faisant acte de ce que l'on appelle le « *devoir de déférence des Cours face aux autorités politiques* ». En effet, la Cour suprême estime qu'il peut exister des intérêts d'une haute importance venant limiter le pouvoir des cours et qu'elles se doivent de respecter.

Cette attitude prudente fut celle qui fut initialement adoptée par la Cour concernant les actes pris par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif au lendemain du 11 septembre. Dès le 18 septembre, le Congrès a approuvé une résolution intitulée « *Autorisation pour l'utilisation de la force armée* » qui conférait des pouvoirs extraordinaires au Président en tant que chef des

¹²⁰² Sauf pour le Royaume-Uni qui peut purement et simplement s'opposer à cette modification, ce qui conduirait à ce qu'il ne soit plus lié par ces actes « nouveaux régimes », sauf, comme pour l'acquis Schengen, s'il demande à être lié par telle ou telle mesure. V. les articles 10, § 4 et 10, § 5 du protocole n° 26 *op. cit.* Cela confirme la position très particulière du Royaume-Uni à l'égard de l'ELSJ.

¹²⁰³ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579 (1952).

¹²⁰⁴ V. G. Scoffoni, « Les juges et la Constitution des Etats-Unis à l'épreuve du terrorisme international », in *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, pp. 219-236.

forces armées afin qu'il prévienne toute nouvelle attaque terroriste¹²⁰⁵. Les pouvoirs de l'exécutif dans le cadre de l'interception et le contrôle des communications furent à nouveau accrus par le Congrès *via* le vote du fameux *USA Patriot Act* du 26 octobre 2001¹²⁰⁶.

Ces interventions répétées du Congrès, donc du pouvoir législatif, ont été perçues par le pouvoir exécutif comme l'autorisant à prendre des actes contraignants, dans des domaines très variés, et notamment d'adopter les fameux *Military Orders* précités instaurant des tribunaux militaires d'exception ou l'*Executive Order on Terrorist Financing* permettant de bloquer les biens de vingt-sept individus ou organisations terroristes liés à Al Qaeda¹²⁰⁷. Ainsi, selon l'administration Bush, ces actes, et notamment les *Military Orders*, s'inscrivent dans la droite ligne de l'autorisation du 18 septembre pour l'utilisation de la force armée.

Les premières affaires portées devant la Cour suprême tendaient à confirmer cette opinion et attestaient même d'une certaine réticence des juges à contrôler ces actes de l'exécutif. Par exemple dans l'affaire « *Hamdi v. Rumsfeld* »¹²⁰⁸, du 28 juin 2004, la Cour s'est simplement limitée à rappeler les grands principes s'imposant à l'action de l'exécutif, sans aller jusqu'à vérifier leur respect fidèle.

La Cour suprême a de cette manière tenu à rappeler que l'exécutif devait trouver l'équilibre adéquat entre l'atteinte à la liberté d'un citoyen américain et le danger qui est couru en laissant libre un « combattant ennemi », et donc que les détentions indéfinies ne pouvaient être considérées comme conformes à la Constitution. Elle n'a pas pour autant effectué un contrôle poussé de cet équilibre. Elle a même, au contraire, contribué à fragiliser la position du présumé terroriste. Elle a ainsi estimé que le contrôle de la qualification de « *combattant ennemi* » attribuée à un détenu n'avait pas nécessairement à être effectué par les tribunaux ordinaires mais pouvait être opéré par des tribunaux militaires. La Cour a certes précisé que ces tribunaux militaires devaient être créés après autorisation du Congrès et qu'ils devaient respecter les règles d'un procès juste, mais elle n'a pas contrôlé dans le cas précis le respect de ces conditions.

En outre, la juge O'Connor, qui exprimait l'opinion majoritaire, a suggéré que l'on inverse le critère ordinaire de la preuve. Ainsi, il ne reviendrait pas au gouvernement de démontrer que le détenu est un « *combattant ennemi* », mais il reviendrait au détenu la tâche de justifier qu'il n'appartient pas à une telle catégorie. Cette proposition d'inversion, qui fut ensuite consacrée par l'exécutif, atteste de l'indulgence des juges à l'égard du gouvernement, puisqu'en inversant le critère de la preuve, cela permet au gouvernement d'éviter de devoir préparer des rapports détaillés sur les circonstances de la détention et des raisons ayant motivé une telle détention. Cette attitude compréhensive, accordant un poids plus important aux exigences sécuritaires, a eu pour immédiate conséquence d'autoriser les pouvoirs publics américains à qualifier légalement une personne de « *combattant ennemi* » sans autre preuve qu'une rumeur ou une simple présomption.

Ce contrôle plus que mesuré des mesures anti-terroristes se retrouve dans l'affaire « *Rasul v. Bush* » précitée. Si la Cour a ouvert le droit à l'*habeas corpus* à des citoyens non

¹²⁰⁵ *S.J. Resolution 23, Authorization for Use of Military Force*. Concrètement, cette résolution autorisait l'utilisation de toute la force nécessaire et appropriée contre les nations, organisations ou personnes qui auraient planifié, organisé, commis ou favorisé les attaques terroristes du 11 septembre, ou qui auraient donné refuge à de telles organisations ou personnes.

¹²⁰⁶ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* voté le 26 oct. 2001.

¹²⁰⁷ *Executive Order on Terrorist Financing, Blocking Property and Prohibiting transactions with persons who commit, threaten to commit or support Terrorism*, 24 Sept. 2001.

¹²⁰⁸ *Yaser E. Hamdi et al. V. Donald H. Rumsfeld et al.* 542 US 507 (2004).

américains détenus sur la base de Guantanamo, elle n'a pas pour autant souhaité s'exprimer sur la validité de l'établissement des commissions militaires exceptionnelles sur la base des *Military Orders*. Comme l'ont constaté de nombreux commentateurs, ces affaires de l'année 2004 se démarquent par la nette volonté de la Cour suprême de connaître de ce type de litiges mais aussi par sa réticence à remettre en cause le fondement de l'action de l'exécutif¹²⁰⁹. Cette absence de contrôle s'explique précisément par cette attitude traditionnellement prudente de la Cour à l'égard des pouvoirs d'urgence de l'exécutif.

Toutefois, l'affaire « *Hamdan v. Rumsfeld* »¹²¹⁰ a permis à la Cour d'intensifier légèrement son contrôle. Un bref rappel des faits permettra de mettre en relief l'apport de cet arrêt. Hamdan est un citoyen yéménite qui avait été détenu en novembre 2001 en Afghanistan et qui avait été placé directement sous le contrôle des Etats-Unis du fait de sa présumée condition de membre du réseau terroriste Al Qaeda¹²¹¹. En juin 2002, il fut transféré à la base militaire américaine de Guantanamo¹²¹². Ce détenu, se considérant comme un prisonnier de guerre, a alors demandé dans un premier temps à bénéficier de la protection reconnue par la Convention de Genève de 1949¹²¹³, notamment dans son article 3¹²¹⁴, et, dans un second temps, à ne pas être jugé par des tribunaux militaires d'exception, tels que ceux instaurés par les *Military Orders*, mais par des tribunaux militaires ordinaires.

Le gouvernement Bush réfuta une telle position et notamment l'applicabilité de la Convention de Genève aux détenus de Guantanamo. Ce refus se basait sur deux éléments. D'une part, le gouvernement estimait que cette Convention ne pouvait s'appliquer aux membres d'Al Qaeda, puisqu'Al Qaeda n'est pas un Etat et encore moins un Etat partie à la Convention. L'article 3 de la Convention ne pouvait pas non plus trouver à s'appliquer car il ne concernerait que « *les conflits ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes* ».

¹²⁰⁹ E. Gómez Corona, « Estados Unidos : Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes », *op. cit.*, p. 75 ; F. Fabbrini, « The Role of the Judiciary in Times of Emergency : Judicial Review of Counterterrorism Measures in the United States Supreme Court and the European Court of Justice » in *28 Yearbook of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 682.

¹²¹⁰ *Salim A. Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.* 548 US 557 (2006).

¹²¹¹ Il aurait été l'ancien conducteur d'Oussama Ben Laden. V. F. Fabbrini, « The Role of the Judiciary in Times of Emergency (...) » *op. cit.*, p. 680.

¹²¹² Il sera détenu pendant quatre ans sans procès.

¹²¹³ Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949.

¹²¹⁴ Article 3 : « *En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes: 1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus: a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; b) les prises d'otages; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés. 2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.* »

D'autre part, même si les membres d'Al Qaeda pouvaient entrer dans le champ d'application de la Convention, les stipulations de celle-ci ne pourraient pas, en toute hypothèse, être invoquées directement par un particulier. En effet, le gouvernement américain considère traditionnellement que la Convention de Genève ne constitue pas une norme invocable (*self-executing*) par des particuliers dans le cadre d'un litige. Cette position gouvernementale fut d'ailleurs confirmée par la Cour d'appel du District.

La Cour suprême se trouvait donc confrontée à un double problème : celui de savoir si la Convention de Genève de 1949 était applicable aux détenus de Guantanamo et, en cas de réponse positive, celui de savoir si les commissions militaires exceptionnelles créées par l'exécutif pouvaient être regardées comme des tribunaux « régulièrement constitués », conformément à la Convention de Genève.

La jurisprudence ambivalente de la Cour suprême au sujet de l'application des Conventions de Genève ne permettait pas de savoir avec certitude l'attitude des neuf juges face à un tel litige mettant en cause un prétendu terroriste. En effet, la Cour n'avait jamais reconnu l'invocabilité directe de la Convention de Genève. Toutefois, elle considérait que ces stipulations faisaient partie du droit de la guerre des Etats-Unis et qu'elles avaient un caractère obligatoire¹²¹⁵.

Mais étaient-elles pour autant applicables dans ce cas précis ? Finalement, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence et a intensifié légèrement son contrôle en encadrant davantage l'action du gouvernement dans la lutte contre le terrorisme, puisqu'elle a considéré que l'article 3 de la Convention de Genève de 1949 était applicable à tous les détenus de Guantanamo. Dans sa décision en date du 29 juin 2006, la Cour de Washington a même estimé que cet article 3 constituait une exigence standard applicable à tous les conflits armés, qu'ils soient internationaux ou internes.

Une fois cette applicabilité affirmée, restait la question de savoir si le Président des Etats-Unis avait été légalement autorisé à adopter les *Military Orders* établissant des commissions militaires *ad hoc*. Poussée à approfondir son contrôle et à dépasser ses scrupules mis en lumière en 2004¹²¹⁶, la Cour a alors tenu à rappeler qu'une telle mesure du pouvoir exécutif devait nécessairement être précédée d'une autorisation expresse par le Congrès des Etats-Unis¹²¹⁷. En se fondant uniquement sur l'Autorisation pour l'utilisation des forces armées du 18 septembre 2001, et compte tenu du caractère très vague des *Military Orders*, la Cour a considéré que le gouvernement Bush avait outrepassé ses compétences. Les commissions militaires ont donc été considérées par la Cour comme illégales.

Si cette impression d'un plus grand contrôle de l'action de l'exécutif fut saluée par les commentateurs, cette impression est toutefois à atténuer. Tout d'abord, la Cour n'a fait ici qu'appliquer une jurisprudence existante. Il est vrai que son application à un litige concernant une affaire de terrorisme aurait pu freiner la Cour, mais il ne s'agit pas d'un contrôle entièrement nouveau et approfondi. De plus, si du point de vue symbolique cette décision constituait une contestation lourde des mesures prises par le gouvernement Bush, dans les faits, elle n'a pas eu d'effet significatif. En retoquant les *Military Orders* sur une simple base formelle, elle laissait la porte ouverte aux pouvoirs publics américains pour qu'ils rectifient la légalité de ces actes. Et c'est précisément ce qu'ils firent très rapidement.

Au lieu de passer par la voie réglementaire, c'est la voie législative qui consacra ces commissions militaires par l'adoption de la *Military Commissions Act* de 2006. Ainsi, loin de

¹²¹⁵ E. Gómez Corona, « Estados Unidos : Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes », *op. cit.*, p. 84.

¹²¹⁶ F. Fabbrini, « The Role of the Judiciary in Times of Emergency (...) », *op. cit.*, p.680.

¹²¹⁷ *Ibid.*, p. 681.

constituer un revers pour l'administration Bush, l'affaire « *Hamdan* » lui a donné l'occasion de renforcer son action par la voie législative.

Cette affaire confirme que le contrôle des mesures anti-terroristes ne peut se limiter à un aspect simplement formel. Bien qu'il s'agisse d'un contrôle minimum qu'il convient d'opérer, la protection efficace et réelle des libertés constitutionnelles exige un accroissement du contrôle sur le fond de ces mesures, une étape que la Cour suprême ne fera que plus tardivement et de manière limitée.

Quant aux juridictions de l'Union européenne, elles sont intervenues dans un contexte politico-juridique nettement moins compliqué dès lors que les aspects opérationnels de la lutte contre le terrorisme sont d'abord le fait des Etats et que l'Union elle-même n'a pas adopté de législation d'exception comparable à ce qui a été mis en place aux Etats-Unis. Il n'en demeure pas moins que, dans le contrôle des listes de présumés terroristes adoptées par l'Union notamment dans le cadre du gel des avoirs financiers, deux obstacles juridiques conduisent à limiter le contrôle des juridictions communautaires. Encore faut-il distinguer entre deux types de listes. En effet, même si l'Union se place dans tous les cas dans le cadre de l'exécution des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies, l'établissement de listes de présumés terroristes peut prendre deux formes : soit il s'agit d'un simple recopiage de la liste établie par le comité des sanctions des Nations-Unies¹²¹⁸, soit il s'agit de l'établissement d'une liste autonome¹²¹⁹.

Dans le premier cas, le contrôle des juridictions communautaires se heurte à un obstacle ontologique de taille puisque contrôler la légalité de la liste européenne revient en substance à confronter un acte de droit dérivé des Nations-Unies (qui est réputé avoir la même valeur que la Charte) avec le traité constitutif de l'Union. Si l'hypothèse de la confrontation entre traités internationaux ou communautaires et norme constitutionnelle est classique en droit interne, elle l'est nettement moins en droit européen et ne peut évidemment que susciter un certain malaise¹²²⁰. Saisi le premier d'un recours dans cette configuration particulière lors des affaires *Kadi et Al Barakaat*¹²²¹, le Tribunal de première instance avait tenté d'élaborer une solution originale qui avait suscité bien des critiques¹²²².

¹²¹⁸ V., mettant en œuvre la résolution 1267 (1999) du Conseil de sécurité des Nations Unies, Conseil de l'Union européenne, Position commune 1999/727/PESC du 15 nov. 1999 *relative aux mesures restrictives à l'encontre des taliban* (JO L 294 du 16 nov. 1999, p.1), remplacée par Conseil de l'Union européenne, Position commune 2002/402/PESC du 27 mai 2002 *concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés*, JO L 139 du 29 mai 2002, p. 4.

Cette position commune a été mise en œuvre par des règlements communautaires. V. ainsi Conseil de l'Union européenne, Règlement 561/2003/CE du Conseil du 27 mars 2003 *modifiant, en ce qui concerne les exceptions au gel des fonds et des ressources économiques, le règlement (CE) n° 881/2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban*, JO L 82 du 29 mars 2003, p. 1.

¹²¹⁹ V., mettant en œuvre la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies, Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/930/PESC du 27 déc. 2001 *relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 44 et Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/931/PESC du 27 déc. 2001 *relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme*, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 93. Des décisions permettent alors de modifier périodiquement la liste établie (v. en dernier lieu : Conseil de l'Union européenne, Décision 2011/872/PESC du 22 déc. 2011 *portant mise à jour de la liste des personnes, groupes et entités auxquels s'appliquent les articles 2, 3 et 4 de la position commune 2001/931*, JO L 343, du 23 déc. 2011, p. 54.

¹²²⁰ En témoigne la longueur inhabituelle de la procédure de pourvoi dans l'affaire *Kadi* ci-après examinée, ou la surabondance de la motivation dans la même affaire.

¹²²¹ TPICE, 21 sept. 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. T-315/01, Rec. p. II-3649 et TPICE, 21 sept. 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al*

Il avait schématiquement estimé que dès lors que l'Union n'avait aucune marge de manœuvre dans la mise en œuvre d'une telle liste, contrôler l'acte communautaire reviendrait à contrôler la résolution de l'ONU ce qui ne pouvait être fait en raison de la primauté attribuée à la Charte des Nations Unies par son article 103. Cette immunité juridictionnelle n'était toutefois que relative selon le Tribunal puisque la légalité de ces actes internationaux pouvait être appréciée au regard du *jus cogens*. Autrement dit, le Tribunal acceptait d'effectuer un contrôle des actes communautaires mais au regard des seules normes du *jus cogens* auquel il rattachait le droit de propriété et les droits de la défense.

Sévèrement critiquée par la doctrine, cette position a été censurée par la Cour de justice lors du pourvoi introduit contre les arrêts *Kadi* et *Al Barakaat*¹²²³. Elle lui a alors substitué une solution plus conforme aux prescriptions du droit communautaire mais qui n'est pas sans poser quelques difficultés d'articulation entre ordre juridique de l'Union et ordre juridique international¹²²⁴. Elle a en effet, au terme d'un raisonnement très dualiste, estimé que, bien qu'il lui soit interdit de contrôler la légalité des actes de droit dérivé de l'ONU au regard des prescriptions du droit international, le droit communautaire¹²²⁵ exige un contrôle de légalité de tous les actes de l'Union susceptibles de faire grief, sans qu'aucune norme internationale ne puisse porter atteinte à ce principe.

Par suite, la Cour ne peut qu'opérer un contrôle plein et entier des règlements adoptés par les institutions communautaires et susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux des individus (qui relèvent du droit communautaire primaire par l'intermédiaire de l'article 6 TUE), quelle que soit par ailleurs l'origine internationale ou non du contenu de ces actes.

Mais le contrôle ainsi opéré n'est pas sans limite. Sans que l'arrêt ne soit parfaitement limpide sur ce terrain, la Cour justifie cette atteinte indirecte à la primauté du droit international par les lacunes de la procédure onusienne au regard des droits fondamentaux, un peu sur le modèle de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande des années 70 au sujet de la primauté du droit communautaire au regard des droits fondamentaux constitutionnellement protégés¹²²⁶.

Dans ces conditions, il semble qu'il faille comprendre que le contrôle des juridictions de l'Union se limite à un contrôle au regard des droits fondamentaux consacrés par le TUE et

Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, aff. T-306/01, Rec. p. II-3533.

¹²²² V. ainsi D. Simon et F. Mariatte, « Le Tribunal de première instance des Communautés : professeur de droit international ? », *Europe*, déc. 2005.

¹²²³ CJUE, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-06351.

¹²²⁴ Parmi l'abondante littérature suscitée par cet arrêt, V. les analyses de P. Cassia et F. Donnat, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *RFDA* 2008, p.1204 ou de M. Gautier, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la CJCE », *JCPG*, 5 novembre 2008, 10186.

¹²²⁵ La Cour s'est fondée sur deux caractéristiques de l'ordre juridique de l'Union : le premier tient à l'existence déjà affirmée depuis l'arrêt *Les verts* (CJCE, 23 avr. 1986, aff. 294/83, Rec. p. I-01339) d'une « Communauté de droit » qui, par renvoi à la notion d'Etat de droit, suppose notamment que tout acte juridique soit soumis à un contrôle de légalité ; le second est l'autonomie de l'ordre juridique communautaire dégagée par la Cour dès les arrêts *Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise* et *Costa c. Enel* (CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, Rec. p. 3. - CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, Rec. p. I-01141) qui implique que la logique propre du système communautaire s'impose le cas échéant au détriment des conceptions du droit international et du droit interne des Etats membres.

¹²²⁶ Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, *So lange I*, *RTDEur.* 1974, p. 316, note M. Fromont.

aussi longtemps que le système onusien ne donnera pas sur ce point satisfaction. Autrement dit, si l'écran qu'aurait pu constituer l'existence d'un acte international n'empêche pas l'existence d'un contrôle, cet écran est au final plus translucide que transparent et implique une forme atténuée de contrôle.

A priori, la seconde hypothèse de liste de terroristes présumés, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle cette liste bien que prise pour l'application d'une résolution du Conseil de sécurité est une liste propre à l'Union européenne, autorise un contrôle plus aisé puisque débarrassé de la nécessité de le justifier au regard de la primauté du droit international. Il n'en demeure pas moins que, même en affirmant la plénitude de leur contrôle dans cette hypothèse, les juridictions communautaires ont été conduites à souligner les contraintes qu'implique le champ particulier de la lutte contre le terrorisme.

D'un côté en effet, alors même que le contrôle des juridictions de l'Union aurait pu n'être qu'un contrôle purement formel de l'existence d'éléments permettant d'inscrire un individu sur une liste telle que celle en cause, le tribunal a, dès l'arrêt dit *OMPI* de 2006¹²²⁷, affirmé l'existence d'un contrôle réel des motifs retenus par le Conseil¹²²⁸. Il n'en demeure pas moins que ce contrôle se heurte à trois types de limites : d'une part, le contrôle opéré par les juridictions de l'Union sur les condamnations opérées dans les États membres et qui servent de motif d'inscription¹²²⁹ ne peut être que réduit ; d'autre part, le Conseil dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation qui ne peut en retour qu'impliquer un contrôle limité à l'erreur manifeste¹²³⁰ ; enfin, les juridictions sont, au fond, évidemment conduites à mettre en balance l'atteinte portée à certains droits fondamentaux avec les exigences particulières de la lutte contre le terrorisme¹²³¹. Pour toutes ces raisons, et même si le contrôle exercé est en principe complet, le contexte impose des limites finalement assez voisines s'agissant tant du contrôle de la retranscription de listes onusiennes que de l'élaboration de listes propres à l'Union.

Au total, tant la Cour suprême américaine que les juridictions de l'Union ont su surmonter les obstacles les plus dirimants qui auraient pu exclure tout contrôle ou presque des mesures de lutte contre le terrorisme. Cependant, elles n'ont pu complètement s'extraire des limites inhérentes au champ de la lutte contre le terrorisme et à la nécessité de préserver le pouvoir discrétionnaire des exécutifs nationaux. C'est pourquoi, bien que ce ne soit sans doute pas dans les mêmes proportions, la jurisprudence de l'une comme des autres traduit un certain *self-restraint*. Sans doute ce contexte et ces limites expliquent que ce soit essentiellement sur le terrain des droits processuels que le contrôle s'est concentré.

II- Une tendance commune à se concentrer sur la protection du droit au juge et des droits processuels

L'attitude réticente de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour de justice de l'Union européenne aurait pu conduire ces deux cours à accorder un blanc-seing aux

¹²²⁷ TPICE, 12 déc. 2006, *OMPI c. Conseil*, aff. T-228/02, Rec. 2006, p. II-04665, spéc. pts 154 et s. ; obs. F. Mariatte, *Europe* 2007, comm. 45.

¹²²⁸ Pour une réaffirmation plus récente : Trib. UE, 30 sept. 2010, *Kadi c. Commission*, dit Kadi II, aff. T-85/05, spéc. pts 126 et s., Rec. 2006, p. II-00005.

¹²²⁹ Article 1^{er} de la position commune 2001/931/PESC, *op. cit.*

¹²³⁰ V. par exemple les pts 60 et s. de l'arrêt du TPICE du 30 sept. 2009, *Jose Maria Sison c. Conseil de l'Union européenne*, dit *Sison III*, aff. T-341/07, Rec. p. II-3625.

¹²³¹ V. par exemple les pts 51 et 52 de l'arrêt du TPICE 2 sept. 2009, *Mohamed El Morabit c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes T-37/07 et T-323/07, Rec. p. II-00131 ou les pts 361 et s. de l'arrêt de la Cour du 3 sept. 2008 *op. cit.*

institutions gouvernementales et européennes. Néanmoins, ces juridictions ont, au fur et à mesure de leur jurisprudence, démontré leur capacité à indiquer les limites qui s'imposaient aux autorités publiques. Il est vrai que dans la grande majorité des cas, ces limites sont d'ordre formel. Rares sont les décisions dans lesquelles les juges censurent ou contestent une mesure anti-terroriste pour atteinte directe à un droit fondamental.

Toutefois, lorsqu'un tel cas se présente, on constate que le droit protégé se rattache toujours à la catégorie des droits processuels ou juridictionnels. Dans le cas de la Cour suprême, l'attention est particulièrement marquée à l'égard du droit au juge. Dans le cas de la Cour de justice de l'Union européenne, la protection se porte davantage en amont et vise plus largement les droits processuels. Toutefois, dans les deux cas, bien que bénéficiant d'une protection accrue, l'application concrète de ces droits connaît de nombreuses limitations.

A- La reconnaissance par la Cour suprême d'un noyau dur des droits fondamentaux : le droit au juge

Les mesures de lutte anti-terroristes conduisent à porter atteinte à de nombreux droits fondamentaux : liberté de réunion, liberté d'opinion, liberté de communication, liberté individuelle, liberté de circulation, droit de propriété... Pourtant, les juges de la Cour suprême n'ont jamais censuré des mesures anti-terroristes du seul fait qu'elles portaient atteintes à ces libertés. Au moment d'analyser les jurisprudences les plus marquantes de cette Cour, il apparaît clairement que parmi tous les droits fondamentaux existant, il n'en existe qu'un seul qui puisse conduire à l'irrégularité d'une mesure de lutte contre le terrorisme : le droit au juge. Le respect du droit au juge semble ainsi constituer l'unique barrière aux velléités sécuritaires du gouvernement américain.

C'est le cas, tout d'abord, dans la décision déjà citée du 24 juin 2004, « *Rasul v. Bush* ». Si cet arrêt a, comme on l'a vu, permis à la Cour d'établir la compétence des tribunaux judiciaires de droit commun pour connaître des demandes formulées par les détenus de Guantanamo, elle a surtout comme apport essentiel de consacrer l'importance du droit à la procédure d'*habeas corpus* au regard des autres droits fondamentaux, puisqu'il est reconnu à toute personne, même non américaine, et y compris si celle-ci est détenue sur un territoire n'étant pas situé sous la souveraineté pleine et entière des États-Unis. Cette procédure d'*habeas corpus*¹²³², dont les racines sont anciennes, vise à protéger un droit : celui de ne pas être emprisonné sans jugement. Ainsi, en vertu de ce droit, toute personne arrêtée doit savoir pourquoi elle est arrêtée, de quoi elle est accusée et d'être amenée devant un juge.

Dans l'arrêt « *Hamdi v. Rumsfeld* » du même jour, la Cour est encore plus précise dans la définition de ce droit au juge – probablement parce qu'il concerne cette fois-ci un détenu ayant la nationalité américaine. La Cour y reconnaît, le droit des citoyens américains à connaître les raisons pour lesquelles ils ont été qualifiés de « *combattants ennemis* » et surtout le droit de contester cette qualification devant une instance neutre.

Ce faisant, la Cour vise à protéger le *due process of law*, reconnu par les 5^{ème} et 14^{ème} amendements de la Constitution du 17 septembre 1787¹²³³. Ces deux arrêts, bien que se

¹²³² Ou plus exactement « *habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum* ».

¹²³³ Le cinquième amendement, ratifié le 15 déc. 1791, faisant partie du *Bill of Rights* dispose notamment que : « *Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un grand jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public [...]; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure*

prononçant sur des cas différents, confirment l'importance des droits procéduraux, lesquels peuvent s'exprimer par le droit d'*habeas corpus*, lequel permet de contester une privation de liberté et qui est reconnu pour les détenus étrangers, et le principe constitutionnel du *due process of law*, lequel est un droit bien plus large, reconnu à tous les citoyens américains et qui leur permet d'avoir des garanties procédurales pour l'ensemble des procès les concernant¹²³⁴.

En dépit de leur formulation très générale, ces arrêts semblaient tout de même tracer des limites à l'action du gouvernement fédéral et le contraindre au minimum à protéger les droits procéduraux de détenus. Pourtant, malgré ces décisions, et surtout suite à la décision « *Hamdan v. Rumsfeld* » du 29 juin 2006, qui a conduit à contester la légalité des commissions militaires, l'administration en place a fait adopter par le Congrès deux textes très contestés : la *Detainee Treatment Act* de 2005 et la *Military Commissions Act* de 2006. Le premier de ces textes garantit l'immunité des agents américains pour les abus commis au cours des interrogatoires des prisonniers¹²³⁵.

En outre, il établit qu'aucun tribunal n'est compétent pour examiner une demande d'*habeas corpus* formulée par un détenu à Guantanamo ni pour engager une action contre sa détention si celui-ci est retenu sur la base navale ou si sa situation a été confirmée par la Cour d'appel du District de Columbia. Toutefois, le texte dispose que la Cour d'appel du district de Columbia dispose d'une compétence juridictionnelle exclusive pour déterminer la validité d'une décision finale de l'Exécutif qualifiant un étranger de « *combattant ennemi* »¹²³⁶. Ainsi, contrairement à ce que laissait espérer la jurisprudence de la Cour suprême, l'administration Bush a refusé de reconnaître un système d'*habeas corpus* pour tous les détenus, mais crée une nouvelle procédure afin d'éviter le recours massif aux tribunaux par les détenus à Guantanamo.

Le second texte, comme on l'a vu, donne un statut législatif aux commissions militaires, et vient également préciser les modalités procédurales applicables aux cours de révision chargées de se prononcer sur le qualificatif de « combattant ennemi » attribuée par l'exécutif aux détenus.

Selon le texte de 2006, ces cours sont formées de trois officiers qui se prononcent à huis-clos sur la base d'une procédure administrative par laquelle il apparaît très difficile de réfuter la qualification faite par l'exécutif. Enfin, le texte nie aux tribunaux ordinaires la compétence pour donner suite à toute action liée à l'accusation, aux règles du procès ou à la sentence des commissions militaires¹²³⁷, y compris des demandes relatives à la légalité des procédures¹²³⁸.

Sachant que les procédures applicables à ces commissions militaires octroient un pouvoir extrêmement important au juge militaire désigné comme président de la commission, tel que le pouvoir de refuser de communiquer certaines preuves ou documents à l'avocat de la

légale régulière [...]». Le quatorzième amendement lui, ratifié le 28 juillet 1868, dispose notamment que : « *Aucun Etat [...] ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction* ».

¹²³⁴ En effet, il convient de préciser que le droit américain distingue clairement le principe général d'une procédure équitable qui s'applique à toute prise de décision en rapport avec les droits de la personne considérés comme fondamentaux, et des droits déclinés reconnus à toute personne suspectée d'avoir commis une infraction pénale.

¹²³⁵ § 1004.

¹²³⁶ E. Gómez Corona, « Estados Unidos : Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes », *op. cit.*, p. 83.

¹²³⁷ Ces commissions sont présidées par un juge militaire et composées de cinq membres, sauf si l'accusé encourt la peine de mort, auquel cas la commission sera composée d'au moins douze membres (section 949m (c)).

¹²³⁸ E. Gómez Corona, « Estados Unidos : Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes », *op. cit.*, p. 89.

défense pour des raisons de sécurité¹²³⁹, cette limitation du contrôle des juridictions ordinaires apparaît comme hautement dangereuse pour les droits des détenus. Certes, le texte législatif prévoit toujours la possibilité d'un contrôle de ces décisions par la Cour d'appel du District de Columbia, mais cette procédure doit uniquement permettre à ces juges de vérifier si la décision adoptée est conforme aux standards et exigences prévues par la loi.

Saisie d'une affaire mettant en cause la constitutionnalité de ces textes, la Cour suprême s'est trouvée contrainte à préciser les modalités procédurales de ces commissions au regard du *Bill of Rights*. Elle le fit dans le retentissant arrêt « *Boumediene v. Bush* » du 12 juin 2008¹²⁴⁰, qui constitue probablement la décision la plus importante de la Cour suprême concernant la législation anti-terroriste. Dans cet arrêt, la Cour avait à faire à une demande d'*habeas corpus* présentée par Lakhdar Boumediene et d'autres détenus algériens à Guantanamo. La Cour devait se prononcer sur la question de savoir si ces détenus avaient toujours le droit de déposer des demandes d'*habeas corpus*, notamment suite aux nouveaux textes votés par le Congrès.

Avec une étroite majorité¹²⁴¹, la Cour suprême a souligné l'inconstitutionnalité partielle aussi bien de la *Detainee Treatment Act* que de la *Military Commissions Act*, puisqu'elle a estimé que les juges fédéraux étaient compétents pour connaître des demandes d'*habeas corpus* formulées par les détenus étrangers qualifiés de « combattants ennemis » par les commissions militaires¹²⁴². Leur interdire un tel droit serait, d'après la Cour suprême, reconnaître aux branches politiques le pouvoir d'appuyer sur le bouton « on/off » de la Constitution comme ils le souhaitent¹²⁴³.

Par cette décision, la Cour suprême confirme avec force le droit à tous à l'*habeas corpus*, constituant ainsi un droit indérogeable, y compris dans le cadre de la lutte contre la menace terroriste. Ce droit constitutionnel d'*habeas corpus* pour les détenus de Guantanamo fut ensuite repris par le Président Barack Obama dans le décret exécutif *Review and disposition of individuals detainees at the Guantanamo Bay Naval and closure of detention facilities*¹²⁴⁴, adopté le 22 janvier 2009, donc deux jours après son entrée en fonction.

Toutes ces décisions ont pour dénominateur commun la volonté du juge suprême de centrer au cœur de la protection des droits fondamentaux, la garantie juridictionnelle. Ce n'est donc pas tant l'atteinte formée à l'encontre des droits tels que la liberté individuelle ou la protection de la vie privée qui est inconstitutionnelle mais l'impossibilité de pouvoir contester cette atteinte devant une juridiction. Le juge suprême ne censure donc pas les violations directes aux droits fondamentaux, mais les restrictions posées par le législateur et le gouvernement à une possible contestation de ces droits devant les juges.

Malheureusement, bien qu'ayant valeur d'arrêt de principe, les suites de l'arrêt « *Boumediene* » apparaissent relativement décevantes. Les déceptions sont en grande partie dues à l'attitude de la Cour suprême elle-même.

En premier lieu, même si la Cour a reconnu un droit au juge naturel à tous les détenus de Guantanamo, elle est restée relativement vague sur les conditions de mise en œuvre de ce droit. Elle a, en effet, laissé aux juridictions inférieures la tâche de préciser les conditions dans

¹²³⁹ Le président de la commission peut décider que le procès se fera à huis-clos et pourra même décider d'interdire aux avocats de la défense d'assister à l'audience pour motif de sécurité (section 949d (d)).

¹²⁴⁰ Cour suprême des Etats-Unis, *Lakhdar Boumediene et al. v. George W. Bush*, 553 US 723 (2008).

¹²⁴¹ De cinq juges.

¹²⁴² E. Gomez Corona, « Estados Unidos : Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes », *op.cit.*, p. 93 ; F. Fabbrini, « The Role of the Judiciary in Times of Emergency: (...) », *op. cit.*, p. 688.

¹²⁴³ « *Excluding the application of the privilege of habeas corpus there would mean granting the political branches ... the power to switch the Constitution on or off at will. V. Boumediene* (Opinion of the Court) § 35.

¹²⁴⁴ Executive Order n°13492 - *Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*.

lesquelles ce droit au juge devrait être appliqué. Par exemple, dans l'arrêt « *Hamdi* », la Cour suprême reconnaît certes à un citoyen américain le droit d'être entendu devant une instance neutre, mais elle n'est pas allée jusqu'à donner les détails des procédures encadrant ces « *instances neutres* »¹²⁴⁵.

La Cour d'appel du District de Columbia, qui a la tâche de recevoir les requêtes des détenus portant sur leur statut de « *combattant ennemi* », dispose finalement d'une large marge d'appréciation en matière de procédure et d'examen des preuves qui lui sont soumises. Dans certaines affaires, ce pouvoir d'appréciation a été utilisé pour contraindre le pouvoir exécutif à un plus grand respect des règles procédurales¹²⁴⁶, permettant aux détenus d'obtenir gain de cause¹²⁴⁷. Cependant, cette marge d'appréciation a également pu être utilisée en faveur du gouvernement¹²⁴⁸.

Pour preuve le fait que la Cour d'appel se prononce sur la base de rapports des services secrets notoirement peu solides, auxquels elle accorde une présomption de régularité, tout en refusant aux détenus la possibilité de les confronter ou de les rejeter. Il en découle des détentions indéfinies basées sur de simples « *présomptions d'évidences* ». La pratique tend ainsi à vider quasi complètement la jurisprudence de la Cour suprême de son contenu, puisqu'à quoi bon avoir un droit au juge si ce juge ne statue pas sur des éléments fiables ?

En second lieu, il convient de remettre en perspective la portée de la jurisprudence de la Cour suprême. Si la Haute cour a reconnu un droit au juge à tous les détenus, le véritable noyau dur est le droit de tous à l'*habeas corpus*, puisque c'est le seul droit commun à tous les détenus, quelle que soit leur nationalité. L'*habeas corpus* est certes une procédure permettant de préserver un droit primordial : la sûreté, puisqu'elle permet d'accéder à un juge pour qu'il se prononce sur la remise en liberté.

Toutefois, la Cour suprême n'a pas accordé un droit au juge naturel à tous les détenus pour qu'ils puissent contester la totalité des décisions les concernant. Quid de leur droit de propriété, de leur liberté de communication, de l'atteinte à leur dignité ? En se limitant à cette portion congrue, la Cour suprême donne finalement une portée très limitée à sa propre jurisprudence. Loin d'être un oubli, cette démarche résulte d'une véritable volonté de la part de la juridiction suprême. Ainsi, elle a volontairement mis de côté la question des conditions de détention de ces « *combattants ennemis* ».

Par exemple, dans l'arrêt « *Boumediene* », la Cour ne s'est pas prononcée sur la conformité à la Constitution de la réglementation qui régit la détention des requérants, estimant tout simplement qu'il s'agissait d'une question qui devrait être tranchée ultérieurement¹²⁴⁹, ou en version originale : « *a matter yet to be determined* »¹²⁵⁰.

Tel un feuilleton à suspense, dont les américains sont effectivement spécialistes, la Cour refuse encore de se saisir de cette question pourtant cruciale qui précisément pourrait donner toute sa consistance au droit à l'*habeas corpus*. Dans les jours qui suivirent cet arrêt, les commentateurs pensaient que cette remarque sibylline serait rapidement traitée par la Cour. Quatre ans plus tard, elle reste encore indéterminée.

¹²⁴⁵ J. Landau, « Muscular procedure : conditional deference in the executive detention cases », *Washington Law Review*, vol. 84, 2009, p. 669.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 667.

¹²⁴⁷ M. J. Durkee, « Beyond the Guantanamo bind : pragmatic multilateralism in refugee resettlement », *Columbia Human Rights Law Review*, vol.42, 2011, p.709.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 711.

¹²⁴⁹ E. Gómez Corona, « Estados Unidos : Política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes », *op. cit.*, p. 93 ; J. Landau, « Muscular procedure : conditional deference in the executive detention cases », *op. cit.*, p. 670.

¹²⁵⁰ *Boumediene* (Opinion of the Court), § 2277.

Bien au contraire, on ressent actuellement un certain désintérêt de la Cour pour ces questions. En est pour preuve le rejet, en 2009 et en 2011, de quatre requêtes formulées par des détenus de Guantanamo, uniquement sur la base du *writ of certiorari*¹²⁵¹. Le fait que la Cour tende à refermer le goulot des recours à travers une utilisation plus que restrictive de son *writ of certiorari* atteste de son malaise sur cette question. L'absence de respect des règles élémentaires par l'administration Bush conduit actuellement à une impasse.

De peur de devoir remettre en liberté des détenus accusés sur la base de témoignages obtenus de manière irrégulière, la Cour suprême mais également l'administration Obama se refusent, pour l'un, d'annuler les procédures passées et, pour l'autre, de fermer définitivement cette base navale. Si la jurisprudence de la Cour est allée vers une meilleure protection des droits, et notamment vers une très forte consécration du droit au juge, cette avancée reste encore très limitée et plie encore sous les exigences sécuritaires.

B- L'accent mis par la CJUE sur le respect des droits processuels

La question des droits subjectifs à protéger dans le contrôle juridictionnel au fond se pose évidemment très différemment pour les juridictions de l'Union européenne et pour la Cour suprême américaine dès lors que les mesures qui leur sont soumises ne sont pas les mêmes. Il n'en demeure pas moins qu'un certain rapprochement peut être fait. Ainsi, alors que les inscriptions sur les listes de présumés terroristes portent atteinte au droit de propriété ou à la liberté d'aller et venir des intéressés, ce n'est pas sur ce terrain que les juridictions européennes se sont axées.

Il est vrai qu'à partir du moment où de telles atteintes sont considérées comme nécessaires au service de l'objectif légitime de lutte contre le terrorisme, ce ne sont pas les conséquences qui s'y rattachent qui peuvent être contestées mais bien l'inscription elle-même. Dans ces conditions, deux types de griefs peuvent être soulevés : ceux liés à la procédure d'inscription et ceux liés aux motifs de l'inscription. Comme nous l'avons déjà indiqué, le contrôle entier auquel le juge communautaire prétend se livrer en matière de contrôle des mesures anti-terroristes¹²⁵² autorise bien un contrôle de ces deux types de moyens. Toutefois, l'examen de la jurisprudence et des motifs ayant effectivement abouti à une censure montrent que c'est essentiellement sur le terrain des droits processuels que le contrôle des juridictions communautaires se déploie.

Il est vrai que le contrôle des motifs est nécessairement restreint et que la Cour ne semble pas en mesure, en l'état actuel de sa jurisprudence, d'opérer un contrôle au-delà de l'exactitude matérielle des faits et notamment des décisions nationales ayant servi de fondement à l'inscription du requérant sur la liste de présumés terroristes. C'est ainsi que le Tribunal a effectivement censuré le maintien d'un individu sur la liste dès lors que le Conseil n'avait pas pris en compte tous les développements juridictionnels intervenus et notamment la conclusion de juridictions nationales selon laquelle elles ne possédaient finalement pas assez d'éléments pour engager des poursuites pénales¹²⁵³.

¹²⁵¹ J. Cantegreil, « La doctrine du "combattant ennemi illégal" », *op. cit.*, p. 81 ; M. J. Durkee, « Beyond the Guantanamo bind : pragmatic multilateralism in refugee resettlement », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, 2011, p. 711.

¹²⁵² V. ainsi les pts 154 et s. de TPICE, 12 déc. 2006, *OMPI c. Conseil*, *op. cit.*, ou les pts 126 et s. de Trib. UE, 30 sept. 2010, *Kadi II*, *op. cit.* ; CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c. Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, pt 462.

¹²⁵³ TPICE, 30 sept. 2009, *Jose Maria Sison c. Conseil*, dit *Sison II*, aff. T-341/07, Rec. p. II-3625, spéc. pts 116 et s.

Au-delà, et en dépit de l'affirmation selon laquelle son contrôle s'étend bien au bien-fondé de la mesure, la jurisprudence des juridictions de l'Union demeure faible sur ce terrain. C'est en effet non sans raison qu'elles estiment que les institutions disposant d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de l'adoption ou du maintien d'une mesure de gel des fonds, il ne saurait être exigé qu'elles indiquent de façon très détaillée « *en quoi le gel des fonds d'une personne visée par une telle mesure contribue, de façon concrète, à la lutte contre le terrorisme ou qu'il fournisse des preuves tendant à démontrer que l'intéressé pourrait utiliser ses fonds pour commettre ou faciliter des actes de terrorisme à l'avenir* »¹²⁵⁴.

C'est donc le contrôle des droits processuels qui est apparu beaucoup plus prometteur. Certes, il est d'emblée limité par la conclusion selon laquelle les mesures de gel des fonds ne sont pas des sanctions pénales mais doivent s'analyser comme une procédure administrative ayant une fonction conservatoire dans la lutte contre le terrorisme. En effet, une telle perspective dispense les institutions de l'Union du respect de certains droits dès lors que les juridictions de l'Union sont susceptibles d'être saisies *a posteriori*. Comme l'a indiqué le Tribunal de l'Union lui-même, une telle conclusion n'a rien d'évident dès lors que le gel des avoirs peut durer plus de 10 ans et que l'on peut dans ces conditions être assez tenté d'y voir une sanction pénale¹²⁵⁵.

Mais cette circonstance n'empêche pas les institutions de l'Union d'être soumises au respect d'exigences procédurales importantes. Dès l'arrêt *OMPI* de 2006, le Tribunal en a posé les principaux éléments : d'une part, les institutions ont l'obligation de motiver leur décision d'inscrire puis de maintenir un individu sur la liste des présumés terroristes ; d'autre part, elles ont l'obligation de communiquer aussi vite que possible ces motifs aux individus de manière à permettre à ces derniers d'exercer leur droit de recours. Comme dans la jurisprudence de la cour suprême américaine, le droit au juge semble ainsi au cœur des droits à protéger : la violation des droits processuels entraîne *de facto* la violation du droit à un recours juridictionnel effectif¹²⁵⁶.

C'est sur ce terrain que, compte tenu des faiblesses de la procédure suivie devant le comité des sanctions et non compensées par la réinscription automatique sur une liste européenne, la Cour a annulé l'inscription de M. Kadi¹²⁵⁷. A la suite de cette annulation, il a été demandé au comité des sanctions de l'ONU de communiquer la motivation ayant justifié une telle inscription puis, après transmission, l'intéressé a été en mesure de présenter des observations avant que les institutions de l'Union ne décident du maintien de son inscription. Et c'est exactement sur le même terrain que le Tribunal a alors annulé la seconde inscription de M. Kadi, estimant notamment « *en l'espèce, que les droits de la défense du requérant n'ont été « respectés » que de manière purement formelle et apparente* »¹²⁵⁸.

Mais cette répétition même illustre l'efficacité très relative du contrôle opéré par les juridictions européennes et que démontrent également les tribulations juridictionnelles de M. Sison. Après avoir obtenu une première fois l'annulation de son inscription sur la liste pour défaut de motivation¹²⁵⁹, avoir obtenu une seconde fois l'annulation du maintien de son inscription cette fois-ci parce que les institutions n'avaient pas tenu compte de l'abandon des

¹²⁵⁴ Pt 57 de l'arrêt du Trib. UE, 7 déc. 2010, *Fahas c. Conseil*, aff. T-49/07, Rec. p. II-5555.

¹²⁵⁵ V. à cet égard la très grande « *franchise* », inusuelle dans une décision de justice, du Tribunal dans le pt 150 de son arrêt du 30 sept. 2010, *Kadi II*, *op. cit.*

¹²⁵⁶ Sur cette liaison, V. par exemple les pts 181 et s. de l'arrêt *Kadi II* du Tribunal.

¹²⁵⁷ CJCE, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation*, *op. cit.*

¹²⁵⁸ Pt 171 de l'arrêt *Kadi II*.

¹²⁵⁹ TPICE, 11 juillet 2007, aff. T-47/03, *Sison c. Conseil*, dit *Sison I*, Rec. p. II-73.

poursuites au niveau national¹²⁶⁰, M. Sison a cherché à obtenir réparation des préjudices subis du fait de l'inscription sur une longue période de temps sur cette liste et des mesures restrictives subséquentes auxquelles il a été astreint. Las, l'importance du pouvoir discrétionnaire des institutions de l'Union et la complexité intrinsèque de la lutte contre le terrorisme conjugué à son importance ont conduit le Tribunal à rejeter ce recours au motif que la violation des droits fondamentaux du requérant n'était pas suffisamment caractérisée¹²⁶¹.

Cette dernière affaire illustre de manière particulièrement probante les difficultés ontologiques du contrôle juridictionnel des mesures anti-terroristes auxquelles se heurtent tant les juridictions de l'Union que la Cour suprême américaine et que ce panorama comparatif fait particulièrement ressortir. Quelles qu'aient pu être les vellétés de ces juridictions de ne pas laisser les exécutifs opérer sans contrainte, quels que soient les obstacles de principe à leur compétence qu'elles ont su surmonter dans ce domaine si sensible du point de vue des droits fondamentaux, les limites mises en place paraissent à bien des égards formelles tant leur action est contrainte par l'appréciation factuelle d'éléments qui ne peuvent que leur échapper. C'est de ce fait autour des garanties processuelles et du droit au juge que leur action se concentre, ce qui peut paraître assez peu tant les enjeux en terme de droit fondamentaux sont élevés et variés, mais qui est évidemment déjà beaucoup.

**Marie Gautier,
Carolina Cerda-Guzman**

¹²⁶⁰ TPICE, 30 sept. 2009, *Sison II*, *op. cit.*

¹²⁶¹ TPICE, 23 nov. 2011, *Sison III*, *op. cit.*

L'influence des jurisprudences Kadi sur le régime des sanctions instauré par la résolution 1269 (1999)

Après l'avoir longtemps volontairement ignorée pour des raisons politiques¹²⁶², l'ONU s'est pleinement saisie de la question du terrorisme au cours des dernières décennies¹²⁶³. Elle mène dorénavant une véritable lutte contre ce fléau.

Parmi les organes qui y sont impliqués, figure évidemment, au premier chef, le Conseil de sécurité. Considérant que le terrorisme est une « *menace à la paix et à la sécurité internationales* »¹²⁶⁴, cet organe a pu prendre à plusieurs reprises des sanctions en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Celles-ci, de nature principalement économique, sont dirigées à l'encontre de certaines personnes physiques ou morales.

C'est ainsi qu'à la suite des attentats terroristes contre les ambassades américaines de Dar es Salam et de Nairobi – attentats qui avaient fait 224 morts en 1998 –¹²⁶⁵, le Conseil de sécurité, dans ses résolutions 1267 (1999), 1333 (2000) et 1390 (2002)¹²⁶⁶ a décidé de prendre des sanctions à l'encontre des personnes et entités associées à Al-Qaida, à Usama bin Laden et aux Taliban. Ces sanctions consistent principalement en un gel des fonds, des avoirs et des ressources économiques, en des interdictions de voyager et en l'obligation d'empêcher la fourniture d'armements et de matériels connexes et de conseils techniques dans le domaine militaire. Conformément désormais à sa pratique en la matière, le Conseil de sécurité a également institué par sa résolution 1267 un comité (ci-après le Comité 1267)¹²⁶⁷ dont la mission est de surveiller la mise en œuvre de ces sanctions¹²⁶⁸.

Autrement dit, il doit superviser les mesures prises par les Etats, réagir aux informations qui lui parviennent sur les violations des sanctions et surtout mettre à jour la liste des personnes physiques et morales suspectées d'entretenir des liens et d'apporter un soutien à

¹²⁶² V. J.-M. Sorel, « Le système onusien et le terrorisme ou l'histoire d'une ambiguïté volontaire », *L'Observateur des Nations Unies*, 1999, n° 6, pp. 31-57.

¹²⁶³ C'est seulement à la suite du dénouement tragique de la prise d'otage des athlètes israéliens lors des Jeux Olympiques de Munich que l'Assemblée générale s'est pour la première fois saisie de cette question : résolution 3034 (XXVII) du 18 déc. 1972.

¹²⁶⁴ Le Conseil de sécurité a pour la première fois qualifié le terrorisme de la sorte dans sa résolution 731 (1992) : 2^e al. du préambule.

¹²⁶⁵ J. Godinho, « When Worlds Collide : Enforcing United Nations Security Council Asset Freezes in the EU Legal Order », *European Law Journal*, 2010, vol. 16/1, pp. 67-93, pp. 70-71.

¹²⁶⁶ V. également toutes les résolutions les prolongeant : 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009) et 1989 (2011).

¹²⁶⁷ Pour tenir compte de l'évolution de son mandat, le Comité a changé de nom à trois reprises. Initialement dénommé « *Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1267 (1999) concernant l'Afghanistan* », il est devenu, le 2 sept. 2003 le « *Comité des sanctions contre Al-Qaida, les Taliban et les personnes et entités qui leur sont associées* » : SC/7865, 4 sept. 2003. Sa mission a une nouvelle fois évolué le 17 juin 2011 puisque depuis l'adoption de la résolution 1989 (2011), le Comité des sanctions ne se concentre plus que sur l'activité d'Al-Qaida. Par conséquent, il s'intitule désormais « *Comité des sanctions contre Al-Qaida et les personnes et entités qui lui sont associées* ». La résolution 1988 (2011) crée un régime spécifique de sanctions pour les Taliban et leurs associés constituant une menace pour la paix, la stabilité et la sécurité en Afghanistan.

¹²⁶⁸ Sur le rôle des comités des sanctions : F. Alabrune, « La pratique des comités des sanctions du Conseil de sécurité depuis 1990 », *AFDI*, 1999, pp. 226-279 ; A. Kolliopoulos, « Les comités des sanctions de l'Organisation des Nations Unies », in L.-P. Forlati, L.-A. Sicilianos (sous la dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, Académie de droit international de La Haye, Nijhoff, 2004, 868 p., spéc. pp. 567-601.

certaines groupes d'individus en vue de les soumettre à diverses sanctions. Cette dernière prérogative est très importante dans la mesure où les Etats ont l'obligation de prendre des sanctions à l'encontre des individus ou des entités qui figurent sur cette liste récapitulative.

La procédure d'inscription et de radiation sur celle-ci a cependant très tôt été contestée dans la mesure où le Conseil de sécurité avait avant tout privilégié l'efficacité sur le respect des droits fondamentaux¹²⁶⁹. Devant l'avalanche de critiques¹²⁷⁰, il s'est toutefois résigné à prendre un certain nombre de mesures. Il a de la sorte introduit une procédure de dérogation pour raisons humanitaires¹²⁷¹ et il a posé un certain nombre d'obligations pour garantir l'équité de la procédure et la rendre plus transparente¹²⁷².

Concomitamment à cette évolution, plusieurs actions judiciaires¹²⁷³ ont été engagées par des individus et des entités figurant sur la liste récapitulative au plan national¹²⁷⁴ et au plan régional¹²⁷⁵. Ces différentes actions ne sont évidemment pas passées inaperçues à New York. Comme l'observait l'Equipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions (ci-après l'Equipe de surveillance)¹²⁷⁶ en 2005, « *les nombreuses contestations juridiques auxquelles les*

¹²⁶⁹ Comme le précisent Joël Rideau et Constance Grewe, « *les résolutions du Conseil de sécurité établissant les différents mécanismes de sanctions ciblées n'ont pas été accompagnées par l'instauration de contrôles spécifiques, les pouvoirs exercés apparaissant comme relevant d'un pouvoir discrétionnaire, avec une place réduite faite au respect des droits de l'homme malgré les déclarations de principe* » : « Avant-Propos. Dans les plateaux de la balance », in J. Rideau e.a. (sous la dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 414 p., pp. 1-9, p. 3.

¹²⁷⁰ Selon le Groupe de personnalités de haut niveau, « *la manière dont des entités ou des particuliers sont ajoutés à la liste de terroristes du Conseil et l'absence d'examen ou de recours pour ceux dont le nom figure sur la liste soulèvent de sérieux problèmes de responsabilité, voire de violations des normes et conventions relatives aux droits de l'homme fondamentaux* » : *Un monde plus sûr. Notre affaire à tous*, A/59/565, 2 déc. 2004, § 152. V. également i.a. : *Rapport du rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, A/61/267, 12 août 2006, §§ 30-41 ; *Rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, A/HRC/8/13, 2 juin 2008, § 60. V. également les références citées par M. Bothe, « Security Council's Targeted Sanctions Against Presumed Terrorists », *J. Int'l Crim. Just.*, 2008, vol. 6, pp. 541-555, p. 546.

¹²⁷¹ V. les résolutions 1390 (2002) et 1452 (2002). Elles répondent à une demande du Comité 1267 : *Rapport du Comité 1267*, S/2002/1423, 26 déc. 2002, § 25.

¹²⁷² V. *infra*.

¹²⁷³ Un récapitulatif des différentes instances en cours figure en annexe de chacun des rapports de l'Equipe de surveillance.

¹²⁷⁴ De la lecture des différents rapports de l'Equipe de surveillance, il ressort que des recours ont été introduits au Canada (V. A. Tzanakopoulos, « United Nations Sanctions in Domestic Courts: From Interpretation to Defiance in *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* », *J. Int'l Crim. Just.*, 2010, vol. 8, pp. 249-267), au Pakistan, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis : *Onzième rapport de l'Equipe de surveillance*, S/2011/245, 13 avr. 2011, Annexe, § 2 et §§ 8-11. Des instances ont également été introduites en Belgique, en Italie, aux Pays-Bas, en Suisse et en Turquie : *Troisième rapport de l'Equipe de surveillance*, S/2005/572, 10 mars 2006, annexe II, §§ 3-4, § 6, § 7, §§ 9-10 et § 11.

¹²⁷⁵ Outre les affaires portées devant les juridictions de l'Union européenne, il faut signaler un recours actuellement pendant devant la Grde ch. de la Cour EDH (*Nada c. Suisse*, n° 10593/08) : *ibid.*, § 7. V. H. Mock, A Borghi, « Vers une sortie du labyrinthe dans les listes anti-terroristes de l'ONU ? L'affaire *Nada*, en instance à Strasbourg, à la lumière de l'arrêt *Al Barakaat et Kadi* de la CJCE (3 sept. 2008) », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges Petros J. Pararas*, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 2009, 578 p., pp. 393-414. Le Comité des droits de l'homme a également eu à connaître des suites de l'affaire *Sayadi* dont avait été saisie la justice belge : *Nabil Sayadi et Patricia Vinck*, Demande de radiation de noms sur la liste établie par le Comité des sanctions des Nations Unies, communication n° 1472/2006, 9 déc. 2008, CCPR/C/94/D/1472/2006. Pour un inventaire des différents recours nationaux et régionaux : A. Reinisch, « Should Judges Second-Guess the UN Security Council ? », *International Organizations Law Review*, 2009, vol. 6, pp. 257-291, pp. 271-283.

¹²⁷⁶ L'Equipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions a été créée en application de la résolution 1526 (2004). Elle succède au groupe de suivi créé par la résolution 1363 (2001). Composée d'experts indépendants,

sanctions ont déjà donné lieu, particulièrement en Europe et aux Etats-Unis, et celles qui risquent de survenir ultérieurement constituent un grave obstacle à leur bonne mise en œuvre »¹²⁷⁷.

En d'autres termes, ce n'est ni plus ni moins que l'efficacité du régime des sanctions qui était menacée. En mai 2008, devant le Conseil de sécurité, l'Equipe de surveillance affirmait que le régime des sanctions était « à la croisée des chemins du point de vue juridique, une attention particulière étant aujourd'hui accordée à deux recours dont a été saisie la Cour de justice des Communautés européennes »¹²⁷⁸. Une attention toute particulière a en effet été accordée à New York aux recours présentés à Luxembourg par messieurs Ahmed Ali Yusuf et Yassin Abdullah Kadi¹²⁷⁹ ainsi que par Al Barakaat International Foundation. Cet intérêt inhabituel marqué pour des décisions de cours régionales invite à se demander si celles-ci ont pu avoir une quelconque répercussion sur la pratique du Comité 1267.

A partir du moment où les textes constitutifs des comités de sanctions sont élaborés par le Conseil de sécurité, il s'agit de voir si ce dernier a précisément tenu compte de la jurisprudence des juges du plateau du Kirchberg dans les affaires *Kadi*¹²⁸⁰, à savoir l'arrêt rendu par la CJCE le 3 septembre 2008 (ci-après arrêt *Kadi*)¹²⁸¹ et celui rendu par le Tribunal de l'Union européenne le 30 septembre 2010 (ci-après arrêt *Kadi II*)¹²⁸².

En pratique, l'arrêt *Kadi* a eu un retentissement certain à New York (Section I). Si le Conseil de sécurité a pris des mesures, il n'a néanmoins pas été jusqu'à en tirer toutes les conséquences (Section II).

nommés par le Secrétaire général, elle a pour mandat d'aider le Comité 1267. Initialement créée pour 18 mois, son mandat a été systématiquement prorogé depuis.

¹²⁷⁷ Deuxième rapport de l'Equipe de surveillance, S/2005/83, 15 févr. 2005, § 50.

¹²⁷⁸ Huitième rapport de l'Equipe de surveillance, S/2008/324, 14 mai 2008, § 39.

¹²⁷⁹ Ce dernier a également introduit un recours en Turquie ainsi que des procédures administratives dans différents Etats dont les Etats-Unis : S/2005/572, *op. cit.*, note 13, annexe 2, § 2.

¹²⁸⁰ Outre la résolution 1267 (1999), le Conseil de sécurité a également adopté des sanctions dans le cadre de la lutte contre le terrorisme par le biais des résolutions 1373 (2001) et 1540 (2004). Les techniques utilisées dans la mise en œuvre des résolutions 1267 et 1373 sont très différentes. « Dans le cas de la résolution 1373, l'Union européenne a formulé sa propre liste de mesures préventives, tandis que dans le cas de la résolution 1267 elle a simplement transposé la liste adoptée par le Conseil de sécurité dans des actes législatifs communautaires » : W. Czaplinski, « La coopération entre l'Union européenne et l'ONU dans le domaine de la lutte contre le terrorisme », in J. Auvret-Finck (sous la dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, 331 p., pp. 165-176, p. 175.

Il en découle que, dans le premier cas, l'Union européenne dispose d'un large pouvoir d'appréciation tandis que, dans le second, sa marge de manœuvre est extrêmement limitée. Si des actions contentieuses ont été introduites contre les actes communautaires mettant en œuvre la résolution 1373 devant les juridictions de l'Union européenne, celles-ci n'ont pas posé, du point de vue des Nations Unies, des problèmes juridiques de même ampleur que pour ceux mettant en œuvre la résolution 1267. C'est ce qui explique que l'étude se concentre sur le contentieux des mesures prises dans le prolongement de la résolution 1267. V. sur les recours contre les actes communautaires mettant en œuvre la résolution 1373 : J.-C. Martin, « Le respect des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme : le contentieux des mesures restrictives anti-terroristes devant le juge de l'Union européenne » in *ibid.*, pp. 107-130, spéc. pp. 120-122.

¹²⁸¹ CJCE, 3 sept. 2008, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*. V. notamment : D. Simon, A. Rigaux, « Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat : smart sanctions pour le Tribunal de première instance ? », *Europe*, novembre 2008, Etude n° 9 ; J.-P. Jacqué, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *RTD Eur.*, 2009, pp. 161-179.

¹²⁸² Trib. UE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission*. V. sur cette affaire : D. Simon, « Sanctions antiterroristes », *Europe*, novembre 2010, comm. 354. Cette affaire fait l'objet d'un pourvoi actuellement pendant devant la Cour : aff. C-584/10 P (aff. jtes, C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P).

I – Le retentissement certain de l’arrêt *Kadi* à New York

L’affaire *Kadi* a retenu toute l’attention du Comité 1267 et du Conseil de sécurité. Le déroulement de chacune de ses étapes a en particulier été scruté par l’Equipe de surveillance (A). Celle-ci ne s’est cependant pas contentée d’observer et de relater les différents rebondissements judiciaires survenus à Luxembourg et devant d’autres juridictions, elle a également profité de cette affaire pour plaider une réforme du régime des sanctions et faire un certain nombre de propositions en ce sens. D’autres organes et Etats membres en ont fait de même (B).

A- Une procédure scrutée étape par étape par l’Equipe de surveillance

L’Equipe de surveillance a très tôt mesuré le danger que les recours portés devant les juridictions communautaires fassent courir à l’efficacité du système des sanctions. Dans son deuxième rapport, celle-ci précisait que : « *si la Cour européenne de justice invalidait le mécanisme de l’Union européenne en jugeant qu’il ne respecte pas les garanties d’une procédure régulière, elle ne remettrait pas nécessairement en cause les obligations contractées par les Etats membres de l’Union envers l’ONU pour ce qui est d’appliquer les sanctions, mais elle compliquerait grandement leur tâche à cet égard et il ne fait pas de doute qu’une telle décision réduirait le pouvoir de persuasion du Conseil, du Comité et de l’équipe vis-à-vis des Etats Membres lorsqu’ils cherchent à les inciter à proposer des noms à inscrire sur la liste* »¹²⁸³. Elle craignait en outre qu’une telle décision ne fasse des émules et que d’autres juridictions, en dehors de l’Union européenne, viennent à leur tour remettre en cause le régime des sanctions institué par la résolution 1267 (1999)¹²⁸⁴.

L’Equipe de surveillance a donc suivi de près l’affaire *Kadi* et les affaires connexes à Luxembourg en retenant à chaque fois son souffle. C’est évidemment avec un profond soulagement qu’elle a accueilli les jugements du Tribunal de première instance¹²⁸⁵ qui validaient le régime des sanctions et confirmaient la primauté du Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte¹²⁸⁶. Elle les a qualifiés de « *décisions juridiques les plus importantes rendues à ce jour au sujet des procédures de contestation engagées par des personnes ou des entités figurant sur la Liste* »¹²⁸⁷.

¹²⁸³ S/2005/83, *op. cit.*, note 16, § 58. V. également § 52.

¹²⁸⁴ Pour l’Equipe de surveillance, « *on devine aisément que le précédent judiciaire créé par une décision invalidant le régime de sanctions, en particulier une décision concernant un si grand nombre d’Etats, pourraient entraîner des problèmes similaires dans d’autres Etats hors Union européenne* » : S/2008/324, *op. cit.*, note 17, § 40.

¹²⁸⁵ TPICE, 21 sept. 2005, aff. T-315/01, *Kadi c. Conseil et Commission*, Rec. CJCE 2006, II, p. 3659 et TPICE, 21 sept. 2005, aff. T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, Rec. 2006, II, p. 3533.

¹²⁸⁶ *Quatrième rapport de l’Equipe de surveillance*, S/2006/154, 10 mars 2006, § 42. L’Equipe trouve en outre « *intéressant de noter que selon la décision du Tribunal, un résident d’un Etat qui n’est pas disposé à saisir l’Organisation des Nations Unies pourrait tenter une action en justice à l’échelon national pour obliger cet Etat à agir. Cette conclusion va dans le même sens qu’une décision adoptée l’année dernière par un tribunal de Bruxelles, qui a obligé le Gouvernement belge à demander la radiation de deux personnes figurant sur la Liste (S/2005/572, annexe II)* » : *ibid.*, annexe, § 6.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, annexe, § 1. Par la suite, l’Equipe de surveillance a également rappelé que le 12 juillet 2006, le Tribunal de première instance des communautés européennes a « *confirmé la légalité des sanctions, du fait notamment que certaines procédures adoptées par le Comité autorisent, par exemple, les demandes de dérogation au gel des avoirs, au titre du règlement de frais indispensables, ou en cas de radiation de la liste* » : *Cinquième rapport de l’Equipe de surveillance*, S/2006/750, 20 sept. 2006, annexe III, § 3. V. également : § 43 et annexe III, §§ 1-4.

Puis, c'est de nouveau avec empressement et inquiétude qu'elle a attendu la décision en appel de la Cour de Justice n'hésitant pas cette fois à évoquer les incidences « *considérables pour l'application des sanctions en Europe* »¹²⁸⁸ de cette dernière. Même si l'Equipe de surveillance l'avait largement anticipée, compte tenu des conclusions de l'avocat général Miguel Poiras Maduro, l'arrêt *Kadi* de la CJCE a cependant fait l'effet d'une bombe¹²⁸⁹. Pour l'Equipe de surveillance cette « *décision attendue depuis longtemps [...] est probablement l'événement judiciaire le plus marquant à avoir eu des répercussions sur le régime depuis sa mise en place* »¹²⁹⁰.

L'Equipe de surveillance n'a ainsi eu de cesse d'attirer l'attention du Comité 1267 et du Conseil de sécurité sur l'évolution des recours portés devant le juge de l'Union européenne¹²⁹¹ et sur la nécessité corrélative de mener à bien un certain nombre de réformes.

B- Une procédure invoquée pour justifier une réforme du régime des sanctions

Plusieurs organes et Etats membres ont fait référence à l'affaire *Kadi* au sein des Nations Unies afin de justifier une réforme de la procédure suivie par le Comité 1267.

Après avoir eu connaissance des recours formés à Luxembourg, l'Equipe de surveillance a fait certaines propositions destinées à « *contribuer à conjurer l'éventualité d'une ou de plusieurs décisions judiciaires potentiellement négatives qui risqueraient d'entraver le processus d'application des sanctions* »¹²⁹². Puis est venu l'arrêt *Kadi* dont l'Equipe considère qu'elle change « *les termes du débat sur l'équité et la réforme nécessaire* »¹²⁹³.

Cette réforme rendue impérieuse doit pour l'Equipe « *donner un caractère plus juridique au régime* »¹²⁹⁴. Elle a alors passé en revue différentes possibilités dont la mise en place d'un groupe d'examen, d'un médiateur ou l'examen par un organe existant¹²⁹⁵. Dans l'attente de ces réformes, l'Equipe de surveillance a préconisé au Comité « *de s'employer*

¹²⁸⁸ Plus précisément, elle affirme que la CJCE « *devrait rendre dans les mois qui viennent, au sujet d'une affaire concernant M. Qadi (et une action complémentaire), un arrêt qui aura des incidences considérables pour l'application des sanctions en Europe* » : *Septième rapport de l'Equipe de surveillance*, S/2007/677, 15 novembre 2007, annexe I, § 1.

¹²⁸⁹ V. S/2008/324, *op. cit.*, note 17, § 40.

¹²⁹⁰ *Neuvième rapport de l'Equipe de surveillance*, 13 mai 2009, S/2009/245, § 19. Le T.P.I.C.E. a logiquement été ensuite conduit à appliquer les principes dégagés par la Cour dans l'affaire *Kadi*. Ce fut le cas dans l'affaire *Omar Mohammed Othman c. Conseil et Commission* : 11 juin 2009, aff. T-318/01 (V. D. Simon, « Sanctions antiterroristes et droits fondamentaux », *Europe*, août 2009, comm. 297). L'Equipe de surveillance a évidemment accordé de l'importance à cette affaire. Elle a estimé que « *des pressions supplémentaires pourraient résulter de [cet] arrêt* » : *Dixième rapport de l'Equipe de surveillance*, S/2009/502, 2 oct. 2009, § 37. Cependant, elle rappelle que cette « *décision était assez généralement attendue, après la décision de sept. 2008 dans l'affaire Qadi et Barakaat, que le Tribunal de première instance a citée comme base de sa décision* » : *ibid.*

¹²⁹¹ D'autres organes y ont également fait référence. V. par exemple le rapport du groupe de travail de l'équipe spéciale de lutte contre le terrorisme qui évoque un « *fait troublant* » à propos de l'arrêt *Kadi* : *Les mesures de lutte contre le financement du terrorisme*, Série de publication de l'équipe spéciale, New York, Nations Unies, Oct. 2009, 30 p., spéc. pp. 21-22.

¹²⁹² S/2005/83, *op. cit.*, note 16, § 58. De même, elle rappelle que « *tout progrès en matière de garantie d'une procédure régulière limite le risque d'une décision contraire qui pourrait compliquer l'application* » : S/2005/572, *op. cit.*, note 13, § 54.

¹²⁹³ S/2009/502, *op. cit.*, note 29, § 36.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, § 40.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, §§ 39-49. Pour d'autres propositions : *ibid.*, §§ 50-54. V. sur la question, R. Chemain, « Les "suites" de l'arrêt *Kadi* », *RMCUE*, juin 2009, n° 259, pp. 387-393.

d'abord à éliminer de la Liste les noms dont l'inscription est mal étayée, afin de réduire la possibilité d'actions en justice couronnées de succès»¹²⁹⁶.

L'Equipe de surveillance n'est toutefois pas la seule à justifier la nécessité d'une réforme et à formuler des propositions en ce sens en excipant de la jurisprudence *Kadi*. Certains Etats membres en ont fait de même. Au cours de différents débats qui ont suivi le prononcé de l'arrêt *Kadi*, plusieurs d'entre eux ont directement insisté sur la nécessité de réviser la procédure d'inscription et de radiation des listes afin de tenir dûment compte des critiques faites par la CJCE. A titre d'illustration, le 12 novembre 2008, lors d'un débat au Conseil de sécurité, le représentant de l'Afrique du Sud a affirmé que l'arrêt *Kadi* indiquait : « *clairement qu'un régime de sanctions échouera si l'on ne tient pas compte des préoccupations des Etats Membres relatives aux droits légitimes des personnes et à la mise en place de procédures équitables et claires* »¹²⁹⁷.

Le représentant de l'Indonésie a quant à lui dénoncé les lacunes juridiques que la procédure du régime des sanctions comprenait en se fondant expressément sur l'arrêt de la CJCE¹²⁹⁸. Le représentant de la Suisse et du Liechtenstein a pour sa part exhorté « le Comité 1267 et le Conseil de sécurité à considérer dûment le raisonnement de la Cour de Justice des Communautés européennes »¹²⁹⁹. Le 9 décembre 2008, au lendemain des attentats de Bombay, le représentant de l'Afrique du Sud estimait lors d'un débat au Conseil de sécurité que l'arrêt *Kadi* en particulier illustre les nombreuses difficultés que suscitait le régime des sanctions. Selon lui, le Conseil de sécurité devait « *comprendre qu'il ne [pouvait] pas poursuivre comme si de rien n'était* »¹³⁰⁰. L'affaire *Kadi* a également été évoquée lors de débats à l'Assemblée générale des Nations Unies.

Le 18 novembre 2008, par exemple, le représentant du Liechtenstein a rappelé que l'arrêt *Kadi* illustre « *parfaitement les problèmes liés au concept de "procès équitable" qui caractérisent le régime actuel des sanctions* »¹³⁰¹. Quant au représentant suisse, il a affirmé que l'arrêt de la Cour soulignait combien il était urgent de régler cette question¹³⁰². Ces différents exemples montrent, d'une part, que les Etats membres de l'Union européenne¹³⁰³ ne sont pas les seuls à être préoccupés par les conséquences de l'arrêt *Kadi*¹³⁰⁴ et que, d'autre part, des Etats membres des Nations Unies se servent de cet arrêt pour justifier la mise en place d'une réforme du régime des sanctions instauré par la résolution 1267 (1999).

¹²⁹⁶ S/2009/502, *op. cit.*, note 29, § 40.

¹²⁹⁷ Intervention de M. Kumalo au Conseil de sécurité le 12 nov. 2008 : S/PV.6015, p. 24.

¹²⁹⁸ Intervention de M. Natalegawa : *ibid.*, p. 23.

¹²⁹⁹ Intervention de M. Maurer : *ibid.*, p. 26.

¹³⁰⁰ Intervention de M. Sangqu au Conseil de sécurité le 9 déc. 2008 : S/PV.6034, p. 16.

¹³⁰¹ Intervention de M. Frommelt : AG/10786, 18 novembre 2008.

¹³⁰² Intervention de M. Maurer, *ibid.*

¹³⁰³ V. notamment pour la position de l'Union européenne : intervention de M. Lacroix au Conseil de sécurité le 12 novembre 2008 : S/PV.6015, pp. 10-11 ; intervention de M. Palous au Conseil de sécurité le 26 mai 2009 : S/PV.6128 (Reprise 1), p. 5 ; intervention de M. Lidén au Conseil de sécurité le 13 novembre 2009 : S/PV.6217, p. 30 ; intervention de M. Serrano au Conseil de sécurité le 15 novembre 2010 : S/PV.6424, p. 35.

¹³⁰⁴ Si la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne, elle est cependant confrontée à une problématique similaire en raison d'un recours porté contre elle devant la Cour EDH. C'est ce qu'a expressément rappelé sa représentante lors d'un débat au Conseil de sécurité le 13 novembre 2009 tout en précisant que cette plainte « *mise en réalité l'intégralité du système de sanctions onusien* » : intervention de Mme Grau, S/PV.6217, p. 30. La Suisse, avec l'Allemagne, la Belgique, le Costa Rica, le Danemark, le Liechtenstein, les Pays-Bas et la Suède, fait partie du groupe informel de pays ayant une position commune ; groupe qui milite pour la mise en place d'un groupe d'examen chargé de revoir les décisions du Comité 1267 : S/2009/502, *op. cit.*, note 29, § 39. V. également la position commune exprimée par M. Schaper, représentant des Pays-Bas le 13 novembre 2009 au Conseil de sécurité : S/PV.6217, p. 8.

Le rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste (ci-après rapporteur spécial dans la lutte antiterroriste) a adopté exactement la même stratégie. Il s'est aussi servi de la jurisprudence *Kadi* pour plaider sa cause¹³⁰⁵. Avant que la décision de la Cour ne soit rendue, il avait dénoncé à différentes reprises les graves atteintes que la pratique d'inscription sur les listes avait occasionnées aux droits procéduraux des personnes soupçonnées de terrorisme et à leurs familles¹³⁰⁶ et avait fait un certain nombre de propositions pour y remédier¹³⁰⁷. Le 20 octobre 2008, au cours d'un point d'information devant le Comité contre le terrorisme et devant le Conseil de sécurité, le rapporteur en a profité pour faire référence à la jurisprudence *Kadi* et a précisé que la CJCE s'était fondée dans son arrêt « *précisément sur les principes invoqués dans son rapport* »¹³⁰⁸. Il invitait dès lors le Conseil de sécurité à suivre ses propositions.

Enfin, le président du Comité 1267 a également fait part au Conseil de sécurité de la nécessité de prendre davantage en compte la problématique des droits fondamentaux en raison des différents recours introduits devant les juridictions de l'Union européenne mais aussi devant d'autres juridictions¹³⁰⁹.

La jurisprudence *Kadi* a manifestement eu un certain retentissement à New York. L'Equipe de surveillance, des Etats membres, le rapporteur spécial dans la lutte antiterroriste tout comme le président du Comité 1267 l'ont invoquée pour inciter le Conseil de sécurité à modifier les pratiques d'inscription et de radiation sur la liste récapitulative. Si ce dernier a entendu l'appel, il refuse néanmoins pour l'instant d'en tirer toutes les conséquences.

II- Le refus par le Conseil de sécurité de tirer toutes les conséquences de l'arrêt *Kadi*

Face à ces différentes plaintes et à ces différents arrêts et jugements, la réaction du Conseil de sécurité était attendue. Juridiquement, il est vrai, rien ne l'oblige à tirer les conséquences de décisions rendues par des juridictions¹³¹⁰ dans un cadre régional ou national. Sur le plan pratique, en revanche, la situation est toute autre à partir du moment où les décisions rendues par les juridictions régionales ou nationales sont susceptibles de faire peser des risques sur l'efficacité des sanctions ciblées. Le Conseil de sécurité a dès lors procédé à un certain nombre d'améliorations mais celles-ci ont été jugées insuffisantes par le Tribunal de

¹³⁰⁵ S'agissant de la décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire *Kadi*, il avait en revanche rappelé que « *ce jugement a été vivement critiqué pour son approche formaliste des relations entre les droits de l'homme et les obligations découlant de la Charte, au mépris de certaines références aux droits de l'homme et aux obligations des Etats membres (et du Conseil de l'Union européenne, composé de représentants des Etats membres) figurant dans la Charte même, dont l'obligation de veiller au respect des droits de l'homme lors de la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité relative à la lutte contre le terrorisme* » : A/HRC/6/17, 21 nov. 2007, § 50.

¹³⁰⁶ V. *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, A/63/223, 6 août 2008, § 16 et A/HRC/17/6Add.2, §§ 33-36.

¹³⁰⁷ A/63/223, *op. cit.*, § 16.

¹³⁰⁸ « La pratique de la liste récapitulative du Comité des sanctions contre Al-Qaida et les Taliban critiquée par le Rapporteur spécial, Martin Scheinin », AG/SHC/3925, 22 oct. 2008.

¹³⁰⁹ V. les interventions de M. Mayr-Harting au Conseil de sécurité : le 26 mai 2009, S/PV. 6128, p. 6 et le 13 nov. 2009, S/PV.6217, p. 11.

¹³¹⁰ Sur la question de l'interaction des ordres juridiques : U. Candau, A. Miron, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, 2011, pp. 769-804.

l'Union européenne dans l'affaire *Kadi 2* (A). Cette affaire ne semble néanmoins pas de nature à faire totalement fléchir une nouvelle fois le Conseil de sécurité (B).

A- Des améliorations au régime des sanctions jugées insatisfaisantes par le Tribunal de l'Union européenne : l'affaire *Kadi 2*

Le Conseil de sécurité n'a pas attendu l'arrêt *Kadi* pour apporter des améliorations à la procédure¹³¹¹. Ont ainsi été notamment mis en place progressivement une obligation de notification aux personnes de l'inscription de leurs noms sur la liste¹³¹², une obligation de motivation de la proposition d'inscription par le biais d'un exposé et d'un résumé¹³¹³, un droit de recours par la désignation d'« *un point focal* » à qui les personnes ou entités figurant sur les listes puissent transmettre leurs demandes de radiation¹³¹⁴ ou encore un examen détaillé de l'ensemble de la liste, qui a donné lieu à plusieurs radiations¹³¹⁵. Si ces améliorations ont pu être saluées en ce qu'elles marquaient un progrès, elles n'ont néanmoins pas été jugées suffisantes¹³¹⁶. En particulier, la CJCE a considéré que la procédure de réexamen instaurée par la résolution 1730 (2006) « *n'offre manifestement pas les garanties d'une procédure juridictionnelle* »¹³¹⁷.

Le Conseil de sécurité n'est pas resté insensible aux critiques manifestées par la CJCE puisque moins d'un an après, il a décidé d'apporter certains changements substantiels au fonctionnement du Comité 1267 en renforçant la protection des droits fondamentaux lors de la révision et de l'inscription des noms sur la liste¹³¹⁸ et en instituant un Bureau du Médiateur¹³¹⁹.

¹³¹¹ Sur l'évolution des mesures prises par le Conseil de sécurité : J. A. Frowein, « The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law », in P.-M. Dupuy *e.a.* (ed.), *Common Values in International Law. Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, Verlag, 2006, 1184 p., pp. 785-795 ; A. Miron, « Les "sanctions ciblées" du Conseil de sécurité des Nations Unies. Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, 2009, n° 529, pp. 355-366, pp. 362-365 ; A. J. Kirschner, « Security Council Resolution 1904 (2009) : A Significant Step in the Evolution of the Al-Qaida and Taliban Sanctions Regime ? », *Z.a.ö.R.V.*, 2010, pp. 585-607 ; G. L. Willis, « Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson », *Geo. J. Int'l L.*, 2011, vol. 42/3, pp. 673-745, pp. 682-689.

¹³¹² V. notamment les résolutions 1735 (2006) et 1904 (2009).

¹³¹³ V. notamment les résolutions 1455 (2003), 1735 (2006) et 1822 (2008).

¹³¹⁴ Résolution 1730 (2006).

¹³¹⁵ Résolution 1822 (2008).

¹³¹⁶ V. notamment : P. Bodeau-Livinec, L. Dubin, « Chronique de droit administratif global de 2009-2010 », *Droit administratif*, févr. 2012, chron. 2, § 21.

¹³¹⁷ CJCE, 3 sept. 2008, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, point 322. Elle poursuit en rappelant que « *s'il est désormais possible pour toute personne ou entité de s'adresser directement au comité des sanctions en soumettant sa demande de radiation de la liste récapitulative au point dit "focal", force est de constater que la procédure devant ce comité demeure essentiellement de nature diplomatique et interétatique, les personnes ou entités concernées n'ayant pas de possibilité réelle de défendre leurs droits et ledit comité prenant ses décisions par consensus, chacun de ses membres disposant d'un droit de veto* » : *ibid.*, point 323. Au cours d'un débat au Conseil de sécurité postérieur à l'arrêt *Kadi*, le Royaume-Uni affirmait que la résolution 1822 (2008) avait modifié la procédure « *pour inscrire des individus sur la liste des suspects et pour les en rayer, dans le but de répondre aux préoccupations qui ont été exprimées à ce sujet et de nous assurer que la liste des sanctions est aussi à jour et efficace que possible* » : intervention de M. Sawers, au Conseil de sécurité le 9 déc. 2008 : S/PV.6034, p. 8. De son côté, la Belgique invitait en revanche à poursuivre les efforts pour améliorer la procédure. « *Ainsi, l'on répond aux différentes procédures judiciaires qui ont été introduites, notamment en Europe, du fait des lacunes procédurales du régime actuel* » : *ibid.*, p. 12.

¹³¹⁸ V. sur ce point : S. Cassela, « Les suites de l'arrêt *Kadi* de la CJCE. : quel équilibre entre protection de la sécurité internationale et respect des droits de l'homme ? », *AFDI*, 2010, pp. 709-736, spéc. pp. 733-736.

Le Conseil de sécurité ne dit toutefois pas qu'il s'agit d'une conséquence directe de l'arrêt *Kadi*¹³²⁰. Il se contente pudiquement de justifier cette modification par les difficultés constatées « *d'ordre juridique et autre auxquelles se heurte la mise en œuvre des mesures prises par les Etats membres* »¹³²¹ et d'exprimer son « *intention de continuer d'œuvrer à rendre ces procédures équitables et transparentes* »¹³²². Comme le rappellent Pierre Bodeau-Livinec et Laurence Dubin, « *en utilisant de telles tournures, le Conseil indique clairement qu'il ne se sent nullement tenu de réagir au nouveau développement que constitue la jurisprudence Kadi* »¹³²³.

Quoi qu'il en soit, la résolution 1904 (2009) institue un Médiateur dont la mission est d'étudier les demandes de radiation des individus soumis à des sanctions de l'ONU et d'en faire un rapport au Comité des sanctions¹³²⁴. Il doit exercer ses fonctions « *en toute indépendance et impartialité* »¹³²⁵. C'est une avancée significative dans la volonté de rendre la procédure plus équitable et plus transparente¹³²⁶ en particulier lorsque l'on compare les prérogatives du Médiateur avec celles du « *point focal* »¹³²⁷. Le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt *Kadi 2* n'a toutefois pas jugé suffisante cette avancée.

Cinq jours après l'annulation du règlement litigieux par la CJCE dans l'arrêt *Kadi*, le représentant permanent de la France auprès des Nations Unies avait demandé au Comité 1267 de rendre d'urgence accessible sur son site web, les « *résumés des motifs ayant présidé à l'inscription du nom de Yassin Abdullah Ezzedine Kadi (QI.Q.22.01) et de la Barakaat International Foundation (QE.B.39.01)* »¹³²⁸. Le Comité 1267 a fait droit à la demande le 21 octobre 2008, tout en prenant bien soin de préciser que cela ne devait pas servir de précédent¹³²⁹. Après avoir notifié aux intéressés les motifs qui justifiaient l'inscription sur la liste et les avoir mis en mesure de présenter leurs observations, la Commission européenne a adopté un nouveau règlement confirmant l'inscription de M. Kadi sur la liste récapitulative¹³³⁰.

La validité du nouveau règlement a été contestée devant le Tribunal de l'Union européenne. Ce dernier a fait droit à la demande des requérants et a annulé le règlement

¹³¹⁹ A. Rosas, « Counter-Terrorism and the Rule of Law : Issues of Judicial Control », in A.M. Salinas de Frias, K. L. H. Samuel, N. D. White (ed.), *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Oxford, O.U.P., 2012, 1156 p., pp. 83-100, p. 102.

¹³²⁰ L'intéressée nuance en revanche beaucoup moins. Mme Kimberley Prost estime que « *la décision de la Cour [Kadi], qui est venue donner raison à tous ceux qui, dans les milieux universitaires, politiques et autres, critiquaient le manque d'équité et de transparence de la procédure, a directement conduit à l'adoption de la résolution 1904 (2009) et à la création du Bureau du Médiateur* » : conférence prononcée le 24 juin 2011 à l'Institut de recherche juridique sur invitation du Ministère des affaires étrangères et de l'Université nationale autonome du Mexique [http://www.un.org/fr/sc/ombudsperson/pdf/mexico_french.pdf].

¹³²¹ 9^e alinéa du préambule de la résolution.

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ P. Bodeau-Livinec, L. Dubin, *loc. cit.*, note 55, § 19.

¹³²⁴ Sur le Médiateur : A. J. Kirschner, *loc. cit.*, note 50, pp. 594-607 ; G. L. Willis, *loc. cit.*, note 50, pp. 737-745.

¹³²⁵ Résolution 1904 (2009), § 20.

¹³²⁶ Pour J.-C. Martin, « *cette mesure améliore nettement le caractère équitable et la transparence du régime de sanctions prévu par la résolution 1267 (1999) en renforçant son efficacité et sa légitimité* » : *loc. cit.*, note 19, p. 130.

¹³²⁷ Le point focal est un organe du secrétariat dont la mission se borne principalement à recevoir les demandes de radiation, à communiquer les procédures aux requérants et à renvoyer ces demandes aux Etats concernés.

¹³²⁸ *Rapport du Comité 1267*, S/2008/848, 31 déc. 2008, § 29 et Trib. UE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission*, Rec. 2010, p. II-05177, point 49. V. également : S/2009/245, *op. cit.*, note 29, § 20.

¹³²⁹ S/2008/848, *op. cit.*, note 67, § 29.

¹³³⁰ Commission européenne, Règlement 1190/2008/CE du 28 novembre 2008 *modifiant pour la cent et unième fois le règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil « instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban »*, JO L 322 du 2 déc. 2008, pp. 25-26.

litigieux pour violation des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective¹³³¹ ainsi que du principe de proportionnalité¹³³². Le Tribunal déplore en particulier que « *le Conseil de sécurité n'a toujours pas estimé opportun d'établir un organe indépendant et impartial chargé de statuer, en droit comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le Comité des sanctions [1267]* »¹³³³.

Cette position n'est pas uniquement défendue par le Tribunal de l'Union européenne. Elle est également partagée par la Cour suprême du Royaume-Uni¹³³⁴ ou encore par le Rapporteur spécial dans la lutte antiterroriste¹³³⁵. De nouvelles améliorations doivent donc être adoptées¹³³⁶.

B- Le refus du Conseil de sécurité d'instaurer un droit de recours devant un organe indépendant contre les décisions individuelles prises par le Comité 1267

L'arrêt *Kadi 2* a remis sous le feu des projecteurs le Tribunal de l'Union européenne. D'après le président du Comité 1267, cette décision montre que « *les obstacles subsistent* »¹³³⁷. Il reste dès lors à se demander s'ils peuvent être levés.

Sans être isolée, la position défendue par le Tribunal ne fait pas pour autant l'unanimité. Ainsi, après l'adoption de la résolution 1904 (2011), le Costa Rica, s'exprimant au nom du groupe informel de pays ayant une position commune, avait déclaré que « *les améliorations procédurales répondent aux préoccupations exprimées par les tribunaux nationaux et régionaux au sujet des droits fondamentaux des personnes et des entités auxquelles des sanctions sont imposées* »¹³³⁸.

De même, et en toute logique, la Médiatrice a mal accueilli la décision du Tribunal de l'Union européenne comme celle de la Cour Suprême du Royaume-Uni¹³³⁹. Dans une allocution en date du 25 octobre 2010, Madame Kimberley Prost a déclaré : « *je m'efforce de ne*

¹³³¹ Trib. UE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission*, point 188.

¹³³² *Ibid.*, point 194. V. également S/2011/245, *op. cit.*, note 13, §§ 28-30. L'Equipe de surveillance avait toutefois anticipé certaines difficultés notamment si le Tribunal décidait « *d'examiner les éléments de preuve qui ont présidé à l'inscription sur la Liste récapitulative, fournis par le Comité, ou de procéder à un examen approfondi des décisions d'inscriptions* » : A/2009/245, *op. cit.*, note 29, § 22.

¹³³³ Trib. UE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission*, point 194.

¹³³⁴ Arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni, *Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) (Appellants) Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v. Her Majesty's Treasury (Appellant)*, 27 janv. 2010 (2010) UKSC 2, § 78 [www.supremecourt.gov.uk]. V. S/2011/245, *op. cit.*, note 13, § 29. Cet arrêt concerne tant les listes britanniques autonomes que les listes d'exécution.

¹³³⁵ Pour ce dernier, même après l'adoption de la résolution 1904 (2009), les procédures « *de radiation de la Liste ne garantissent toujours pas le droit à un procès équitable et public devant un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi* » : *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, A/65/258, 6 août 2010, § 56.

¹³³⁶ Sur les réformes envisageables *i.a.* : C. Forcese, K. Roach, « *Limping into the Future: the UN 1267 Terrorism Listing Process at the Crossroads* », *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2010, vol. 42, pp. 217-277 ; J. Genser, K. Barth, « *When Due Process Concerns Become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform* », *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2010, vol. 33/1, pp. 1-41.

¹³³⁷ Intervention de M. Mayr-Harting au Conseil de sécurité le 15 novembre 2010 : S/PV.6424, p. 5. Il est rejoint en cela par le représentant de l'Union européenne : intervention de M. Serrano, *ibid.*, p. 34. V. également en ce sens l'intervention du représentant de la Suisse, M. Seger, au Conseil de sécurité le 14 novembre 2011 : S/PV.6658, p. 35.

¹³³⁸ Intervention de M. Urbina au Conseil de sécurité le 17 déc. 2009 : S/PV.6247, p. 3.

¹³³⁹ Arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni, *op. cit.*, note 73.

pas me sentir personnellement visée. Sauf le respect que je leur dois, [ces juridictions] se sont prononcé[e]s sans m'accorder le bénéfice d'une procédure régulière dans la mesure où le Bureau n'était pas encore opérationnel à l'époque et où je n'ai pas été "entendue" sur la question »¹³⁴⁰.

Depuis lors, les pouvoirs du Médiateur ont été étendus par la résolution 1989 (2011). Ce dernier dispose en particulier de la possibilité de recommander au Comité 1267 de maintenir l'inscription sur la liste ou au contraire d'envisager une radiation sachant que lorsqu'une radiation est recommandée par le Médiateur¹³⁴¹, celle-ci devient effective sous 60 jours sauf s'il y a un consensus du Comité pour conserver l'individu ou l'entité sur la liste. Auparavant la radiation nécessitait le consentement unanime du Comité. Pour le Médiateur, ce changement comble une lacune majeure dans l'équité de la procédure¹³⁴². En dépit de cette nette amélioration, très certainement influencée par la jurisprudence *Kadi* et *Kadi 2*¹³⁴³, il n'est pas certain que cela soit suffisant pour désamorcer les critiques des différents tribunaux et cours¹³⁴⁴.

La seule réforme qui serait à même de définitivement clore cette partie de bras de fer entre le Conseil de sécurité et certaines juridictions consiste en l'instauration d'un mécanisme de recours devant un organe, si ce n'est juridictionnel au moins indépendant et impartial qui soit directement accessible aux individus assujettis aux sanctions ciblées. C'est ce que proposent certains Etats¹³⁴⁵ et certains organes¹³⁴⁶. Il n'est en revanche pas certain que le

¹³⁴⁰ Allocution prononcée par Mme Kimberley Prost à la réunion informelle des conseillers juridiques, 25 oct. 2010 [<http://www.un.org/fr/sc/ombudsperson/presentation251010.shtml>]. De même : « *Responding to a question about recent criticisms that the strengthening of the Office of the Ombudsperson was still unlikely to satisfy European courts, Ms. Prost pointed out that many of the criticisms raised when she first took office had proven not to apply in practice. While she could not comment on whether the powers of her Office would prove sufficient in the view of different courts, she aimed to use her powers as aggressively as she could to ensure that as much due process existed as was possible* ». 14 juil. 2011, Press Conference by Ombudsperson for Security Council Al-Qaida Sanctions Committee [http://www.un.org/News/briefings/docs/2011/110714_Prost.doc.htm]. De manière générale sur cette question : L. Boisson de Chazournes, P. J. Kuijper, « Mr. Kadi and Mrs Prost : Is the UN Ombudsperson Going to Find Herself Between a Rock and a Hard Place ? » in *Evolving Principles of International Law : Studies in Honour of Karel C. Wellens*, Leiden, Nijhoff, 2012, 319 p., spéc. pp. 71-90.

¹³⁴¹ Ou demandée par un Etat.

¹³⁴² V. la conférence prononcée le 24 juin 2011 à l'Institut de recherche juridique sur invitation du Ministère des affaires étrangères et de l'Université nationale autonome du Mexique [http://www.un.org/fr/sc/ombudsperson/pdf/mexico_french.pdf]. Celle-ci précise que « *les effets de ces changements, en particulier du dernier qui vient d'être évoqué, sont considérables. L'examineur indépendant formule désormais des recommandations spécifiques concernant les noms inscrits sur la Liste et ce qu'il dit influe profondément sur la décision qui sera finalement prise de procéder ou non à la radiation. De plus, ce changement répond directement à la critique selon laquelle la nécessité d'un consensus au Comité en faveur de la radiation quel que soit l'avis du Médiateur permettait à un seul Etat de bloquer la radiation, peut-être même sans avoir à se justifier* ».

¹³⁴³ Comme dans la résolution 1904 (2009), le Conseil de sécurité fait état des « *difficultés d'ordre juridique et autre auxquelles se heurte la mise en œuvre des mesures prises par les Etats Membres* » et exprime son « *intention de continuer d'œuvrer à rendre ces procédures équitables et transparentes* » : résolution 1989 (2011), 11^e al. du préambule.

¹³⁴⁴ Comme le relève l'Equipe de surveillance, « *au fil des affaires, les Etats Membres et les observateurs publics constateront une amélioration sensible dans le respect des garanties, en particulier si le Comité a pour pratique de suivre les observations formulées par le Bureau du Médiateur. Cependant, les instances judiciaires pourront encore déplorer que même s'il assure un contrôle juridictionnel, le système de médiation ne constitue pas un recours effectif* » : S/2011/245, *op. cit.*, note 13, § 35.

¹³⁴⁵ C'est le cas en particulier du groupe informel de pays ayant une position commune. V. notamment l'intervention de M. Maurer, représentant de la Suisse, au Conseil de sécurité le 12 novembre 2008 : S/PV.6015, p. 26.

Conseil de sécurité soit disposé à aller aussi loin dans la mesure où le terrorisme est une question extrêmement sensible et qu'il souhaite conserver toutes ses prérogatives¹³⁴⁷.

Du reste, pour l'Equipe de surveillance, « *la décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Qadi a changé les termes du débat. L'action judiciaire a largement préempté toute initiative que le Conseil de sécurité aurait pu prendre, aussi peu réaliste qu'en soit la perspective, de créer son propre mécanisme indépendant de révision. Le fait que les tribunaux européens aient fait cause commune avec les tribunaux américains pour faire valoir leur compétence sur les procédures de mise en œuvre nationales, signifie que dans ce contexte ils pourront effectivement faire office d'instances indépendantes de révision des décisions d'inscription du Comité si celles-ci sont attaquées en justice. D'autres tribunaux nationaux et régionaux pourraient décider de faire de même* »¹³⁴⁸. Une certaine complémentarité de fait pourrait donc se dessiner. En attendant, cependant, la balle est de nouveau dans le camp de la Cour de justice.

*
* * *

Les différentes décisions rendues par le Tribunal et par la Cour de Justice de l'Union européenne dans le cadre des sanctions antiterroristes exercent indiscutablement une influence sur le régime juridique des sanctions instituées par la résolution 1267 (1999). Il serait erroné d'affirmer que sans ces décisions le Conseil de sécurité n'aurait rien fait mais il est évident qu'elles l'ont incité à accélérer le train des réformes. L'Union européenne et les Nations Unies ont véritablement engagé une réflexion mutuelle sur les moyens d'améliorer la procédure d'inscription et de radiation sur la liste récapitulative du Comité 1267.

Des rencontres sont ainsi organisées entre représentants de ces deux organisations¹³⁴⁹. Des propositions faites par des organes de l'une peuvent être reprises par des organes de l'autre. Il est par exemple significatif de constater que dans son arrêt *Kadi 2*, le Tribunal de l'Union européenne a affirmé, dans ce qui n'est rien d'autre qu'un *obiter dictum*¹³⁵⁰, que des sanctions qui perduraient depuis plus de dix ans ne pouvaient être qualifiées de préventives et

¹³⁴⁶ C'est le cas, à titre d'exemple, du rapporteur spécial dans la lutte antiterroriste : A/65/258, *op. cit.*, note 74, § 58.

¹³⁴⁷ Pour l'Equipe de surveillance, « *il est difficile d'imaginer que le Conseil de sécurité accepte qu'un quelconque groupe d'experts semblant amenuiser son autorité absolue puisse prendre des mesures concernant des questions relatives à la paix et à la sécurité internationales* » : S/2008/324, *op. cit.*, note 17, § 41.

¹³⁴⁸ S/2009/502, *op. cit.*, note, 29, § 36. V. également S/2009/245, *op. cit.*, note 29, §§ 28-30. De son côté, le rapporteur spécial dans la lutte antiterroriste estime que « *tant que les listes ne feront pas l'objet d'un examen indépendant au niveau des Nations Unies [...] il est essentiel que les personnes et entités inscrites sur les listes soient autorisées à demander l'examen par les tribunaux nationaux de toute mesure prise en application du régime des sanctions établi par la résolution 1267 (1999)* » : A/65/258, *op. cit.*, note 74, § 58.

¹³⁴⁹ Le président du Comité 1267 s'est par exemple rendu à Bruxelles les 8 et 9 oct. 2009 pour s'entretenir avec des représentants de l'Union européenne de l'application des sanctions et notamment « *comprendre en profondeur les difficultés que l'Union connaît actuellement suite aux décisions de la Cour de Justice européenne* » : Rapport du Comité 1267, S/2009/676, 31 déc. 2009, § 29. Il est également fait état de démarches entreprises par les institutions de l'Union européenne auprès du Comité des sanctions aussitôt après l'arrêt *Kadi* « *en vue de mettre l'ensemble des procédures de gel des fonds en conformité avec les principes énoncés dans ledit arrêt* » : Trib. UE, 29 sept. 2010, aff. jtes T-135/06 à T-138/06, *Al-Bashir Mohammed Al-Faqih e.a. c. Conseil*, Rec. 2010, p. II-00208, pt 45.

¹³⁵⁰ D. Simon, « Cour de justice et Tribunaux de l'Union européenne », *AFDI*, 2010, pp. 767-804, p. 775.

temporaires, en particulier en l'absence de procédure judiciaire¹³⁵¹. Pour fonder son affirmation, il s'est appuyé sur un rapport du rapporteur spécial antiterroriste¹³⁵² et sur le *Neuvième rapport de l'Equipe de surveillance*¹³⁵³. A son tour, dans son dernier rapport en date, l'Equipe de surveillance réitère cette affirmation, en prenant bien soin de souligner que le Tribunal de l'Union européenne a également statué dans le même sens¹³⁵⁴.

La jurisprudence de la Cour de Justice comme celle du Tribunal imposent une discussion entre le Conseil de sécurité et l'Union européenne. Ceux-ci doivent continuer à échanger et à évoquer les « *problèmes communs en vue de trouver des solutions communes* »¹³⁵⁵. Il faut de part et d'autre collaborer afin d'aboutir à une « *conciliation acceptable des intérêts en présence* »¹³⁵⁶. S'il convient de poursuivre les efforts du côté des Nations Unies, il est nécessaire également, comme le précise l'Equipe de surveillance, « *que les juridictions et les Etats membres admettent qu'un niveau de contrôle équivalent et acceptable puisse être exercé par un système propre au Conseil de sécurité qui ne s'inspire pas exactement d'un système judiciaire national* »¹³⁵⁷.

Guillaume le Floch

¹³⁵¹ Trib. UE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission*, point 150.

¹³⁵² *Rapporteur spécial*, Rapport du 2 sept. 2009 sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/HRC/12/22, § 42.

¹³⁵³ S/2009/245, *op. cit.*, note 29, § 34.

¹³⁵⁴ Pour tenir compte de cette exigence, elle recommande au Comité 1267 « quand il passe en revue les noms inscrits sur la Liste conformément aux dispositions du § 26 de la résolution 1822 (2008) reprises au § 32 de la résolution 1904 (2009), en cas de demande de radiation présentée par un Etat compétent de supprimer le nom en question sauf s'il décide par consensus de le maintenir » : S/2011/245, *op. cit.*, note 13, § 41.

¹³⁵⁵ Intervention de M. Serrano au Conseil de sécurité le 15 novembre 2010 : S/PV.6424, p. 35.

¹³⁵⁶ S. Cassela, *loc. cit.*, note 57, p. 736.

¹³⁵⁷ S/2011/245, *op. cit.*, note 13, § 36. La Médiatrice s'attache d'ailleurs à rencontrer les juges membres de juridictions nationales, régionales et internationales, dont les compétences s'exercent dans des domaines tels que l'application de sanctions antiterroristes, la gestion de listes nationales ou l'administration d'informations confidentielles : V. *Rapport du Bureau du Médiateur établi en application de la résolution 1904 (2009) du Conseil de sécurité*, S/2011/29, 24 janv. 2011, § 5 ; S/2011/447, § 13 et S/2012/49, 20 janv. 2012, § 28.

La lutte contre les organisations terroristes au prisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'association des partis politiques

Confrontés aux activités de groupes terroristes nationaux, les Etats membres de l'Union européenne se sont de longue date¹³⁵⁸ dotés de législations antiterroristes qu'ils ont progressivement durcies¹³⁵⁹. Exposés au terrorisme d'organisations révolutionnaires ou de libération nationale purement clandestines¹³⁶⁰ ou de partis politiques disposant d'un ancrage social significatif et présentant des candidats aux élections mais dissimulant sous leur façade officielle une armée clandestine¹³⁶¹, ces pays ont renforcé leur arsenal répressif afin de les éradiquer.

Pour ce faire, ils ont défini extensivement les actes réprimés comme crimes terroristes et élargi le cercle des personnes susceptibles d'être poursuivies qui ne se limite plus à celles qui participent à la préparation ou à la commission de ces actes au sein d'une organisation terroriste mais s'étend à celles qui sont en relation avec celle-ci ou en promeuvent les idées¹³⁶². Ils ont également mis au point des mécanismes juridiques diversifiés pour les combattre.

C'est ainsi que pour éviter la constitution d'entreprises terroristes sous la forme de partis politiques, certains Etats ont instauré des mécanismes d'enregistrement afin de les empêcher d'avoir accès aux droits réservés aux partis¹³⁶³ et que la plupart d'entre eux ont mis en place des procédures de dissolution pour mettre un terme au développement de partis liberticides et prévu de lourdes sanctions pour en interdire la reconstitution.

A cet égard, ils répriment par toute une gamme d'incriminations non seulement l'appartenance à une organisation terroriste, mais aussi la collaboration avec elle et les différentes formes d'assistance qui peuvent lui être apportée. Ils ont aussi pénalisé la diffusion

¹³⁵⁸ Sur le cas de la France : Y. Poirmeur, D. Rosenberg, *Droit des partis politiques*, Ellipses, 2008, pp. 90-97 ; Sur celui de l'Espagne : A. Asua Batarrita, M. Alvarez Vizcaya, « La répression du terrorisme en Espagne », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, p. 215-236. V. aussi en ce sens la contribution dans le présent rapport d'A. Peyró Llopis, p. 449.

¹³⁵⁹ Sur l'appréhension du terrorisme : X. Crettiez, « Les modèles conceptuels d'appréhension du terrorisme », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 38, 2000.

¹³⁶⁰ Les Brigades Rouges en Italie, la Bande à Bader en Allemagne...

¹³⁶¹ Cas des diverses façades officielles successives de l'ETA en Espagne, du FLNC en France, de l'IRA en Grande Bretagne.

¹³⁶² En France cette évolution est intervenue à la fin du XIXe siècle en réaction aux attentats anarchistes des années 1880-1890. La loi du 18 déc. 1893 « sur les associations de malfaiteurs », adoptée après un attentat commis contre la Chambre des députés, modifie les articles 265 à 268 du Code pénal, définit précisément l'association de malfaiteurs. Alors que le Code de 1810 considérait que « toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés est un crime contre la paix publique », la loi nouvelle dispose que « toute association formée, quelle que soit sa durée ou le nombre de ses membres, toute entente établie dans le but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes et les propriétés, constituent un crime contre la paix publique ». La notion d'entente donne davantage de latitude à la répression : elle permet de poursuivre les membres de l'association, mais aussi les membres de leur entourage, les sympathisants et les personnes seulement liées par les idées qu'elles défendent à cette association, sans qu'elles aient participé à la moindre action. Sur cette législation et son application : S. Dreyfus, *Généalogie du délit politique*, LGDJ, 2009, pp. 428 et s.

¹³⁶³ Y. Poirmeur, « Ingérences légères ou ingérences sévères ? : L'enregistrement des partis politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revista Curentul Juridic*, 2009, vol. 36.

de leurs idées, l'apologie des crimes qu'elles commettent ainsi que les différentes infractions contre le patrimoine - pratiques d'intimidations pour obtenir le versement d'un impôt révolutionnaire - et les fraudes et trafics grâce auxquels elles obtiennent leurs financements¹³⁶⁴. Plus récemment, l'apparition du terrorisme international territorialement délocalisé, dont les attentats du 11 septembre sur les Etats-Unis ont démontré la force destructrice, ont induit une mondialisation de la lutte contre le terrorisme et son harmonisation au niveau européen¹³⁶⁵.

Les différentes mesures prises par les Etats de l'Union européenne à l'encontre d'organisations politiques qui, selon les cas, poursuivent des activités terroristes, collaborent avec des groupes terroristes, leur apportent un certain soutien matériel et/ou défendent des idées politiques semblables aux leurs mais en utilisant des moyens pacifiques pour les faire triompher doivent respecter les dispositions pertinentes de la CEDH et de ses protocoles additionnels qu'ils ont ratifiés, car elles constituent des ingérences dans les libertés qu'elle garantit.

Leur validité dépend du respect des dispositions encadrant l'exercice de la liberté d'expression (article 10), du droit d'association (article 11) et du droit à des élections libres (article 3 du Protocole n° 1) combinées avec les règles de l'article 17 permettant à l'Etat démocratique de se défendre contre une gamme étendue d'activités liberticides d'individus ou de groupements d'individus qui ne se réduisent pas aux seules pratiques terroristes. En effet, si toutes les organisations terroristes sont liberticides, toutes les organisations liberticides ne sont pas terroristes, en ce qu'elles peuvent vouloir réaliser un projet politique incompatible avec les normes de la Convention - instaurer un régime totalitaire, raciste, xénophobe, privant certain individus ou groupes des droits qu'elle garantit -, mais sans pour autant recourir à un ensemble d'opérations criminelles destinées à effrayer une population particulière pour y parvenir¹³⁶⁶.

Saisie à plusieurs reprises de la conventionalité de telles ingérences et de la recevabilité de l'Etat à invoquer l'article 17 de la Convention pour empêcher les requérants de se prévaloir de celles-ci contre elles, la Cour de Strasbourg, dans le sillage de l'ancienne Commission, a élaboré une jurisprudence abondante, subtile et de plus en plus protectrice pour les partis politiques et a défini le régime juridique des organisations politiques liberticides dont l'Union européenne doit tenir compte lorsqu'elle exerce son pouvoir normatif pour lutter contre des entreprises terroristes dont certaines sont constituées en partis politiques et dont d'autres entretiennent des liens avec des partis politiques qui apparaissent comme leur prolongement.

¹³⁶⁴ Sur les mécanismes de financement : B. Monnet, P. Véry, *Les nouveaux pirates de l'entreprise. Mafias et terrorisme*, CNRS Éditions, 2010.

¹³⁶⁵ Une convention préparée dans le cadre du Conseil de l'Europe a été ouverte à la signature des Etats membres le 27 janv. 1977. La Commission de Venise a élaboré des lignes directrices indiquant de quelle façon les Etats membres du Conseil de l'Europe devaient orienter leur législation concernant les partis politiques et la lutte contre les partis liberticides (Lignes directrice sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues adoptées les 10 et 11 déc. 1999 ; Commission de Venise, Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques par l'OSCE/BIDDH et la Commission de Venise, adoptées les 15 et 16 oct. 2010) ; S'agissant de l'Union européenne, la décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme définit notamment les infractions relevant du terrorisme (article 1). Pour une analyse de l'europanisation du droit des partis : Y. Poirmeur, D. Rosenberg, *Droit européen des partis politiques*, Ellipses, 2007.

¹³⁶⁶ Le terrorisme est destiné à impressionner le public par la commission de crimes spectaculaires ou par la menace de les commettre. En ce sens M. Bounan explique que « *Pour atteindre leurs buts, les crimes terroristes doivent être connus le plus largement possible et le terrorisme, quel qu'il soit, est d'abord une opération médiatique. Il s'agit toujours de faire connaître à un groupe sensible les crimes suspendus au-dessus de sa tête tant qu'il ne cèdera pas à certaines revendications politiques ou tant qu'il restera solidaire de ses représentants* ». M. Bounan, *Logique du terrorisme*, Éditions Allia, 2003, p. 7.

Deux raisons rendent nécessaire cette prise en considération de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par l'Union européenne lorsqu'elle adopte des mesures de lutte contre les organisations terroristes. La première est l'intrication de plus en plus poussée du droit de l'Union européenne et de celui de la CEDH. Comme les Etats membres de l'Union européenne ont tous ratifié la Convention européenne des droits de l'homme et sont soumis à la juridiction de la Cour de Strasbourg. Leur législation antiterroriste et les mesures qu'ils prennent à l'encontre de partis liberticides, qu'elles aient ou non leur fondement juridique dans des règles adoptées par l'Union européenne, doivent se conformer à sa jurisprudence, faute de quoi, ils risquent si les victimes de ces ingérences décident de la saisir, d'être condamnés par la Cour EDH³⁶⁷.

Cette contrainte indirecte pesant sur la production normative de l'Union européenne par l'intermédiaire de ses Etats membres est redoublée, depuis l'entrée en vigueur de sa Charte des droits fondamentaux par une obligation juridique s'imposant directement à elle. En effet, comme la Charte consacre les droits de toute personne « à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique » et reconnaît les partis politiques au niveau de l'Union³⁶⁸ (article 12) et prévoit que les droits qu'elle contient lorsqu'ils correspondent à ceux garantis par la Convention ont le même sens et la même portée que ceux que celle-ci leur confère (article 52, § 3), l'Union européenne s'oblige ainsi à suivre, tout spécialement lors du contrôle exercé sur ses actes par la Cour de justice de l'Union européenne - l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg.

Enfin, l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH³⁶⁹ prévue par le Traité de Lisbonne, aura pour conséquence de soumettre ses actes au contrôle exercé par la Cour EDH, comme le sont ceux des autres Hautes Parties contractantes et de donner entière autorité à sa jurisprudence. La seconde raison rendant indispensable la prise en considération de la jurisprudence de la Cour EDH aussi bien par l'Union européenne que par les Etats dans la lutte contre les organisations terroristes tient à son évolution.

³⁶⁷ H. Labayle, B. Nascimbene, « La validité de l'inscription de l'OMPI sur les listes anti-terroristes de l'Union européenne au regard du droit européen et leur applicabilité par le juge », in Conférence internationale des juristes, *Les listes des groupes terroristes : l'approche du droit européen et international*, L'Harmattan, 2004, p. 120. Réciproquement la Cour s'appuie sur le droit de l'Union européenne pour apprécier la conventionalité des ingérences. Ainsi, dans Cour EDH, 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, req. n° 25803/04 et 25817/04, la Cour mentionne les normes adoptées par l'Union européenne non seulement parce qu'elles font partie du « droit pertinent » applicable, mais aussi pour apprécier dans quelle mesure la dissolution des partis politiques requérants répond à une préoccupation européenne majeure : elle « estime (...) que les constats du Tribunal suprême répondent au souci de condamner au plan international l'apologie du terrorisme, dont témoignent au niveau européen la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme arrêtée par le Conseil de l'Union européenne le 13 juin 2002, qui vise l'incitation au terrorisme dans son article 4, la position commune de l'Union européenne du 27 déc. 2001 relative à la lutte contre le terrorisme – adoptée peu après les attentats du 11 sept., elle oblige les Etats à prendre des mesures pour supprimer le « soutien actif et passif » aux entités et personnes terroristes –, la Résolution 1308 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux restrictions concernant les partis politiques dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, et la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2007 et signée et ratifiée par l'Espagne. Dans son article 5, cette convention prévoit l'incrimination de la « provocation publique à commettre une infraction terroriste ».

Par ailleurs, elle reconnaît dans son article 10 la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions terroristes qu'elle définit et incrimine dans son article 9 la contribution à la commission des infractions en question » (§ 90).

³⁶⁸ Ils « contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens ou citoyennes de l'Union ».

³⁶⁹ Le Protocole n°14 entré en vigueur le 1^{er} juin 2010 a modifié l'article 59 de la Convention européenne des droits de l'homme afin que l'Union européenne puisse adhérer.

Après avoir été longtemps prudente à l'égard de partis politiques dont certains constituaient - partis communistes, partis néo-nazis et néo fascistes - une menace pour la démocratie et les libertés et avoir accepté la doctrine de « *la démocratie apte à se défendre* » justifiant qu'une très large autonomie soit laissée aux Etats pour prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de la société démocratique, elle a largement amendé cette conception lorsque, après la chute du communisme et la disparition de l'URSS, le danger totalitaire lui a semblé beaucoup moins menaçant en Europe. Elle a pu alors mieux protéger les droits des partis politiques en renforçant leur statut conventionnel et se montrer plus exigeante dans son respect par les Etats.

Voyant désormais la liberté des partis politiques comme une exigence de la société démocratique, elle a pleinement reconnu leurs droits et développé son contrôle des ingérences de l'Etat dans leur exercice. Si l'aversion pour la violence politique est une donnée constante et structurante de la jurisprudence de la Cour EDH ¹³⁷⁰, cette approche nouvelle l'a progressivement amené à être moins indulgente¹³⁷¹ à l'égard des Etats dans leur lutte contre le terrorisme et à redéfinir le régime applicable aux partis liberticides, notamment ceux auxquels sont imputés des activités terroristes, des liens avec une entreprise terroriste ou un soutien à une telle entreprise, et que frappent des mesures radicales - refus d'enregistrement, interdiction, suspensions temporaires, dissolution, annulation de la présentation de ses candidats aux élections...- (I).

Cette jurisprudence sophistiquée conciliant les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits partisans¹³⁷² a multiplié les points de contrôle pour apprécier concrètement la conventionalité des mesures antiterroristes. Effectuant de la sorte, le « *travail minutieux sur les adjectifs et les adverbes qui permet de « raisonner la raison d'Etat » et de réduire les risques d'oppression* »¹³⁷³, elle oblige les Etats à mieux justifier¹³⁷⁴ ces mesures, à les cibler précisément et à en éliminer l'arbitraire, ce qui confère à la lutte contre le terrorisme davantage de légitimité (II).

¹³⁷⁰ Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2009, p. 51.

¹³⁷¹ Tenant compte des difficultés de l'Etat dans la lutte contre le terrorisme, elle a peu à peu infléchi sa façon relativement tolérante d'envisager les actes contraires à l'article 3 de la Convention lors des interrogatoires et de qualifier les mauvais traitements. On mesure cette évolution en comparant l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* (Cour EDH, 18 janv. 1978, req. n° 5310/71, § 162) qui laisse la place à certains mauvais traitements avec l'arrêt Cour EDH (Grde ch.), 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94 qui considère que la Convention est « *un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et revient sur l'exigence d'un seuil minimum de gravité pour assurer la protection de l'intégrité physique des personnes* ».

¹³⁷² Les mesures antiterroristes peuvent viser d'autres types d'organisations dont les droits sont garantis par la Convention (syndicats, associations ordinaires, églises, entreprises...).

¹³⁷³ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010, p. 159. Selon elle, « *la minutie évite à la fois la déraison des politiques autoritaires et les désillusions nées de l'impuissance supposée des politiques libérales, car le dispositif admet l'état de nécessité et légitime des limitations aux droits fondamentaux, mais pas n'importe lesquelles : en effet il permet de résister aux limitations disproportionnées* ».

¹³⁷⁴ A cet égard, il faut souligner que la « *force agissante* » du droit et ses effets normalisateurs, ici plus particulièrement ceux de la jurisprudence de la Cour, tiennent largement à la puissance du discours qu'il force l'Etat à tenir pour décrire la réalité et se placer dans la normalité démocratique : D. Lochak, « *Droit, normalité et normalisation* », in J. Chevallier (sous la dir.), *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 51 et s. ; Sur les stratégies argumentatives développées pour justifier les mesures restrictives de la liberté des groupements antidémocratiques, V. F. Ost, « *Quelle liberté pour les groupements liberticides ?* », in H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel, F. Tulkens (sous la dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 452-454.

I- L'évolution du régime juridique des partis liberticides

La reconnaissance des partis politiques comme des institutions fondamentales de la société démocratique dont elle protège les droits en vérifiant que les restrictions qu'y apportent les Etats sont bien de celles qu'autorisent la Convention (articles 10 et 11) et ses Protocoles (article 3 du Protocole n°1) (A), a conduit la Cour de Strasbourg à faire évoluer les règles de son contrôle sur les mesures d'interdiction et de dissolution prises contre les partis liberticides et à vérifier très concrètement qu'ils doivent bien être déchus des droits qu'ils invoquent au titre de la Convention pour en contester la validité (B).

A- La consécration des partis politiques comme institutions fondamentales d'un régime démocratique

Après s'être montrée, dans le sillage des autres organes de la Convention, prudente sur l'application des dispositions conventionnelles – notamment les articles 9, 10 et 11¹³⁷⁵ - aux partis politiques pendant toute la période de la Guerre froide et avoir fait prévaloir, tant qu'a persisté la menace totalitaire en Europe, l'autonomie constitutionnelle des Etats pour encadrer les droits politiques et une grande liberté des Etats dans l'appréciation de la dangerosité d'un parti politique et dans le choix des mesures pour y faire face, la Cour de Strasbourg a abandonné son interprétation restrictive de la liberté d'association partisane envisagée avant tout comme une modalité collective d'exercice de libertés individuelles¹³⁷⁶ et son acceptation quelque peu mécanique de l'invocation de l'article 17 pour admettre le caractère liberticide d'un parti¹³⁷⁷.

C'est, en 1998, l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autre c. Turquie*¹³⁷⁸ qui a consacré ce changement d'approche en considérant les partis politiques – que l'article 11 ne mentionne pas en tant que tels, alors qu'il évoque les syndicats - comme des acteurs fondamentaux de la société démocratique caractérisée par « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »¹³⁷⁹. Dans un *dictum* maintes fois repris, la Grande Chambre explique que « (...) *plus encore qu'au libellé de l'article 11 [elle] attache du poids au fait que les partis politiques représentent une forme d'association essentielle au bon fonctionnement de la démocratie. Eu égard à l'importance de celle-ci dans le système de la Convention, il ne saurait faire aucun doute qu'ils relèvent de l'article 11* » (§ 25).

Insistant sur les fondements démocratiques de la Convention – « *la démocratie représente sans nul doute un élément de l'ordre public européen et apparaît ainsi comme*

¹³⁷⁵ Ainsi dans sa décision du 20 juillet 1957 *Parti communiste d'Allemagne c. Allemagne*, la Commission déclare la requête du Parti communiste allemand irrecevable sur le fondement de l'article 17 et a évité de l'examiner sous l'angle de ces trois articles. Pour une étude des décisions antérieures à 1998 : Y. Poirmeur, D. Rosenberg, *Droit européen des partis politiques*, Ellipses, 2007, p. 20-21.

¹³⁷⁶ La liberté d'association est conçue comme une condition de la liberté d'opinion et d'expression des individus : Cour EDH, 26 sept. 1995, *Vogt c. Allemagne*, n° req. 17851/91, § 64 ; Cour EDH, 26 avr. 1971, *Ezelin c. France*, req. n° 11800/85 ; Cour EDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, § 57, req. n° 7601/76 et 7806/77.

¹³⁷⁷ S. Van Drooghenbroek, « L'article 17 de la Cour EDH est-il indispensable ? », *RTHD*, n° 46, 2001, p. 563 ; S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », in H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel, F. Tulkens (sous la dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 139-197.

¹³⁷⁸ Cour EDH (Grde ch.), 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, req. n° 19392/92.

¹³⁷⁹ Ces propriétés de la société démocratique sont déjà évoquées par l'arrêt du 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 49.

l'unique modèle politique envisagé par la Convention, et partant, le seul qui soit compatible avec elle» (§ 45) - l'arrêt fait des partis politiques non seulement des modalités de mise en œuvre des libertés individuelles d'opinion (article 10), d'expression (article 10) et d'association (article 11) mais encore des instruments de leur exercice collectif permettant au pluralisme de se manifester et à des élections libres assurant l'expression politique du peuple d'être organisées (article 3 du Protocole n°1).

Jouant ainsi « *un rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie* » (§ 43) et « *apportant une contribution irremplaçable au débat politique, lequel se trouve au cœur même de la société démocratique* » (§ 44), la Cour conclut non seulement qu'ils jouissent de la liberté d'association, mais déduit de la spécificité de leur fonction primordiale en démocratie¹³⁸⁰ que les exceptions visées à l'article 11 doivent recevoir lorsqu'ils sont en cause « *une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à leur liberté d'association* » (§ 46) et les faire apparaître comme « *nécessaires dans une société démocratique* ».

Il en va de même pour les restrictions touchant d'autres droits reconnus aux partis au titre de la Convention (§ 22-24), à commencer par la liberté d'expression, « *à la lumière de laquelle doit aussi s'envisager l'article 11* ». Ainsi dans l'arrêt *Incal c. Turquie*¹³⁸¹ la Cour affirme que « *précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour les partis politiques et leurs membres actifs... Ils représentent leurs électeurs, signalent leurs préoccupations et défendent leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un homme politique, membre d'un parti d'opposition (...) commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts* » (§ 46). Quant au droit à des élections libres, - « *la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif* » (article 3 du Protocole n° 1) -, la Grande Chambre en a précisé une nouvelle fois la portée pour les partis politiques dans l'arrêt *Tanase c. Moldova*¹³⁸² où elle resserre la large marge d'appréciation laissée aux Etats pour fixer les règles du droit de vote, de l'éligibilité et du système électoral¹³⁸³.

Après avoir rappelé le principe posé par l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie* selon lequel « *le pluralisme et la démocratie doivent se fonder sur le dialogue et l'esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et des valeurs d'une société démocratique* » (§ 45) et ses implications dégagées par l'arrêt *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova*¹³⁸⁴ soulignant que « *pour promouvoir ce dialogue et cet échange d'opinions nécessaires à une démocratie effective, il est important de veiller à ce que*

¹³⁸⁰ Cour EDH (Grde ch.), 13 févr. 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, précise au § 87 : « *De par leur rôle les partis politiques, seules formations à même d'accéder au pouvoir, ont, en outre, la faculté d'exercer une influence sur l'ensemble du régime de leur pays. Par leurs projets de modèle global de société qu'ils proposent aux électeurs et par leur capacité à réaliser ces projets une fois arrivés au pouvoir, les partis se distinguent des autres organes intervenant dans le domaine politique* ».

¹³⁸¹ Cour EDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, req. n° 22678/93 22678/93.

¹³⁸² Cour EDH, (Grde Ch.), 27 avr. 2010, *Tanase c. Moldova*, req. n° 7/08. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur une loi qui interdisait aux plurinationaux élus députés d'exercer leur mandat.

¹³⁸³ Ces limites sont bien posées par l'arrêt Cour EDH, 22 juin 2004, *Aziz c. Chypre*, req. n° 69949/01 dans lequel il est précisé : « *[L]es Etats jouissent d'une grande latitude pour déterminer, dans leurs ordres constitutionnels respectifs, les règles régissant les élections législatives et la composition de leurs parlements, les critères pertinents en la matière variant en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat. [La Cour] estime toutefois que ces règles ne peuvent avoir pour effet d'interdire à certaines personnes ou à certains groupes de prendre part à la vie politique du pays, notamment par la désignation des membres du corps législatif, droit garanti tant par la Convention que par les constitutions de tous les Etats contractants* ».

¹³⁸⁴ Cour EDH, 14 févr. 2006, *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova*, req. n° 28793/02, § 67.

les partis d'opposition aient accès à l'arène politique dans des conditions qui leur permettent de représenter leurs électeurs, de signaler leurs préoccupations et de défendre leurs intérêts » (§ 67), elle indique qu'elle « *doit examiner avec un soin particulier toute mesure qui semble opérer, seule ou à titre principal, au détriment de l'opposition, surtout si de par sa nature la mesure compromet les chances mêmes des partis d'opposition de parvenir un jour au pouvoir. Une restriction de ce type limite les droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 au point de porter atteinte à leur substance même et de les priver de toute effectivité* » (§ 179).

Il en résulte qu'une restriction aux droits électoraux ne doit pas avoir d'effet disproportionné et « *empêcher certaines personnes ou certains groupes de prendre part à la vie politique du pays* » (§ 178). Le principe d'*effectivité des droits* exige donc, alors qu'une large marge d'appréciation pour en fixer les conditions *in abstracto* est reconnue à l'Etat, que les décisions qui constatent le non-respect des conditions d'éligibilité dans le cas de tel ou tel candidat « *soient conformes à un certain nombre de critères permettant d'éviter l'arbitraire* »¹³⁸⁵.

Au fil des affaires dont elle a été saisie, la Cour de Strasbourg a dégagé les différentes facettes du droit des partis à mener librement des activités politiques¹³⁸⁶, renforcé le statut protecteur en « *appliquant ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences non pas théoriques ou illusoire, mais concrètes et effectives* »¹³⁸⁷ et posé le principe selon lequel « *des mesures sévères, telles que la dissolution de tout un parti politique et l'interdiction frappant ses responsables d'exercer pour une durée déterminée toute autre activité similaire ne peuvent s'appliquer qu'aux cas les plus graves* »¹³⁸⁸. Pour ce faire, elle a intensifié son contrôle sur les ingérences et a sensiblement modifié sa manière de traiter les affaires dans lesquelles une mesure vient sanctionner un parti politique pour ses activités jugées liberticides par l'Etat en lui imposant des contraintes nouvelles.

B- La sophistication du mécanisme de contrôle du caractère liberticide des partis

Pour sauvegarder les droits qu'elle protège, la Convention prévoit qu'en sont déchus ceux qui abusent des libertés conventionnelles en vue de les détruire. Son article 17 dispose en effet qu'« *aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, 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 des libertés reconnus dans la présente Convention, à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ». Inspiré par l'expérience des démocraties européennes de l'entre-deux-guerres qui n'avaient pas pu empêcher l'accession au pouvoir de partis totalitaires et belliqueux à l'origine de la Seconde Guerre mondiale¹³⁸⁹ et par le souci de conjurer la menace communiste incarnée par l'URSS et ses Etats satellites, il donne aux Etats démocratiques les

¹³⁸⁵ Cour EDH, 11 janv. 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, § 50 ; Cour EDH, 9 avr. 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, § 35 ; Cour EDH, 19 oct. 2004, *Melnitchenko c. Ukraine*, § 59.

¹³⁸⁶ Par exemple dans l'arrêt *Parti présidentiel de Mordovie c. Russie*, (Cour EDH, 5 oct. 2004) la Cour considère que le refus d'enregistrer un parti était une ingérence non prévue par la loi qui avait empêché celui-ci d'agir et de participer aux élections régionales, ce qui constituait une violation de l'article 11.

¹³⁸⁷ *Parti communiste unifié de Turquie*, *op. cit.*, § 33.

¹³⁸⁸ Cour EDH (Grde ch.), 13 févr. 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 100 ; Cour EDH (Grde ch.), 8 déc. 1999, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie*, § 45 ; Cour EDH, 25 mai 1998, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, § 50 ; *Parti communiste unifié de Turquie*, *cit.*, § 46.

¹³⁸⁹ Sur ce sujet : O. Beaud, *Les jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Descartes & Cie, 1997.

moyens juridiques de se défendre contre tout groupement ou individu liberticide, sans toutefois les priver de tous les droits et libertés garantis par la Convention¹³⁹⁰.

C'est ainsi qu'en 1957 la Commission déclarera irrecevable la requête du Parti communiste d'Allemagne qui invoquait contre sa dissolution la violation des articles 9, 10 et 11 de la Convention, au motif que la dictature du prolétariat préconisée pour instaurer une société communiste était incompatible avec la Convention car elle impliquait « *la destruction de nombre de droits ou libertés* »¹³⁹¹ qu'elle consacre. Elle fera la même chose en 1979 pour les requêtes de deux dirigeants d'une organisation interdite pour ses opinions racistes et xénophobes dont les candidatures aux élections avaient été refusées au motif qu'ils « *avaient l'intention de se présenter à ces élections et de faire usage du droit [en cause] dans un but inacceptable en vertu de l'article 17* »¹³⁹².

Cependant, après la chute du mur de Berlin qui met un terme à la menace communiste en Europe, la Cour a fait évoluer le contrôle assez frustré du caractère liberticide des activités politiques jusqu'alors effectué par la Commission dans le cadre de l'article 17, qui reposait sur une analyse assez abstraite des données de l'affaire et ne tenait pas compte de leur portée réelle.

C'est ainsi qu'en 1995, dans l'arrêt *Vogt c. Allemagne*¹³⁹³, elle commença à envisager autrement les modalités d'appréciation du caractère effectivement liberticide des activités invoquées par un Etat pour motiver les mesures restrictives qu'il décide. Bien que dans cette affaire l'Allemagne ait demandé l'application de l'article 17, la Cour préféra examiner la révocation de l'intéressée de la fonction publique pour son appartenance à une formation politique jugée inconstitutionnelle – le Parti communiste allemand – en se plaçant sous l'angle du respect de la liberté d'expression (article 10) qui lui permettait d'étudier les éléments de l'affaire *in concreto*¹³⁹⁴.

L'article 10. 2, en effet, dispose que l'exercice des libertés mentionnées à l'article 10. 1 « *comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions ou restrictions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* »¹³⁹⁵, ce qui autorise à apprécier la conventionalité d'une ingérence dans toutes ses dimensions, en tenant compte de l'ensemble des éléments et des circonstances de l'affaire.

La même possibilité est offerte, avec une géométrie différente des buts légitimes, pour les droits de réunion et d'association par l'article 11. 2, selon lequel leur exercice « *ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures*

¹³⁹⁰ Cour EDH, 1^{er} juil. 1961, *Lawless c. Irlande*.

¹³⁹¹ Commission, 20 juil. 1957, Déc. *Parti communiste d'Allemagne c. Allemagne*.

¹³⁹² Expression politique « *contraire à la lettre et à l'esprit de la Convention* » : Commission, 11 oct. 1979, Décision *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*.

¹³⁹³ Cour EDH, 26 sept. 1995, *Vogt c. Allemagne*.

¹³⁹⁴ Cette position est aussi retenue par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) dans ses *Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques*, 10 déc. 1999, point 5 : « L'interdiction ou la dissolution des partis politiques doivent être utilisées avec la plus grande retenue ». Elle préconise d'établir « si le parti représente réellement un danger pour l'ordre politique libre et démocratique ou pour les droits des individus, et si d'autres mesures moins radicales peuvent prévenir ledit danger ».

¹³⁹⁵ Sur l'application de l'article 17 en matière de liberté d'expression : M. Oetheimer, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe, Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Pedone, 2001, p. 126 et s.

nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » et ajoute « *qu'il n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police et de l'administration de l'Etat* »¹³⁹⁶.

Les articles 10. 2 et 11. 2 prévoient donc trois points de contrôle communs des ingérences. Elles doivent être prévues par la loi, être nécessaires dans une société démocratique et poursuivre les buts légitimes particuliers qu'ils énumèrent. Quant à la Cour, elle entend effectuer ces contrôles rigoureusement en raison de l'importance des libertés pour le pluralisme démocratique, comme elle l'explique dans l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie* qui en a détaillé les principes et les modalités : « *Les exceptions à l'article 11 appellent à l'égard des partis politiques, une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions de leur liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11. 2, les Etats contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante (...)* ».

Lorsqu'elle exerce son contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 11 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation (...). Il lui faut considérer l'ingérence à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « *proportionnée au but légitime poursuivi* » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « *pertinents et suffisants* » » (§ 46-47). Un contrôle aussi complet et rigoureux présente l'évident avantage, lorsque la nature liberticide des activités du parti politique invoquées par l'Etat n'est pas suffisamment caractérisée et patente pour qu'il soit à l'évidence¹³⁹⁷ passible de l'article 17, comme ce serait le cas s'il niait systématiquement « *des faits historiques clairement établis -tel l'Holocauste-* »¹³⁹⁸, d'en réaliser une évaluation fine.

¹³⁹⁶ S'agissant du droit à des élections libres, si l'article 3 du Protocole n°1 qui ne précise pas les limites qui peuvent lui être apportées, la Cour a admis sa soumission à des « *limitations implicites* » qui laissent une très grande latitude aux Etats pour l'aménager.

¹³⁹⁷ Cette évidence ne saurait reposer sur la seule dénomination d'un parti (Parti communiste unifié de Turquie) ni sur son inspiration religieuse : L'arrêt *Refah partisi* précise à cet égard que pourvu qu'il remplisse les conditions posées par l'arrêt du 9 avr. 2002 *Yazar et autres c. Turquie* (V. *infra*) « (...) un parti politique qui s'inspire des valeurs morales imposées par une religion ne saurait être considéré d'emblée comme une formation enfreignant les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils ressortent de la Convention » (§ 100).

¹³⁹⁸ Cour EDH, 23 sept. 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, § 47. Cette jurisprudence a été confirmée de nombreuses fois en matière de liberté d'expression : dans l'appréciation de la condamnation d'un auteur pour contestation de crimes contre l'humanité dans un ouvrage qui remettait systématiquement ceux qu'avaient commis les nazis envers la communauté juive, la Cour conclut à l'incompatibilité rationae materiae de l'application de l'article 10 du fait que ces propos sont dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention, détournent donc l'article 10 de sa vocation et sont donc soustraits par l'article 17 à sa protection. (Cour EDH, 24 juin 2003, *Garaudy c. France*) ; la conclusion est la même pour l'usage de la liberté d'expression dans des buts islamophobes (Cour EDH, 16 nov. 2004, *Norwood c. Royaume-Uni*) et antisémites (Cour EDH, 20 févr. 2007, *Ivanov c. Russie*).

La Cour tenant compte chaque fois que possible des vertus du débat démocratique, se montre réticente à ce que les Etats sanctionnent les journalistes pour avoir laissé tenir des propos racistes dans une émission débat au motif que dès lors que l'émission était sérieuse et argumentée elle contribuait à discréditer leurs auteurs aux yeux du public, plutôt qu'à propager leurs idées : Cour EDH, 23 sept. 1994, *Jersild c. Danemark*, § 31. Bien qu'une large part de la doctrine ne partage pas ses analyses (F. Rigaux, « La liberté d'expression et ses limites », *RTDH*, 1995, p. 401 et s ; G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *RTDH*, 1995, p. 419 et s.), la Cour maintient sa jurisprudence comme le confirme l'arrêt du 15 janv. 2009, *Orban et autres c. France*.

De plus en plus soucieuse de s'assurer que les forces politiques au pouvoir ne sont pas elles-mêmes liberticides et anti-démocratiques¹³⁹⁹ en privant de leurs droits des partis politiques auxquelles elles reprocheraient injustement de l'être, la Cour a revu son principe d'interprétation de l'article 17¹⁴⁰⁰. Il a été aussi formulé par l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie*. Dans cette affaire qui concernait la dissolution d'un parti politique intervenue dès sa fondation et où la Commission n'avait pas pu retenir l'application de l'article 17 invoqué par l'Etat parce que ses statuts et son programme n'incitaient ni à l'utilisation de la violence, ni à celle de moyens illégaux, ne préconisaient ni de détruire le système démocratique ni de porter atteinte aux libertés individuelles et n'avançaient pas d'objectifs racistes (§ 23), la Cour précise comment intervient l'article 17 : « *C'est à l'issue de [l'examen sous l'angle de l'article 11. 2]* » qu'elle « *pourra décider à la lumière de toutes les circonstances de la cause, s'il y a lieu d'appliquer l'article 17 de la Convention* » (§ 32).

Ce n'est donc qu'après avoir effectué un examen principal sous l'angle des articles 10. 2 et 11. 2 qu'elle se prononce sur le caractère liberticide du parti. En l'espèce, après avoir analysé les statuts et le programme du parti et constaté que la mesure de dissolution violait l'article 11, elle conclut : « *il n'y a pas lieu non plus de faire jouer l'article 17 car ces statuts et ce programme n'autorisaient nullement à conclure que (le parti) se prévaudrait de la Convention pour se livrer à une activité ou accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qu'elle reconnaît* » (§ 60).

Pour contrôler des ingérences motivées par le caractère liberticide d'un parti politique, la Cour a fixé les limites dans lesquelles les formations politiques doivent tenir leurs activités pour bénéficier de la protection des dispositions de la Convention. Celles-ci résultent de « l'une des principales caractéristiques de la démocratie » qui « *réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays et cela même quand ils dérangent. Sous ce rapport, une formation politique ne peut se voir inquiétée pour le seul fait de vouloir débattre publiquement du sort d'une partie de la population d'un Etat et se mêler à la vie politique de celui-ci afin de trouver, dans le respect*

Bien qu'elle ait estimé, dans cette affaire, que s'il n'était « *pas douteux que les propos ayant sans équivoque pour but de justifier des crimes de guerre tels que la torture ou des exécutions sommaires (étaient) caractéristiques d'un détournement de l'article 10 de sa vocation* » (§ 35), elle n'en a pas moins jugé « *que l'on ne peut retenir que l'ouvrage publié par les requérants* » qui leur avait valu une condamnation pour apologie de crime de guerre, « *était consacré à un tel but* » car son auteur « *entendait contribuer à « un débat historique (...) et apporter son témoignage direct sur un sujet qui, bien que sensible et polémique, relevait sans aucun doute de l'intérêt général : la question de l'usage de la torture et du recours aux exécutions sommaires par les autorités françaises durant la guerre d'Algérie* » (§ 35).

En raison de l'incontestable « *intérêt historique de l'ouvrage* » relevé par la Cour d'appel qui avait jugé l'affaire, la Cour considère qu'en publiant le livre du général Aussaresses *Services Spéciaux Algérie 1955-1957*, les requérants n'ont pas utilisé leur droit à la liberté d'expression « à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention et détourné l'article 10 de sa vocation » : « *L'article 17 ne saurait donc entrer en jeu* ». Ayant écarté l'irrecevabilité, la Cour examine si l'ingérence dans la liberté d'expression des requérants respecte les exigences de l'article 10. 2 et conclut à sa violation (§ 59).

¹³⁹⁹ Il s'agit par ce contrôle de garantir que les mesures exceptionnelles sont effectivement employées dans le but de protéger la démocratie et ne sont pas de nature à « *mener à sa ruine* ». Pour une réflexion générale sur les « *mesures d'exception* » : G. Agamben, *État d'exception. Homo Sacer*, II. 1, Seuil, 2003.

¹⁴⁰⁰ S. Van Drooghenbroeck avance une explication stratégique à la désaffection vis-à-vis de l'article 17, celle d'éviter les abus que pourraient en faire les Etats : « *en s'abstenant (...) d'une utilisation plus prononcée de l'article 17, peut-être que les organes de la Convention entendent (...) éviter de donner de « mauvaises idées » aux Etats membres, ou du moins à certains d'entre eux* » in « *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ?* », *cit.*, p. 195. Cette explication est validée par les annulations de dissolution de partis politiques à répétition par les autorités turques.

des règles démocratiques, des solutions qui puissent satisfaire tous les acteurs concernés » (§ 57).

Dans l'arrêt *Yazar et autres c. Turquie*¹⁴⁰¹, rendu en 2002, elle a dégagé deux conditions qu'un parti doit respecter « *pour mener une campagne en faveur d'un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'Etat* » : « 1) *les moyens utilisés doivent être à tous points de vu légaux et démocratiques ; 2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux. Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence¹⁴⁰² 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 contre les sanctions infligées pour ces motifs* » (§ 49).

En tout état de cause, la Grande Chambre observant, face à la résurgence des intégrismes religieux, « *qu'il n'est pas du tout improbable que des mouvements totalitaires organisés sous la forme de partis politiques, mettent fin à la démocratie après avoir prospéré sous le régime démocratique* » (§ 99) a nettement indiqué dans l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* qu'elle n'entendait pas priver l'Etat de se défendre. Elle s'est inscrite dans une logique préventive en déplaçant le curseur jurisprudentiel entre les deux pôles que sont la liberté et la sécurité en faveur du second¹⁴⁰³, ce qui ne peut que faciliter la lutte contre des organisations terroristes : « *Les libertés garanties par la Convention ne sauraient priver les autorités d'un Etat, dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, du droit de protéger celles-ci* ».

Construisant une *théorie de l'urgence démocratique*¹⁴⁰⁴ fondée sur les obligations positives imposant aux Etats de protéger les droits et libertés des personnes relevant de leur juridictions (article 1 de la Convention), donc de les faire respecter par les partis (§ 103), elle estime « *qu'on ne saurait exiger de l'Etat d'attendre, avant d'intervenir, qu'un parti politique s'approprie le pouvoir et commence à mettre en œuvre un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et de la démocratie, en adoptant des normes concrètes visant à réaliser ce projet [alors même] que le danger de ce dernier pour la démocratie est suffisamment démontré et imminent* » (§ 102). L'Etat peut donc *raisonnablement* décider la dissolution préventive ou la suspension temporaire¹⁴⁰⁵ d'un parti « *lorsque la présence d'un tel danger est*

¹⁴⁰¹ Cour EDH, 9 avr. 2002, *Yazar et autres c. Turquie*.

¹⁴⁰² L'analyse de leurs propos est essentielle. La Cour, lorsqu'est en cause la liberté d'expression (article 10) examine non seulement leur contenu manifeste, mais les circonstances dans lesquelles ils ont été prononcés. Ainsi dans une affaire concernant des condamnations pénales infligées pour aide et assistance à une organisation terroriste la Cour explique « *qu'elle a porté une attention particulière aux termes employés dans les slogans scandés et au contexte dans lequel ils ont été scandés, à savoir la fête de Newroz. Elle a également tenu compte des circonstances entourant le cas soumis à son examen, en particulier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme* ». Plus précisément elle note que les propos n'appelaient ni à l'usage de la violence, ni à la résistance armée, ni au soulèvement, ce qui est pour elle « *un élément essentiel à prendre en considération* », et qu'ils *n'étaient pas non plus « susceptibles de favoriser la violence en insufflant une haine profonde et irrationnelle envers des personnes identifiées »* : Cour EDH, 2 févr. 2010, *Savgin c. Turquie*, § 44-45.

¹⁴⁰³ Ce déplacement est congruent avec les modifications systémiques de l'ordre juridique induites par la lutte contre le terrorisme décrites par C. Richard et A. Barletta dans leurs articles respectifs « Sécurité et liberté à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme » et « Sécurité et liberté à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme » in C. Girard (sous la dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

¹⁴⁰⁴ Sur la construction jurisprudentielle de cette réponse sécuritaire au *syndrome de Weimar*: Y. Poirmeur, D. Rosenberg, *Droit européen des partis politiques*, op. cit., p. 94.

¹⁴⁰⁵ Cour EDH, 14 févr. 2006, *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldavie*, § 76-77.

établie par les juridictions nationales, à l'issue d'un examen minutieux soumis à un contrôle européen rigoureux» (§ 102)¹⁴⁰⁶.

Lorsque les ingérences consistent dans des restrictions des droits reconnus par l'article 3 du Protocole n°1, comme l'interdiction de présenter des listes de candidats ou pour des personnes de poser individuellement leurs candidatures, mesures fréquemment utilisées pour empêcher le contournement de la dissolution d'un parti politique, la Cour a dû définir elle-même les conditions de leur conventionalité en s'inspirant de celles prévues par les articles 10. 2 et 11. 2.

Considérant que « *pour importants qu'ils soient* », les droits reconnus par l'article 3 « *ne sont pas absolus* », elle a admis qu'il « *y a place pour des limitations implicites* »¹⁴⁰⁷. En l'absence de définition de ces droits en termes exprès, elle reconnaît aux Etats en matière de droits de vote et d'éligibilité une large marge d'appréciation pour en réglementer l'exercice qui se justifie par la diversité des législations électorales concevables¹⁴⁰⁸, mais n'en exerce pas moins un contrôle en dernier ressort sur l'observation des exigences du protocole n° 1, en s'assurant que les conditions posées par l'Etat satisfont quatre exigences : elles ne doivent pas réduire ces droits « *au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité* », le but qu'elles poursuivent doit être légitime, les moyens employés ne doivent pas se révéler disproportionnés¹⁴⁰⁹ ; enfin, il ne faut pas « *perdre de vue la base légale nécessaire pour la mise en œuvre de toute mesure restrictive des droits garantis par cette disposition* »¹⁴¹⁰.

Si ces conditions sont réunies, la Cour a admis dans l'arrêt *Etxebarria et autres c. Espagne*¹⁴¹¹ que l'annulation des candidatures d'un parti politique ne viole pas l'article 3 du Protocole n°1. Si l'évolution de la jurisprudence n'a donc nullement privé les Etats des moyens de lutter contre les partis liberticides, au premier rang desquels, les organisations terroristes, le souci de protéger effectivement les droits des partis politiques a abouti à encadrer très étroitement leur utilisation par des conditions formulées en termes généraux dont la signification et la portée exactes – donc le niveau de protection qu'elles procurent effectivement aux partis politiques - ne peuvent être saisies qu'à travers les critères retenus par la Cour de Strasbourg pour les apprécier concrètement dans les affaires qui lui ont été soumises¹⁴¹².

¹⁴⁰⁶ Cette jurisprudence est contestée en ce qu'elle dépossède le peuple de la possibilité de choisir son destin : « *En somme* », écrit G. Lebreton, « *le peuple n'a plus dans la conduite de son destin qu'un rôle subsidiaire ; l'essentiel, c'est-à-dire le choix de se conformer ou non à des principes réputés fondamentaux lui échappe. Ce choix de l'Etat de droit contre la démocratie est évidemment inquiétant. Il fait en l'occurrence bon marché du pluralisme des idées sans lequel la volonté générale ne peut se former en connaissance de cause* ». G. Lebreton, « L'Islam devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, n° 5, 2002, p. 1510.

¹⁴⁰⁷ Cour EDH, 1^{er} juil. 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, § 39.

¹⁴⁰⁸ La cour note à de nombreuses reprises que « *la multitude de situations prévues dans les constitutions et les législations électorales de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière. Aucun de ces critères cependant ne devrait être considéré comme plus valable qu'un autre à condition qu'il garantisse l'expression de la volonté du peuple à travers des élections libres, honnêtes et périodiques* » : Cour EDH, 11 janv. 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, § 49 ; *Podkolzina, cit.*, § 33 ; *Gitonas et autres cit.*, § 39.

¹⁴⁰⁹ Cour EDH, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, § 115.

¹⁴¹⁰ Cour EDH, 6 nov. 2009, *Etxebarria et autres c. Espagne* § 47 à 50.

¹⁴¹¹ Arrêt *op. cit.* ; V. également Cour EDH, 7 déc. 2010, *Eusko Abertzale Ekintza – Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne* § 52.

¹⁴¹² Il faut noter à cet égard que la diversification des formes du terrorisme oblige la Cour prendre en considération celle des interventions des organisations terroristes dans le champ politique officiel. Alors que les partis politiques sont des acteurs indispensables de la démocratie, utilisant les moyens pacifiques du vote et de la persuasion pour accéder au pouvoir, les organisations terroristes lui sont opposées en ce qu'elles emploient la violence et exercent différentes formes de contrainte sur les gouvernants et les membres de la société tenter d'y

II- Les mesures antiterroristes contre les partis politiques à l'épreuve du contrôle méticuleux de leur conventionalité

Si en se plaçant sous l'angle des articles 10, 11 de la Convention et de l'article 3 du Protocole n° 1 pour juger de la conventionalité des ingérences dans les droits des partis politiques motivées par ses activités liberticides, la Cour de Strasbourg a diversifié leur points de contrôles et multiplié les conditions à satisfaire pour admettre leur validité, elle a aussi dû définir les critères auxquels s'évaluent chacun d'entre eux. De façon générale, elle insiste sur le caractère concret et pragmatique du contrôle qu'elle effectue sans lequel les droits garantis n'auraient aucune effectivité. Elle recherche si l'Etat défendeur a utilisé son pouvoir « *de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable* ».

Elle considère « *l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si « les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants* »¹⁴¹³. Par cet examen réalisé *in concreto* elle doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes posés par la Convention, et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents. L'ingérence doit ainsi répondre à une nécessité entendue comme « *un besoin social impérieux* », être « *proportionnée au but légitime poursuivi* »¹⁴¹⁴ et que les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier soient « *pertinents et suffisants* »¹⁴¹⁵.

Si l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation, il faut pour en déterminer l'étendue « *extraire de la jurisprudence européenne les variables et les principes qui commandent ses interprétations* »¹⁴¹⁶. Comme les partis politiques sont indispensables à la démocratie, les

parvenir (L. Weinberg, A. Pedahzur, A. Perliger, *Political Parties and Terrorist Groups*, London and New York, Routledge, 2ème éd., 2009, p. 2.).

Apparemment claire, la distinction entre partis politiques démocratiques et groupements terroristes est beaucoup moins tranchée lorsqu'on examine les organisations politiques qui interviennent dans la vie politique. D'autant que sont apparues des formes d'organisations terroristes internationales, pratiquant un terrorisme déterritorialisé qui entendent moins prendre le pouvoir par la force dans les Etats qu'ils visent par des attentats que d'influencer leur politique internationale en les déstabilisants.

Il s'agit principalement du terrorisme associé à l'islamisme radical, auquel la France a été confrontée à partir de 1986 : terrorisme lié au Liban (Affaire Ibrahim Abdallah), à l'Iran (Affaire Walid Gorji) et à l'Algérie (attentats du GIA, affaire Boualem Ben Saïd). Les Etats-Unis y ont été confronté avec l'attentat du 11 septembre : A. Garapon, « Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, n° 8-9, 2006, p. 128 ; F. Thuillier, « La menace terroriste : essai de typologie », *Revue politique et parlementaire*, n°1028, 2004 ; M. Delmas-Marty, « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs ? », in H. Laurens, M. Delmas-Marty (sous la dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS Éditions, 2010, p. 165 et s.

Dans les cadres nationaux, les terrorismes italiens et allemands - Brigades rouges, Bande à Baader - des années 1970 visaient avant tout, par des actions ciblées sur des objectifs emblématiques, à pousser l'Etat à renforcer ses dispositifs coercitifs et à révéler de la sorte sa nature profonde : celle d'un appareil répressif au service de la bourgeoisie capitaliste et opprimant la classe ouvrière. Plus ancien est le terrorisme pratiqué, dans le cadre de véritables guerres de décolonisation, par des partis de libération nationale, auxquels les puissances coloniales européennes ont été confrontées après la seconde guerre mondiale. Il n'existe plus que dans les territoires qui ont échappé à la décolonisation et dans des Etats au sein desquels des minorités nationales revendiquent leur indépendance ou davantage d'autonomie.

¹⁴¹³ Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, *op. cit.*, § 47.

¹⁴¹⁴ Cour EDH, 2 oct. 2001, *Stankov et Illien c. Bulgarie*, § 87.

¹⁴¹⁵ Cour EDH, 2 sept. 1998, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, § 55.

¹⁴¹⁶ Y. Poirmeur, D. Rosenberg, *Droit des partis politiques*, Ellipses, 2008, p. 335.

exceptions relèvent d'une interprétation étroite et le besoin de restreindre doit être établi de manière convaincante. Il faut donc dégager de la jurisprudence de la Cour la nature des faits qu'elle retient pour se prononcer sur la proportionnalité des ingérences - ce qu'elle juge convaincant et suffisant - et ainsi préciser les contours du pouvoir discrétionnaire laissé à l'Etat lorsqu'il prend des mesures antiterroristes contre un parti politique. Variant selon les « *circonstances, les domaines et le contexte* »¹⁴⁷, il faut, pour ce faire, examiner d'abord les critères de reconnaissance de l'existence d'un but légitime et de la légalité de la mesure (A), puis ceux de l'appréciation de sa nécessité dans une société démocratique (B).

A- L'admission peu contraignante de l'existence d'un but légitime et de la légalité de la mesure

Dans la mesure où les Etats européens se sont dotés de riches législations antiterroristes, encouragés en cela par le Conseil de l'Europe sous l'égide duquel une Convention a été élaborée¹⁴⁸ ainsi que de nombreuses lignes directrices sur les partis politiques et les élections¹⁴⁹, la Cour tranche la question de savoir si la mesure était prévue par

¹⁴⁷ J. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la CEDH*, Bruylant, 2001, p. 175.

¹⁴⁸ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme entrée en vigueur le 1^{er} juin 2007. Les dispositions pertinentes citées dans les arrêts sont les articles 5 (Provocation publique à commettre une infraction terroriste : « 1. *Aux fins de la présente Convention, on entend par « provocation publique à commettre une infraction terroriste » la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises.* 2. *Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, la provocation publique à commettre une infraction terroriste telle que définie au paragraphe 1, lorsqu'elle est commise illégalement et intentionnellement.* »),

9 (Infractions accessoires : « 1. *Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour ériger en infraction pénale dans son droit interne : (...) c) la contribution à la commission d'une ou plusieurs des infractions visées aux articles 5 à 7 de la présente Convention par un groupe de personnes agissant de concert. Ce concours doit être délibéré et doit : i. soit viser à faciliter l'activité criminelle du groupe ou en servir le but, lorsque cette activité ou ce but supposent la commission d'une infraction au sens des articles 5 à 7 de la présente Convention ; ii. soit être apporté en sachant que le groupe a l'intention de commettre une infraction au sens des articles 5 à 7 de la présente Convention.* (...) »),

10 (Responsabilité des personnes morales : « 1. *Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions visées aux articles 5 à 7 et 9 de la présente Convention.* 2. *Sous réserve des principes juridiques de la Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative.* 3. *Cette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions.* ».

¹⁴⁹ Sont notamment cités par la Cour dans ses arrêts récents: La résolution 1308 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Restrictions concernant les partis politiques dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* : « (...) 2. *L'Assemblée considère que la question des restrictions concernant les partis politiques est par nature très complexe. Toutefois, la tragédie survenue à New York le 11 septembre 2001 doit nous inciter à réfléchir encore davantage sur les menaces que l'extrémisme et le fanatisme font peser sur la démocratie et les libertés.* (...). 11. *En conclusion et à la lumière de ce qui précède, l'Assemblée appelle les gouvernements des Etats membres à respecter les principes suivants : (...) ii. les restrictions ou dissolutions de partis politiques ne peuvent être que des mesures d'exception, ne se justifiant que dans les cas où le parti concerné fait usage de violence ou menace la paix civile et l'ordre constitutionnel démocratique du pays ; (...) v. l'interdiction ou la dissolution d'un parti politique ne peut intervenir qu'en dernier ressort, en conformité avec l'ordre constitutionnel du pays, et selon des procédures offrant toutes les garanties d'un procès équitable ; (...)* » ;

Les Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues, élaborées par la Commission de Venise (10-11 déc. 1999) : « *L'interdiction ou la dissolution forcée de partis politiques ne peuvent se justifier que dans le cas où les partis prônent l'utilisation de la violence ou l'utilisent comme un moyen politique pour faire renverser l'ordre constitutionnel démocratique, abolissant de ce fait les droits et libertés*

la loi et si le droit applicable était suffisamment accessible, rituellement posée par les requérants, par l'affirmative¹⁴²⁰.

Elle se borne dans la plupart des cas à constater que les dispositions en cause existent bien, avaient été publiées au Journal officiel et étaient en vigueur au moment où la mesure a été prise¹⁴²¹, même si leur signification exacte n'est pas précisée et est contestée¹⁴²². En effet si elle a posé le principe qu'une norme « *ne peut passer pour une « loi » que si elle est formulée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé* »¹⁴²³, elle s'est montrée, au fil des affaires,

protégés par la Constitution. Un parti politique, en tant que tel, ne peut pas être tenu pour responsable de la conduite de ses membres qui n'aurait pas été autorisée par le parti à l'intérieur du cadre politique/public et des activités du parti. L'interdiction ou la dissolution de partis politiques comme mesure particulière de portée considérable doivent être utilisées avec la plus grande retenue. Avant de demander à la juridiction compétente d'interdire ou de dissoudre un parti, les gouvernements ou autres organes de l'Etat doivent établir – en regard de la situation dans le pays concerné – si le parti représente réellement un danger pour l'ordre politique libre et démocratique ou pour les droits des individus, et si d'autres mesures moins radicales peuvent prévenir ledit danger » ;

Le Code de bonne conduite en matière électorale, élaboré par la Commission de Venise (18-19 oct. 2002) : « 3. 3 L'existence d'un système de recours efficace : L'instance de recours en matière électorale doit être soit une commission électorale, soit un tribunal. Un recours devant le Parlement peut être prévu en première instance en ce qui concerne les élections du Parlement. Dans tous les cas, un recours devant un tribunal doit être possible en dernière instance. La procédure doit être simple et dénuée de formalisme, en particulier en ce qui concerne la recevabilité des recours. Les dispositions en matière de recours, et notamment de compétences et de responsabilités des diverses instances, doivent être clairement réglées par la loi, afin d'éviter tout conflit de compétences positif ou négatif. Ni les requérants, ni les autorités ne doivent pouvoir choisir l'instance de recours. L'instance de recours doit être compétente notamment en ce qui concerne le droit de vote – y compris les listes électorales – et l'éligibilité, la validité des candidatures, le respect des règles de la campagne électorale et le résultat du scrutin. a) L'instance de recours doit pouvoir annuler le scrutin si une irrégularité a pu influencer le résultat. (...) b) Tout candidat et tout électeur de la circonscription ont qualité pour recourir (...) c) Les délais de recours et les délais pour prendre une décision sur recours doivent être courts (trois à cinq jours en première instance). d) Le droit des requérants au contradictoire doit être sauvegardé. e) Lorsque les commissions électorales supérieures sont instances de recours, elles doivent pouvoir rectifier ou annuler d'office les décisions des commissions inférieures ».

¹⁴²⁰ La façon dont la Cour articule le contrôle de la légitimité et de la légalité de la mesure avec celui de sa nécessité a été discutée par la doctrine, notamment sur les conséquences résultant du constat d'illégalité sur la poursuite du contrôle, certains auteurs s'interrogeant sur la question de savoir si le contrôle de la nécessité n'intervient pas seulement à titre complémentaire, « lorsque les deux autres critères sont déjà réunis » (M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 157).

¹⁴²¹ Cour EDH, 7 déc. 2010, *Eusko Abertzale Ekintza – Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne*, § 52.

¹⁴²² Ainsi dans l'affaire *Association de citoyens Radko et Paunkovski c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*, (Cour EDH, 15 janv. 2009), « la Cour note que ces dispositions prévoient explicitement, entre autres, que les programmes et activités des associations de citoyens ne peuvent avoir pour objectif de renverser par la violence l'ordre constitutionnel ni d'encourager ou d'inciter à l'agression militaire ou à la haine ou à l'intolérance ethnique, raciale ou religieuse. La Cour constitutionnelle a considéré que la négation de l'identité ethnique macédonienne, qui était selon elle le véritable objectif de l'association, visait à renverser par la violence l'ordre constitutionnel et à inciter à la haine ou à l'intolérance nationale ou religieuse étant donné que « la Macédoine s'est constituée comme l'Etat national du peuple macédonien et que toute activité tendant à nier l'identité de ce peuple vise en réalité à renverser par la violence (...) » (§ 29 ci-dessus). La Cour note qu'il est à la fois inévitable et conforme à la fonction de décision exercée par la Cour constitutionnelle que ce soit à cette juridiction qu'il incombe d'interpréter les termes « renverser par la violence (...) encourager ou inciter à (...) » figurant dans la Constitution et d'apprécier si les statuts et le programme de l'association étaient compatibles avec ce texte » (§ 59).

¹⁴²³ Cour EDH, arrêt *Association de citoyens Radko et Paunkovski op. cit.*, § 52.

tolérante avec cette exigence qui ne saurait avoir, pour des raisons pratiques, un caractère absolu.

Non seulement « *la législation ne saurait parer à toute éventualité* » et « *l'expérience montre l'impossibilité d'arriver à une précision absolue dans la rédaction des lois* », mais encore « *aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire, car il faudra toujours élucider les points obscurs et s'adapter aux circonstances particulières* »¹⁴²⁴. Elle s'en tient donc à analyser si les dispositions invoquées par les autorités « *forment une base légale suffisamment précise pour l'ingérence en cause* »¹⁴²⁵. Il est plus facile encore de rattacher les mesures motivées par des activités terroristes aux buts légitimes retenus par les articles 10 et 11 de La Convention. Les notions utilisées pour les définir sont si extensibles que le défaut d'un tel but « *est presque une hypothèse d'école* »¹⁴²⁶. Le terrorisme menaçant une vaste galaxie d'intérêts nationaux cruciaux, les Etats peuvent invoquer une large gamme de buts légitimes - le maintien de la sûreté publique et de la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection des droits et libertés d'autrui¹⁴²⁷ - dont la Cour admet facilement l'existence en examinant assez abstraitement les circonstances.

A ce stade, elle se borne le plus souvent à relever un contexte troublé par des violences et des activités terroristes. Dans l'affaire *Zana c. Turquie*¹⁴²⁸, la Cour EDH explique de la sorte qu'« *eu égard au caractère sensible de la situation régnant dans le sud-est de la Turquie en matière de sécurité et à la nécessité pour les autorités d'exercer leur vigilance face à des actes susceptibles d'accroître la violence (...), les mesures prises à l'encontre du requérant poursuivaient certains buts mentionnés par le gouvernement, à savoir la protection de la sécurité nationale et de l'intégrité territoriale, la défense de l'ordre et la prévention du crime. C'est certainement le cas lorsque, comme dans la situation du sud-est de la Turquie à l'époque des faits, le mouvement séparatiste s'appuie sur des méthodes qui font appel à la violence* » (§ 10)¹⁴²⁹.

¹⁴²⁴ La Cour estime que « la fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne » : *Association de citoyens Radko et Paunkovski op. cit.*, § 56 ; *Gorzelik, op. cit.*, § 65.

¹⁴²⁵ *Association de citoyens Radko et Paunkovski, op. cit.*, § 60.

¹⁴²⁶ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2002, p. 546.

¹⁴²⁷ Ces buts sont retenus par la Cour dans l'arrêt *Refah Partisi* (§ 67) ; dans l'affaire *Dicle pour le Parti de la démocratie (DEP) c. Turquie* (Cour EDH, 10 déc. 2002), elle estime que les mesures litigieuses peuvent passer pour avoir visé au moins un des buts légitimes au sens du § 2 de l'article 11 : la protection de l'intégrité territoriale et, ainsi, la « *sécurité nationale* » (§ 36) ; dans l'affaire *Parti socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie* (Cour EDH, 12 nov. 2003), elle retient seulement la protection de la « *sécurité nationale* » au sens de l'article 11. 2 (§ 30). Dans l'affaire *Partidul comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c. Bulgarie* (Cour EDH, 3 févr. 2005), la Cour retient qu'« eu égard notamment à l'expérience totalitaire qu'a eue la Roumanie, les mesures litigieuses peuvent passer pour avoir visé la protection de la sécurité nationale et la protection des droits et libertés d'autrui » (§ 37). Dans l'affaire *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne* (Cour EDH, 30 juin 2009), elle estime que « *compte tenu des circonstances de l'espèce, (...) la dissolution poursuivait plusieurs des buts légitimes énumérés à l'article 11, notamment le maintien de la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui* » (§ 64).

¹⁴²⁸ Cour EDH (Grde ch.), 25 nov. 1997, *Zana c. Turquie*.

¹⁴²⁹ V. également Cour EDH, 15 juin 2000, *Erdogdu c. Turquie* : « *Eu égard au caractère sensible de lutte contre le terrorisme ainsi qu'à la nécessité pour les autorités d'exercer leur vigilance face à des actes susceptibles d'accroître la violence, [la condamnation par la Cour de sûreté de l'Etat du requérant pour diffusion de propagande, par voie de périodique contre l'intégrité territoriale de l'Etat et l'unité indivisible de la nation turque] poursuivait deux buts compatibles avec l'article 10. 2 : la défense de l'ordre et la prévention du crime* » (§ 50).

Parmi les divers buts légitimes avancés par les Etats pour justifier leurs ingérences, la Cour sélectionne cependant ceux qui cadrent le mieux avec les données de l'affaire, sont vraisemblables et donc crédibles.

L'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*⁴³⁰ illustre cette démarche. La Cour s'y range à l'avis de la Commission selon laquelle « *en tant qu'elle se fondait sur l'usage du terme « communiste » dans l'appellation du parti, l'ingérence litigieuse ne saurait se prévaloir d'aucun but légitimes visés par l'article 11* » (§ 40) car rien ne permettait de conclure que le parti « *ne respectait pas les institutions démocratiques et entendait instaurer une dictature* », mais qu'« *en tant qu'elle s'appuyait sur la distinction faite dans son programme entre les Turcs et les Kurdes* », elle pouvait « *passer pour ordonnée dans le but de protéger l'intégrité territoriale* » et, ainsi, la « *sécurité nationale* ». Non pas que le TBKP soit une organisation terroriste ou encourageant le terrorisme, mais il pouvait être considéré comme poursuivant ouvertement la création d'une nation kurde séparée et, partant, un redécoupage du territoire de l'Etat turc » (§ 40, alinéa 2). Si bien que la dissolution poursuivait au moins un but légitime énuméré par l'article 11 : la protection de la sécurité nationale.

Par ailleurs, lorsque les requérants soutiennent que le but effectivement poursuivi par les autorités est illégitime, obligeant la Cour à effectuer de plus amples investigations sur la question, ils ont d'autant moins de chance d'en convaincre le juge que le risque terroriste est notoire. Ainsi dans l'arrêt *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*⁴³¹ où les partis dissous alléguaient que leur dissolution visait seulement « *à éliminer le courant politique indépendantiste basque de la vie politique et démocratique* » (§ 61), la Cour se range (§ 64), à la thèse du gouvernement niant qu'elle ait eu un autre but que de les « *empêcher d'agir contre le système démocratique et les libertés fondamentales des citoyens en soutenant la violence et les activités de l'organisation terroriste ETA* » et rappelant « *la coexistence pacifique sur le territoire espagnol de plusieurs partis politiques à caractère nationaliste ou indépendantiste qui exercent normalement leurs activités* » (§ 63).

Lorsque l'ingérence concerne le droit à des élections libres, ce qui est souvent le cas quand les mouvements terroristes ont une implantation dans la société, bénéficient d'une certaine « *sympathie instinctive* » au sein de la population et peuvent donc poursuivre leurs objectifs politiques aux moyens de « *vitrines légales* » présentant des candidats aux élections⁴³², la Cour doit examiner assez précisément la nature de la mesure prise pour pouvoir se prononcer sur les buts légitimes. Dans l'affaire *Eusko Abertzale Ekintza – Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne*⁴³³, elle se livre à une analyse détaillée des raisons de l'annulation des candidatures aux élections du parti requérant sans laquelle il ne serait pas possible d'en qualifier le but⁴³⁴.

⁴³⁰ Cour EDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié*.

⁴³¹ Cour EDH, 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*.

⁴³² Sur l'implantation d'Euzkadi Ta Azkatasuna (ETA) et la nébuleuse nationaliste basque : J.-G. Lanuque, « *ETA. Un terrorisme d'extrême gauche ?* », in *Révolution, lutte armée et terrorisme*, vol. 1, L'Harmattan, 2005, p. 78 et s.

⁴³³ Cour EDH, 7 déc. 2010, *Eusko Abertzale Ekintza – Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne*.

⁴³⁴ Ibid. « *Quant aux buts de la mesure litigieuse, la Cour note que, conformément à l'article 12 § 1 de la LOPP, la dissolution judiciaire d'un parti politique, en l'occurrence Batasuna et Herri Batasuna produit des effets prévus par la loi et entraîne, en particulier, l'interdiction d'utiliser un autre parti politique déjà inscrit au Registre pour poursuivre l'activité d'un parti dissous. Une telle utilisation est présumée frauduleuse. La loi tient compte, parmi d'autres éléments, de la similitude substantielle des structures, de l'organisation et du fonctionnement respectifs des partis en cause, de leurs membres et de leurs dirigeants ou représentants, ainsi que de toute autre circonstance significative telle que leur disposition à soutenir la violence ou le terrorisme* » (§ 53).

: Prenant acte « de l'argument du Gouvernement selon lequel la dissolution des partis politiques Batasuna et Herri Batasuna aurait été inutile s'ils avaient pu poursuivre de facto leur activité par le biais des listes de candidats du parti requérant », « elle juge que la restriction litigieuse poursuivait des buts compatibles avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention, à savoir, notamment, la protection de l'ordre démocratique » (§ 53).

Au-delà de ces différences dans la reconnaissance des buts légitimes selon que l'Etat s'est ingéré dans les droits d'expression et d'association ou dans le droit à des élections libres, ce n'est pas sur les critères de l'inexistence de buts légitimes ou de l'illégitimité des buts réellement poursuivis, faute qu'en puissent être apportées des preuves suffisantes¹⁴³⁵, que la Cour décide de la conventionalité des ingérences, mais sur ceux qu'elle applique pour effectuer le contrôle de la proportionnalité de la mesure aux buts légitimes invoqués.

B- Les critères graduels de la nécessité dans une société démocratique

Le contrôle de la condition de nécessité dans une société démocratique, dont dépend essentiellement le niveau de protection des droits reconnus par la Convention aux partis politiques, comporte une grande part d'arbitraire et d'indétermination, car elle ne définit ni le concept de société démocratique¹⁴³⁶ par rapport à laquelle la nécessité de l'ingérence s'apprécie, ni l'« échelle de graduation »¹⁴³⁷ grâce à laquelle sa nécessité se mesure¹⁴³⁸.

La détermination de ces notions par la jurisprudence laisse une large marge d'appréciation de la proportionnalité des mesures antiterroristes en fonction des situations assurant une protection à géométrie variable ce qui permet aux Etats confrontés à de véritables risques terroristes d'y répondre efficacement. Pour que la mesure soit nécessaire, la première condition à satisfaire est que les activités imputées au parti politique pour motiver la mesure prise à son encontre soient exactes et convenablement qualifiées (1). Il faut également

¹⁴³⁵ Dans l'affaire Cour EDH, (Grde ch.), 13 févr. 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, les requérants avaient admis que la protection de la sûreté et des droits et libertés d'autrui ainsi que la prévention du crime puissent être conditionnés par la sauvegarde du principe de laïcité, mais avaient aussi soutenu que les raisons profondes de la dissolution du parti étaient les intérêts des grands groupes commerciaux et des militaires qui étaient « menacés par la politique économique du Refah, qui tendait à mettre fin à l'endettement de l'Etat » (§ 66). La Cour juge que la démonstration n'en est pas suffisamment apportée (§ 67).

¹⁴³⁶ La démocratie telle que la Cour la caractérise au fil de sa jurisprudence, « qui représente sans nul doute un « élément fondamental de « l'ordre public européen » et l'« unique modèle politique envisagé par la Convention » (*Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, § 45) implique : « la tolérance et l'esprit d'ouverture » (Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Irlande*); le pluralisme « chèrement conquis au cours des siècles » (Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, § 31) « elle ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité et commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus de position dominante » (Cour EDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster*) ; « la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent et inquiètent l'Etat ou une fraction de l'opinion » (Cour EDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*) ; « parmi les principes fondamentaux de pareille société figure la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le Préambule de la Convention » (Cour EDH, 6 sept. 1978, *Klass c. RFA*).

¹⁴³⁷ M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 161.

¹⁴³⁸ *Handyside cit.*, § 48 : « Si l'adjectif « nécessaire » au sens de l'article 10. 2 n'est pas synonyme d'indispensable (comp. aux articles 2. 2 et 6. 1, les mots « absolument nécessaire » et à l'article 15. 1, le membre de phrase « dans la stricte mesure où la situation l'exige »), il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'« admissible », « normal » (comp. l'article 4. 3), « utile » (comp. le premier alinéa de l'article 1 du Protocole n°1), « raisonnable » (comp. les articles 5. 3 et 6. 1) ou « opportun » ». La Cour aboutit à envisager la nécessité comme « un besoin social impérieux ».

que ces activités soient d'une gravité suffisante pour que l'ingérence puisse être considérée comme répondant à un besoin social impérieux ou, lorsqu'elle affecte le droit à des élections libres, à celui de protéger l'ordre démocratique (2).

1- L'exactitude matérielle des faits et leur imputabilité au parti politique

Le refus d'enregistrer un parti politique, sa dissolution, son interdiction temporaire ou l'annulation des candidatures qu'il présente aux élections motivées par son caractère terroriste ou par ses liens avec une entreprise terroriste, doit reposer sur des faits matériellement exacts pour déterminer si le changement proposé est « compatible avec les principes démocratiques fondamentaux » et si les moyens utilisés [pour mener campagne en faveur d'un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'État] sont « à tous points de vue légaux et démocratiques »¹⁴³⁹.

Comme dans le contentieux des mesures les plus graves sanctionnant des partis politiques pour leurs activités terroristes « la question de savoir s'il y a eu appel à la violence, au soulèvement ou à toute autre forme de rejet des principes démocratiques constitue un élément essentiel à prendre en considération »¹⁴⁴⁰, les éléments de preuves susceptibles d'être apportés vont varier considérablement selon le moment où la mesure est prise. Lorsque le refus d'enregistrer le parti politique ne lui a pas permis de fonctionner ou qu'il a été dissous avant d'avoir pu commencer à le faire, les preuves que l'État peut fournir de sa nature terroriste, se réduisent généralement au contenu de ses statuts et de son programme qui sont souvent trop laconiques pour être pertinentes.

Confrontée à cette hypothèse dans l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie*, la Cour a posé comme règle de contrôle que dès lors que la mesure a été ordonnée sur la seule base de son programme, « à l'instar des autorités nationales, elle s'appuiera donc sur lui pour apprécier la nécessité de l'ingérence litigieuse »¹⁴⁴¹. Il est rare qu'elle admette la conventionalité d'une dissolution intervenue dans ces conditions. Dans son arrêt de principe *Parti communiste unifié de Turquie*, elle juge que « le nom que se donne un parti politique, ne saurait en principe, justifier une mesure aussi radicale que la dissolution à défaut d'autres circonstances pertinentes et suffisantes » (§ 54) et conclut d'une analyse fine de son programme¹⁴⁴² à l'absence d'éléments démontrant sa dangerosité : même si elle est « prête à tenir compte des circonstances entourant l'examen des cas soumis à son examen, en particulier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme », en l'espèce, elle ne voit aucun élément « lui

¹⁴³⁹ Cour EDH, *Yazar et autres, cit.*, § 49 ; *Refah Partisi, op. cit.*, § 98.

¹⁴⁴⁰ Cour EDH, 8 déc. 1999, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie*, § 40.

¹⁴⁴¹ Cour EDH, 26 avr. 2005, *Parti de la démocratie et de l'évolution et autres c. Turquie*, § 21.

¹⁴⁴² Si le programme (...) parle du « peuple », de la « nation » ou des « citoyens » kurdes, il ne les qualifie pas pour autant de « minorité » et ne revendique pas non plus pour eux - hormis la reconnaissance de leur existence - le bénéfice d'un traitement ou de droits particuliers, voire celui de se séparer du reste de la population de la Turquie. On peut y lire au contraire que « [l]e TBKP œuvrera pour que le problème kurde trouve une solution pacifique, démocratique et équitable, pour que les peuples kurde et turc vivent ensemble de leur plein gré dans les frontières étatiques de la République turque, sur le fondement de l'égalité de droits et en vue de leur restructuration démocratique sur la base des intérêts communs ». Au sujet du droit à l'autodétermination, « le programme (...) se borne à déplorer qu'à cause du recours à la violence, il ne soit pas « exercé en commun mais de manière séparée et unilatérale », précisant que « le remède à ce problème est politique » et que, « pour que l'oppression et la discrimination de la nation kurde cessent, les Turcs et les Kurdes doivent s'unir ». Selon le même programme, « [l]e problème kurde ne trouvera de solution que si les parties concernées peuvent exprimer librement leurs opinions, si elles s'entendent pour refuser de recourir à toute forme de violence pour résoudre le problème et si elles peuvent participer à la vie politique sous leur identité nationale propre » (§ 56).

permettant, en l'absence de toute activité [du parti]» de lui imputer « une quelconque responsabilité dans les problèmes que pose le terrorisme en Turquie » (§ 59).

Ni la simple analyse à laquelle un parti se livre « *de l'histoire et de la situation politiques* » sur une question sensible de sécurité nationale, ni ses propositions pour faire cesser l'oppression et faire reconnaître aux citoyens d'une minorité les droits prévus par les traités internationaux liant le pays ne sauraient être, en tant que tels, « *contraires aux principes fondamentaux de la démocratie* »¹⁴⁴³. On ne saurait non plus analyser les similitudes entre les objectifs d'un parti politique entendant les atteindre par des moyens légaux et démocratiques et ceux d'une organisation qui entend les réaliser par des actes de terrorisme, comme démontrant qu'il soutient ces actes¹⁴⁴⁴.

Lorsque le parti politique a pu fonctionner avant d'être dissous, suspendu ou interdit, il devient possible de tenir compte d'autres éléments pour déterminer quels sont ses objectifs et cerner plus exactement son comportement. La Cour qui n'exclut pas « *que le programme politique d'un parti cache des objectifs et intentions différents de ceux qu'il affiche publiquement* » accepte donc pour établir ce qu'ils sont réellement de « *comparer le contenu dudit programme avec les actes et prises de position de ses membres et dirigeants* »¹⁴⁴⁵. C'est toutefois « *à condition de former un tout révélateur du but et des intentions du parti* » que « *l'ensemble de ces actes et prises de position* » peut « *entrer en ligne de compte dans la procédure de dissolution d'un parti politique* »¹⁴⁴⁶.

La prise en considération de tels actes et discours par les autorités impose deux vérifications successives : il faut d'abord s'assurer qu'ils sont « *imputables à l'ensemble du parti* », puis voir s'ils « *constituent un tout qui donne une image nette d'un modèle de société conçu et prôné par le parti et qui serait en contradiction avec la conception d'une société démocratique* »¹⁴⁴⁷. La Cour a dégagé ces critères d'imputabilité lors de l'examen de conventionalité de la dissolution du *Refah partisi* prononcée sur la seule base des déclarations de ses dirigeants en se fondant sur leur rôle institutionnel. Analysant les différentes responsabilités exercées par les membres du parti, elle précise : « *les déclarations et les actes de M. Necmettin Erbakan, en sa qualité de président du Refah ou de premier ministre élu à ce dernier poste en raison de sa position de leader de son parti* » peuvent « *incontestablement être imputées au parti* », car « *le rôle de président, lequel est souvent la figure emblématique du parti, diffère de ce point de celui d'un simple membre* ».

Selon elle, « *les propos tenus sur des sujets politiquement sensibles ou les prises de position du président d'un parti sont perçus par les institutions politiques et par l'opinion publique comme des actes reflétant la position de son parti et non comme des opinions personnelles à moins qu'il ne déclare le contraire* » (§ 113). Cette présomption d'imputabilité des prises de position de son président au parti qu'il dirige ne cède que sur indication exprès de l'intéressé qu'elles n'expriment que son opinion personnelle. Les déclarations des vice-présidents du parti sont soumises au même traitement (§ 114).

¹⁴⁴³ Cour EDH, 26 avr. 2005, *Parti de la démocratie et de l'évolution et autres c. Turquie*, § 24 ; Cour EDH, 3 mai 2007, *Demokratik Kitle Partisi et Elçi c. Turquie*, § 33.

¹⁴⁴⁴ La Cour souligne qu'une telle assimilation rendrait impossible le traitement de ces enjeux dans le cadre démocratique ce qui donnerait aux mouvements armés le monopole de la défense de ces causes, « *ce qui serait fortement en contradiction avec l'esprit de l'article 11* » : Cour EDH, 26 avr. 2005, *Parti de la démocratie et de l'évolution et autres c. Turquie*, § 24.

¹⁴⁴⁵ Cour EDH, *Refah partisi*, *op. cit.*, § 101 ; Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, *op. cit.*, § 58.

¹⁴⁴⁶ Cour EDH, *Refah partisi*, *op. cit.*, § 101 ; Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, *op. cit.*, § 58.

¹⁴⁴⁷ Cour EDH, *Refah Partisi*, *op. cit.*, § 104.

S'agissant des propos tenus et des actes effectués par ses membres élus députés du parti à l'Assemblée nationale ou occupant des postes de dirigeants locaux, ils sont susceptibles de lui être imputés à deux conditions. La première, qu'ils forment un tout révélateur du but et des intentions du parti et s'accumulent pour donner une image de société. La raison pour laquelle ils doivent être retenus est double : ils sont « *aptes à influencer les électeurs potentiels en leur inspirant des espoirs ou des attentes, ou bien des craintes* » non parce qu'ils émanent de particuliers mais sont « *faits ou tenus au nom du Refah par des députés ou par un maire, tous élus du parti* » ; ces actes et ces discours peuvent également « (...) être plus efficaces que des formules abstraites écrites dans les statuts et le programme du parti pour atteindre d'éventuels buts illicites » (§ 115). La seconde condition est, cette fois-ci, que le parti n'ait pas pris « ses distances par rapports à eux¹⁴⁴⁸.

A défaut de l'avoir fait explicitement, divers indices établissent cette absence de distanciation : la désignation des intéressés comme candidats du parti à une élection importante peu après qu'ils aient accompli ces actes ou tenu ces propos ; la diffusion de leurs discours à des fins de formation politique des membres du parti ; l'absence de toute mise en cause de leurs propos ou de leurs actes. A cet égard, l'exclusion tardive du parti de ces responsables « *dans l'espoir d'échapper à la dissolution* » n'est pas considérée comme la marque d'une réelle distanciation car « *elle n'a pas le caractère volontaire qui doit présider aux décisions des dirigeants d'associations pour pouvoir être reconnues sur le terrain de l'article 11* » (§ 115)¹⁴⁴⁹.

Dans l'affaire *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*¹⁴⁵⁰ concernant la dissolution de deux partis politiques prononcée par le Tribunal suprême motivée par leur absence de condamnation des attentats commis par l'ETA et par des comportements de leurs membres permettant « *de conclure qu'ils étaient les instruments de la stratégie terroriste d'ETA* » (§ 85),

¹⁴⁴⁸ On notera que dans certains cas la Cour s'attache à examiner la cohérence de la répression exercée par les autorités pour évaluer les sanctions prises et l'exactitude des motifs : Cour EDH, 2 févr. 2010, *Müslüm Ciftçi c. Turquie* : motifs inexacts de la mutation d'un syndicaliste auquel était reproché d'avoir participé à une action de son syndicat dont la préfecture avait estimé qu'elle avait pour but de soutenir une organisation armée illégale. Or « *ces accusations avaient été définitivement écartées par les juridictions pénales* ». « *Par conséquent, la Cour considère le requérant étaye, de manière convaincante, la thèse selon laquelle la décision incriminée consistait en une sanction pour sa participation à une action menée dans le cadre de ses activités syndicales* » (§ 35). En conséquence, elle conclut à un détournement de l'usage du pouvoir de mutation détenu par l'administration pour assurer le bon fonctionnement du service public et à la violation de l'article 11 (§ 52).

¹⁴⁴⁹ Des problèmes de distanciation analogues sont posés aux journalistes et aux organes de presse lorsqu'ils publient des discours d'organisations dissoutes, mais intervient alors aussi le droit du public d'être informé : « *pour évaluer si la publication des écrits émanant d'organisations interdites engendre un risque de provocation publique à la commission d'infractions terroristes ou d'apologie du terrorisme, il faut prendre en considération non seulement la nature de l'auteur et du destinataire du message, mais aussi la teneur de l'écrit en question et le contexte dans lequel il est publié, au sens de la jurisprudence de la Cour.*

Dans cet exercice de mise en balance d'intérêts concurrents, les autorités nationales doivent suffisamment tenir compte du droit du public de se voir informer d'une autre manière de considérer une situation conflictuelle, du point de vue de l'une des parties au conflit, aussi désagréable que cela puisse être pour elles.

A cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, lorsque des opinions n'incitent pas à la violence – c'est-à-dire qu'elles ne préconisent pas le recours à des procédés violents ou à une vengeance sanglante, ne justifient pas la commission d'actes terroristes en vue de la réalisation des objectifs de leurs partisans, et ne peuvent être interprétées comme susceptibles de favoriser la violence en insufflant une haine profonde et irrationnelle envers des personnes identifiées – les Etats contractants ne peuvent se prévaloir de la protection de l'intégrité territoriale, de la sécurité nationale, de la défense de l'ordre ou de la prévention du crime pour restreindre le droit du public à être informé en utilisant le droit pénal pour peser sur les médias ». Cour EDH, 6 juil. 2010, *Gözel et Özer c. Turquie*, § 56.

¹⁴⁵⁰ Cour EDH, 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*.

la Cour examine quels éléments établissent leurs liens avec cette entreprise terroriste⁴⁵¹. Elle considère que ces comportements, c'est-à-dire les manifestations organisées par Batasuna, les slogans de soutiens aux prisonniers d'ETA, les discours tenus par leurs responsables⁴⁵², « *s'apparentent fort à un soutien explicite à la violence et à un éloge de personnes vraisemblablement liées au terrorisme* » (§ 86).

Elle relève que les membres et les dirigeants de ces partis « *n'ont pas exclu le recours à la force en vue de la réalisation de leurs desseins* » et que leurs comportements sont « *susceptibles de provoquer des conflits sociaux entre les partisans des partis requérants et les autres formations politiques, en particulier celles du Pays Basque* » (§ 86). Elle juge donc que « les tribunaux nationaux ont suffisamment établi que le climat de confrontation créé par les partis requérants risquait de provoquer dans la société des mouvements violents susceptibles de troubler l'ordre public ».

Surtout, elle analyse l'ensemble des actes imputables aux partis dissous comme « *s'inscrivant bien dans une stratégie adoptée [par eux] pour mener à bien un projet politique par essence contraire aux principes démocratiques consacrés par la Constitution espagnole et qu'ils correspondaient de ce fait au motif de dissolution défini à l'article 9 § 2 de la Loi organique sur les partis politiques, à savoir le fait d'accompagner et de soutenir politiquement l'action d'organisations terroristes dans le but de bouleverser l'ordre constitutionnel ou de troubler gravement la paix publique* » (§ 87).

Répondant à l'argument des requérants qui soutenaient avoir été dissous au seul motif qu'ils n'avaient pas condamné les actes de violence terroriste, la Cour rappelle qu'il s'agit là d'un fait significatif dont les autorités peuvent tenir compte : « *le simple fait que la dissolution était aussi fondée sur l'absence de condamnation n'est pas contraire à la Convention, le comportement des hommes politiques englobant d'ordinaire non seulement leurs actions ou*

⁴⁵¹ Sur l'apologie en droit espagnol : A. Asua Batarrita, M. Alvarez Vizcaya, article *op. cit.*, p. 234-235. Les auteurs précisent : « *l'apologie a été constituée en infraction par un décret-loi de 1845. Son champ d'application fut réduit par le Code pénal de 1995, où elle ne fut plus pénalisée que pour le génocide, et dans les cas où par sa nature ou en raison des circonstances, elle constitue une incitation directe à commettre une infraction. Le Tribunal constitutionnel considérait en effet que « la manifestation publique en termes d'éloge ou d'exaltation, d'appui ou de solidarité morale ou idéologique avec certaines actions délictuelles ne peut être confondue avec de telles activités, ni être considéré, en tout cas, comme inductrice ou provocatrice de telles infractions* » (199/1986, 16 déc.). En réaction au terrorisme d'ETA, une loi organique de 2000 a introduit une infraction d'apologie du terrorisme et une autre de « *mépris des victimes du terrorisme* » (elle consiste dans « *l'accomplissement d'actes qui entraînent le discrédit, le mépris ou l'humiliation des victimes des infractions terroristes ou de leurs parents* »). L'apologie punissable consiste « *dans l'exaltation ou la justification par tout moyen d'expression publique ou de diffusion de certaines infractions ou des personnes qui ont participé à leur commission* ». Cette infraction s'interprète restrictivement conformément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : Cour EDH, 4 juin 2002, *Yagmurdeleri c. Turquie*.

⁴⁵² Ont été relevés par le Tribunal suprême les faits suivants : « *lors de la manifestation convoquée par Batasuna à Saint-Sébastien le 11 août 2002 et conduite par A.O., J.P. et J.A, des dirigeants de ce parti, on avait entendu non seulement des slogans de soutien aux prisonniers de l'ETA, mais aussi des expressions menaçantes telles que « borroka da bide bakarra » (la lutte est la seule voie), « zuek faxistak zarete terroristak » (vous, les fascistes, vous êtes les vrais terroristes) ou « gora ETA militarra » (vive l'ETA militaire)* ». La Cour EDH observe également que, à l'occasion d'un entretien qu'il avait eu avec le journal *Egunkaria* le 23 août 2002, un représentant de Batasuna au Parlement basque avait affirmé que « *l'ETA n[était] pas pour la lutte armée par caprice, mais [qu'elle était] une organisation consciente de la nécessité d'utiliser tous les instruments pour faire face à l'Etat* ». Enfin, la Cour retient comme autres éléments probants : la participation d'un conseiller de Batasuna à une manifestation de soutien à l'ETA, le fait que des terroristes de l'ETA ont été promus citoyens d'honneur de villes dirigées par les requérants et l'affichage, sur le site Internet du deuxième requérant, de l'anagramme de l'organisation « *Gestoras Pro-Amnistía* », déclarée illégale par le juge central d'instruction n° 5 près l'*Audiencia Nacional* et inscrite sur la Liste européenne des organisations terroristes (position commune du Conseil de l'Union européenne 2001/931/PESC) (§ 85).

discours, mais également, dans certaines circonstances, leurs omissions ou silences, qui peuvent équivaloir à des prises de position et être aussi parlants que toute action de soutien déclaré » (§88)¹⁴⁵³. En l'espèce, ce silence est éloquent « *dans un contexte de terrorisme existant depuis plus de trente ans et condamné par l'ensemble des autres partis politiques* » et la Cour approuve donc l'analyse du Tribunal constitutionnel espagnol l'interprétant comme un « *soutien tacite au terrorisme* ».

Leurs actions comme leurs absences révèlent un « *accommodement* » de ces partis avec la terreur « *allant à l'encontre de la coexistence organisée dans un Etat démocratique* » (§ 88). Au total, « *les actes et les discours imputables à ces partis forment un ensemble donnant une image nette d'un modèle de société [qu'ils conçoivent et prônent] qui serait en contradiction avec le concept de « société démocratique »* » (§ 91). Dans l'affaire *Etxeberria, Barrena Arza Naffaroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*¹⁴⁵⁴ où l'ingérence litigieuse consistait dans l'interdiction faite à des groupements électoraux de présenter des candidats au motif qu'ils continuaient les activités de partis déclarés antérieurement illégaux, la Cour s'intéresse aux relations et aux appartenances démontrant cette continuité. Elle souligne que les autorités espagnoles « *disposaient de nombreux éléments pour l'établir* » et mentionne spécialement des « *documents trouvés au domicile d'un membre présumé de l'ETA, rédigés à l'attention des groupements et leur donnant des instructions à suivre au cas où le parti Batasuna serait déclaré illégal* » (§ 53)¹⁴⁵⁵.

Elle note que le Tribunal suprême ne s'est donc pas seulement appuyé sur la contamination du programme des groupements électoraux par les conceptions des partis dissous, mais était en possession de preuves matérielles démontrant la réalité des liens. De plus, il a pris des décisions individualisées¹⁴⁵⁶ à l'issue d'une procédure contradictoire au cours de laquelle les groupements ont pu présenter leurs observations et discuter les preuves ce qui a permis aux juridictions successivement saisies « *de constater de façon non équivoque un lien avec les partis politiques déclarés illégaux* »¹⁴⁵⁷ pour leur soutien à la violence et aux activités de l'organisation terroriste ETA. Une fois reconstituée l'image exacte du parti politique, il reste à la Cour de Strasbourg à déterminer si la mesure litigieuse était « *nécessaire dans une société démocratique* », c'est-à-dire si elle répondait de façon proportionnée à un besoin social impérieux ou à celui de protéger l'ordre démocratique.

¹⁴⁵³ Cour EDH, arrêt *Zdanoka op. cit.*, § 123.

¹⁴⁵⁴ Cour EDH, 30 juin 2009, *Etxeberria, Barrena Arza Naffaroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*.

¹⁴⁵⁵ V. également Cour EDH, 7 déc. 2010, *Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne*: La Cour retient comme preuve que les listes de candidats présentées par le parti visaient à assurer la continuité des activités des partis déclarés illégaux : « *l'arrestation, lors d'une opération antiterroriste des forces de sécurité de l'Etat tendant au démantèlement d'un commando de « libérés », d'un coordinateur de l'organe exécutif pour Navarre d'un des partis dissous, qui détenait des documents relatifs à des personnes figurant sur les listes du parti requérant, le document saisi sur la personne d'un dirigeant de l'ETA exposant la stratégie des partis dissous par rapport au processus électoral, et le rôle que ces derniers souhaitaient que le parti requérant joue dans le cadre de ladite stratégie, ou encore l'historique du parti requérant, qui n'avait pas présenté de listes depuis les élections de 1977, se bornant à demander le vote pour les groupements électoraux qui s'étaient constitués en vue de donner continuité à l'activité des partis politiques dissous* » (§ 54).

¹⁴⁵⁶ La preuve du lien avec les organisations dissoutes est d'autant plus aisée à apporter et à accepter que les candidats en étaient membres : ainsi dans l'affaire *Ždanoka c. Lettonie*, la requérante avait été membre du Parti communiste de Lettonie tenu pour responsable de violence ayant gravement menacé l'ordre démocratique.

¹⁴⁵⁷ La Cour voit dans le fait que certains recours d'amparo devant le Tribunal constitutionnel aient été acceptés au motif que les liens avec Batasuna et Herri Batasuna n'étaient pas suffisamment avérés, la preuve du caractère individualisé des décisions (§ 53).

2- La proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi

Si aucune ingérence ne saurait répondre à un besoin impérieux et ne peut qu'être disproportionnée lorsque les faits qui la motivent ne sont pas avérés, comme dans les affaires *Parti communiste unifié de Turquie*¹⁴⁵⁸ ou *Parti de la démocratie et de l'évolution et autres*¹⁴⁵⁹, l'appréciation de sa nécessité dans la société démocratique devient complexe lorsque leur existence étant constatée, le contrôle de proportionnalité doit être effectué. C'est en effet tout à la fois alors le niveau de gravité du cas traité qu'il faut mesurer et rapporter à la sévérité de l'ingérence – « *des mesures sévères (...) ne peuvent s'appliquer qu'aux cas les plus graves*¹⁴⁶⁰ (...). *C'est pourquoi la nature et le poids des ingérences sont aussi à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de celle-ci* »¹⁴⁶¹.

En revanche, des « *mesures légères* » peuvent être plus facilement admises¹⁴⁶². Pour établir l'existence d'un besoin social impérieux, la Cour a recours à des critères diversifiés. De manière générale, lorsqu'elle exerce un contrôle de proportionnalité elle « *prend en considération différents éléments de fait, tels que la possibilité pour l'Etat de prendre d'autres mesures, la situation à laquelle aboutirait la suppression de la mesure, l'appréciation des risques d'abus dans la mise en œuvre des limitations, la procédure suivie par les auteurs de la mesure, la nature même de la mesure, notamment le caractère général et absolu et les risques de conséquences dommageables, enfin l'ampleur de la mesure* »¹⁴⁶³.

Lorsque sont en cause des partis politiques, elle est très attentive aux variables situationnelles. Ainsi dans l'affaire *Refah partisi*, après avoir établi par divers indices que les projets du parti « *étaient en contradiction avec la conception de la société démocratique* »¹⁴⁶⁴ et constaté que « *les chances réelles qu'avait le Refah de les mettre en application donnaient un caractère plus tangible et plus immédiat au danger pour la démocratie* », elle juge que « *la sanction infligée aux requérants (...) même dans le cadre de la marge réduite dont disposent*

¹⁴⁵⁸ « *Face à tout cela une mesure aussi radicale que la dissolution immédiate et définitive du TBKP, prononcée avant même ses premières activités et assortie d'une interdiction pour ses dirigeants d'exercer toute autre responsabilité politique, apparaît disproportionnée au but visé et, partant, non nécessaire dans une société démocratique. En conséquence, elle a enfreint l'article 11 de la Convention* » (§ 61).

¹⁴⁵⁹ « *Eu égard à l'absence de projet politique du DDP de nature à compromettre le régime démocratique dans le pays et/ou à l'absence d'une invitation ou d'une justification de recours à la force à des fins politiques, sa dissolution ne peut raisonnablement être considérée comme répondant à un « besoin social impérieux » et ainsi comme étant « nécessaire dans une société démocratique »* (§ 26).

¹⁴⁶⁰ Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres op. cit.*, § 46 ; Cour EDH, *Parti socialiste et autres op. cit.*, § 50 ; Cour EDH, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) op. cit.*, § 45.

¹⁴⁶¹ Cour EDH (Grde ch.), 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, § 78 ; Cour EDH, 8 juil. 1999, *Süreç c. Turquie (n° 1)*, § 64.

¹⁴⁶² Cour EDH, 7 juin 2007, *Parti Nationaliste Basque – Organisation régionale d'Ipparalde c. France*. Cet arrêt donne un bon exemple de ce que la Cour considère comme une « *mesure légère* ». En l'espèce elle admet que la prohibition du financement des partis politiques français par des partis politiques étrangers, empêchant le parti requérant de recevoir une contribution du Parti nationaliste basque espagnol « *ne met pas en cause sa légalité, ni ne fait juridiquement obstacle à sa participation à la vie politique, ni ne consiste en une censure des thèses qu'il entend développer dans l'arène politique* ». Si « *l'impact de la mesure sur les capacités du parti (...) à exercer son activité politique n'est pas immodéré* » en ce qu'elle affecte ses ressources, « *elle le met* » seulement « *dans une situation qui n'est autre que celle de tout petit parti politique désargenté* ». Au total, l'ingérence « *peut passer pour nécessaire, dans une société démocratique à la défense de l'ordre au sens de l'article 11* ».

¹⁴⁶³ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, Quadrige, 2004, p. 376.

¹⁴⁶⁴ Elle révèle l'existence d'un « *projet politique à long terme du Refah visant à instaurer un régime fondé sur la charia dans un système multi-juridique* » et constaté que « *le Refah n'excluait pas le recours à la force afin de réaliser son dessein et de maintenir en place le système qu'il prévoyait* » (§ 132).

les Etats, peut raisonnablement être considérée comme répondant à un besoin social impérieux» (§ 132).

Examinant la sévérité des sanctions - dissolution du parti, perte des biens de faible valeur du parti, déchéance temporaire de cinq de ses membres députés de leurs fonctions parlementaires et de leurs fonctions de direction de parti politique, mais maintien dans l'exercice de leurs mandats de 152 de ses député -, elle conclut à leur proportionnalité aux buts visés (§ 135). Dans les affaires impliquant des partis politiques liés au terrorisme, c'est moins l'imminence du péril que la persistance de la violence qui atteste de l'existence d'un besoin social impérieux justifiant des sanctions très sévères.

Dans l'arrêt *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, où la Cour constate aussi que l'image nette du modèle de la société préconisé par ces formations politiques est en contradiction avec le concept de société démocratique, c'est ainsi « *la situation que connaît l'Espagne depuis de nombreuses années en matière de terrorisme, plus spécialement dans la région politiquement sensible qu'est le pays basque* » qui l'amène à conclure que leur lien avec ETA « *peut être considéré objectivement comme une menace pour la démocratie* » (§ 89) et à juger la sanction infligée comme pouvant « *raisonnablement être considérée, même dans le cadre de la marge d'appréciation réduite dont disposent les Etats, comme répondant à un besoin social impérieux* » (§ 91).

Lorsque la restriction concerne le droit à des élections libres, le contrôle effectué est un peu différent. La Cour recherche si la mesure est proportionnée au but légitime poursuivi ou n'a aucun caractère arbitraire d'une part, et si elle n'affecte pas la libre expression du peuple, d'autre part. De manière générale, l'appréciation de la législation électorale - et de ses mesures d'applications - s'effectue « *à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui implique que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent se justifier dans le contexte d'un autre* »¹⁴⁶⁵ et en tenant compte du principe selon lequel « *le droit de se présenter aux élections législatives peut être encadré par des exigences plus strictes que le droit de vote* »¹⁴⁶⁶ qui se traduit par un contrôle plus retenu de la Cour lorsque l'éligibilité est en cause. Ainsi, dans l'affaire *Etxeberria, Barrena Arza Naffaroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako*, la Cour relève les preuves de ce que l'annulation des candidatures présentées par les groupements électoraux n'obéit pas « *à une intention d'interdire toute manifestation d'idées séparatistes* »¹⁴⁶⁷, a fait l'objet d'un examen individualisé et concerne seulement les groupements liés aux partis dissous antérieurement.

Dans ces conditions, elle juge - en laissant un assez large pouvoir d'appréciation à l'Etat sur la façon dont une liste de candidats est contaminée par la présence de certaines personnes liées dans un passé plus ou moins lointain avec des organisations dissoutes¹⁴⁶⁸ - que la

¹⁴⁶⁵ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, *op. cit.* ; Cour EDH, *Podkolzina*, *op. cit.*; Cour EDH, *Zdanoka*, *op. cit.*, § 115.

¹⁴⁶⁶ Il s'agit la distinction entre l'aspect actif des droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 (le droit de vote) et leur aspect passif (le droit de se présenter aux élections) : Cour EDH *Zdanoka*, *op. cit.* (§ 115) ; Cour EDH, 19 oct. 2004, *Melnitchenko c. Ukraine*, § 57. La Cour limite son contrôle « *pour l'essentiel à vérifier l'absence d'arbitraire dans les procédures internes conduisant à priver un individu de l'éligibilité* ».

¹⁴⁶⁷ Cour EDH, *Etxeberria, Barrena Arza Naffaroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako*, *op. cit.*, § 55.

¹⁴⁶⁸ Le juge Power dans son Opinion en partie dissidente sur l'arrêt : *Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV)* indique ses réserves sur l'annulation d'une liste dans son intégralité car 9 des 53 candidats avait eu des liens (pour certains des décennies auparavant) avec des partis déclarés illégaux. Il aurait préféré que l'examen de chaque cas soit effectué sous l'angle de sa compatibilité avec l'article 3 du Protocole n°1, plutôt que sous celui du seul droit interne.

Il milite ainsi pour l'application des principes dégagés par l'arrêt *Adamson c. Lettonie* (Cour EDH, 24 juin 2008, §§ 123-125), évitant « qu'une simple suspicion générale à l'égard d'un groupe de personnes » suffise pour justifier la

restriction frappe exactement et exclusivement sa cible¹⁴⁶⁹ conventionnelle : elle ne porte pas atteinte à la libre expression du peuple, répond à la nécessité d'assurer l'effectivité de la dissolution de partis politiques¹⁴⁷⁰ liés au terrorisme qui auraient pu sans elle poursuivre leurs activités par le biais de groupements électoraux et est proportionnée au but légitime poursuivi¹⁴⁷¹.

Au total, si le contrôle des mesures excessives initié par la Cour EDH vise à contenir les tentations liberticides des États¹⁴⁷², qui au prétexte du terrorisme pourraient « *saper, voire détruire la démocratie* » et « *glisser insensiblement vers le totalitarisme* »¹⁴⁷³, il ne réduit nullement leur aptitude à se défendre contre des groupements, capables de bien des métamorphoses, dont la nature terroriste est avérée, en exigeant seulement, quand ils manient contre eux le glaive, qu'ils cernent assez précisément leur cible¹⁴⁷⁴ et qu'ils ne négligent pas la balance pour l'atteindre par des sanctions appropriées.

Yves Poirmeur

restriction litigieuse, comme la Cour l'accepte dans les affaires *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne et Etxebarria et autres c. Espagne*.

¹⁴⁶⁹ Cette analyse au cas par cas répond imparfaitement à l'argument des requérants selon lequel « *les effets de la mise hors-la-loi des partis dissous s'étendent à des milliers de citoyens basques, en tant qu'électeurs ou en tant que candidats* » et est donc disproportionnée en raison de l'effet contaminant de la présence d'anciens de leurs membres dans de nouvelles organisations ou sur des listes de candidats aux élections : *Eusko Abertzale Ekintza – Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV)*, *cit.*, § 48.

¹⁴⁷⁰ Pour une autre illustration, V. Cour EDH, 17 févr. 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, § 106. En l'espèce les autorités avaient refusé l'enregistrement d'une association qui aurait pu du fait de la description qu'elle donnait d'elle-même, « *inévitablement pu prétendre* » à un statut spécial accordé aux seules associations de minorités en matière électorale.

¹⁴⁷¹ *Cour EDH, Etxebarria, op. cit.*, § 56.

¹⁴⁷² En attestent les violations à répétition de l'article 11 par la Turquie constatées par la Cour.

¹⁴⁷³ Idée développée par les requérants dans Cour EDH, 6 sept. 1978 *Klass c. Allemagne*, § 47. La Cour constate quant à elle 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'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire* ». Elle admet donc « *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* » (§ 48). Mais « *Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée* » (§ 49).

¹⁴⁷⁴ Ce qui n'est pas simple lorsque les organisations terroristes ont un réel ancrage dans le tissu sociopolitique, comme en Espagne pour l'ETA ou en Irlande pour l'IRA, ce qui inscrit le terrorisme dans une nébuleuse aux contours flous et poreux.

II-2 – Inspirations et harmonisations internes

L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale antiterroriste en France,

Julie Alix.

Le droit des étrangers à l'épreuve de la lutte européenne contre le terrorisme,

Vincent Tchen.

La lutte contre le terrorisme en Italie au prisme des droits européens,

Luca d'Ambrosio.

L'appareil normatif et jurisprudentiel de la lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni. Les effets du droit de l'Union,

Vanessa Barbé.

Quelques aspects juridiques des effets du droit de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme en Allemagne,

Anke Geppert.

La lutte contre le terrorisme en Espagne : des instruments internationaux au service des intérêts nationaux,

Ana Peyró Llopis.

L'implication du droit de l'Union européenne et du droit international dans la lutte contre le terrorisme en Grèce,

Constantin Yannakopoulos.

La lutte contre le terrorisme en République tchèque sous l'influence du droit de l'Union européenne et du droit international – analyse juridique,

Pavel Bureš.

L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste en France

Droit pénal et lutte contre le terrorisme. Symptomatique du rejet absolu du phénomène, la réponse des démocraties au terrorisme s'est diversifiée au cours de la décennie passée. Toutes les formes de la « *violence légitime* » sont exploitées. On assiste ainsi au développement des réponses de type administratif⁴⁷⁵, mais également à une militarisation de la lutte contre le terrorisme.

Face à la gravité du terrorisme, la guerre est en effet parfois privilégiée. Les attentats commis sur le sol américain le 11 septembre 2001 ont ainsi déclenché une véritable « *guerre contre le terrorisme* »⁴⁷⁶. L'usage du mot « *guerre* » n'est pas seulement rhétorique ; l'intervention armée qui a mené à la chute du régime taliban en Afghanistan a été justifiée par la situation de légitime défense dans laquelle se sont estimés les Etats-Unis face à une agression armée⁴⁷⁷. On observe donc, depuis 2001, une multiplication des réponses *violentes* de nature extra-pénale au terrorisme et, corrélativement, une marginalisation de la réponse pénale au terrorisme.

Pour autant, la réponse pénale au terrorisme, si elle ne constitue plus l'unique ni même l'ultime réponse au terrorisme, demeure prépondérante, en symboles et en droit. Symboliquement, la réponse pénale est un guide, parce que face à tous les dispositifs extra-pénaux, elle constitue la réponse la plus protectrice, donc la plus admissible dans un Etat de droit⁴⁷⁸. À ce titre, elle doit être privilégiée et améliorée. Juridiquement, le droit international comme le droit européen privilégie largement le recours au droit pénal dans la lutte contre le terrorisme, quitte à adapter les mécanismes qu'ils sollicitent. Pour ces raisons, la voie pénale demeure, d'un point de vue normatif, prépondérante. Le recours au droit pénal est, encore aujourd'hui, associé à l'image d'une réponse étatique énergique mais proportionnée.

⁴⁷⁵ Police des étrangers, restriction des mouvements de capitaux, dispositifs sanitaires, dispositifs de renseignements, etc. La diversité de ces réponses et leur articulation apparaît dans le *Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme. La France face au terrorisme*, La Documentation française, 2006, 141 p.

⁴⁷⁶ Expression utilisée par le Président américain le 20 sept. 2001 et érigé en doctrine depuis (« *Our war on terror begins with al Qaeda, but it does not end there* »). Depuis le 11 septembre 2001, on évoque volontiers la *guerre* – et non la *lutte* – contre le terrorisme. Sur ce nouveau « *paradigme* », V. M. Delmas-Marty, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC*, 2007, n° 3, pp. 461-472.

⁴⁷⁷ Dès le 12 sept. 2001, le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans sa Résolution 1368 (2001), reconnaissait « *le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la charte* ». La guerre d'Afghanistan a été déclenchée au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 car ceux-ci ont été attribués à l'organisation terroriste Al Qaida dont le chef, Oussama Ben Laden, se cachait en Afghanistan où il était protégé par le régime. La guerre d'Afghanistan est officiellement achevée, mais une opération – militaire – d'assistance à la sécurité lui a été substituée, dont le mandat n'est pas détaché de la lutte contre le terrorisme.

⁴⁷⁸ Parce que la réponse pénale est soumise au respect des principes fondamentaux du droit pénal : légalité, proportionnalité, nécessité, équité, etc. La réaction pénale constitue, dans une certaine mesure, un « *bouclier des droits de l'homme* » ; M. Delmas-Marty, « Postface : d'un paradoxe l'autre », in Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (sous la dir.), *Les droits de l'homme, épée ou bouclier du droit pénal ?*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2007, Bruxelles, 613 p.

C'est ainsi qu'un dispositif pénal de lutte contre le terrorisme a été instauré en France dès 1986, bien avant que l'Union européenne en crée l'obligation.

Législation anti-terroriste française : genèse. La législation pénale anti-terroriste en France est née avec la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986. Cette loi, adoptée au lendemain d'une vague d'attentats commis en France, avait pour objet de soumettre certaines infractions de droit commun désignées comme potentiellement terroristes (essentiellement des infractions contre les personnes et les biens) à une procédure pénale et à un régime de pénalités dérogatoires : instauration de règles de compétence¹⁴⁷⁹, de procédure¹⁴⁸⁰ et de pénalités¹⁴⁸¹ dérogatoires. La loi n'avait pas vocation à définir le terrorisme et encore moins à l'ériger en une qualification pénale. C'est pourquoi ses dispositions avaient été introduites dans le Code de procédure pénale (article 706-17 à 706-25). Toutefois, elle comportait l'esquisse d'une qualification terroriste avec l'article 706-16 qui précisait le champ d'application du régime nouvellement créé en énumérant une liste d'infractions.

L'influence de cette loi sur la législation pénale anti-terroriste contemporaine est considérable. En termes de politique criminelle, elle a défini les priorités de la lutte contre le terrorisme, en l'occurrence l'efficacité de la répression et sa nécessaire intensification. Pour assurer cet objectif, la loi de 1986 a placé les dispositions procédurales au cœur du dispositif et au contraire placé les dispositions pénales de fond au service des dispositions procédurales. Cette dimension instrumentale de la législation pénale de fond est encore très prégnante aujourd'hui. En termes de méthode d'incrimination, les choix opérés par le législateur de 1986 pour appréhender juridiquement le phénomène terroriste imprègnent largement les incriminations terroristes introduites entre-temps dans le Code pénal (article 421-1 à 421-2-3).

Nouveau Code pénal : incriminations terroristes.- Par la suite, les infractions terroristes ont été introduites dans le nouveau Code pénal¹⁴⁸² et la définition du terrorisme a été transférée du Code de procédure pénale (article 706-16) au Code pénal (articles 421-1 et s.), donnant ainsi officiellement naissance aux infractions de terrorisme. L'innovation était mince puisque l'article 421-1 du Code pénal transposait dans le Code pénal l'article 706-16 du Code de procédure pénale.

Le terrorisme est ainsi défini dans le Code pénal par référence à des infractions de droit commun auxquelles il est renvoyé, lorsque ces infractions sont commises « *en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». Une innovation plus importante réside toutefois dans l'introduction, à l'article 421-2 du Code pénal, d'une incrimination autonome de terrorisme écologique¹⁴⁸³. Ces dispositions ont été complétées par les lois n° 96-647 du 22 juillet 1996, n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 et n° 2003-239 du 18 mars 2003 qui ont respectivement incriminé à titre autonome l'association de terroristes (déclinaison de l'association de

¹⁴⁷⁹ Cour d'assises sans jury populaire, compétence des juridictions parisiennes.

¹⁴⁸⁰ Allongement des délais de prescription, de la durée légale de la garde à vue, de la détention provisoire, etc.

¹⁴⁸¹ Aggravation des peines, introduction d'un mécanisme de diminution et d'exemption de peine pour les repentis.

¹⁴⁸² Loi n° 92-686 du 22 juil. 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique.

¹⁴⁸³ V. sur ce point la contribution, dans le présent rapport de L. Neyret, « La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne », p. 43.

malfaiteurs, article 421-2-1), le financement du terrorisme (article 421-2-2) et la non-justification de ressources correspondant à son train de vie, tout en entretenant des relations habituelles avec un terroriste (article 421-2-3).

Cinq articles du Code pénal incriminent aujourd'hui le terrorisme en droit français. La qualification de « *terrorisme* » renvoie ainsi à une multitude de comportements et d'infractions. Le législateur français a donc fait le choix, dès 1986, de soumettre « *le terrorisme* » à un régime de répression pénale aggravé, et dès 1992, d'ériger véritables *incriminations terroristes*, c'est-à-dire d'introduire dans le droit pénal une qualification terroriste distincte des qualifications de droit commun.

Tel est, en substance, le sens des obligations internationales et européennes qui ont été imposées aux Etats après les attentats du 11 septembre.

Union européenne et lutte contre le terrorisme : cadre juridique.- La réaction normative de l'Union européenne au terrorisme est directement tributaire de son champ de compétences¹⁴⁸⁴. Le Traité de Maastricht du 7 février 1992 a doté l'Union européenne de compétences en matière de Justice et Affaires Intérieures, particulièrement en matière pénale. L'action de l'Union en matière pénale, domaine régalién par excellence, y était essentiellement limitée à la coopération judiciaire ainsi qu'à la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme – désignées comme « *questions d'intérêt commun* »¹⁴⁸⁵. Surtout, cette action était limitée quant à ses sources normatives, de nature intergouvernementale et dont l'adoption était soumise à la règle de l'unanimité¹⁴⁸⁶ (positions communes, actions communes¹⁴⁸⁷, conventions¹⁴⁸⁸ notamment).

L'action de l'Union européenne en matière pénale, et singulièrement en matière de lutte contre le terrorisme, s'est intensifiée avec le Traité d'Amsterdam¹⁴⁸⁹. Notamment, l'un des moyens de faire de l'Union européenne un « *espace de liberté, de sécurité et de justice* »¹⁴⁹⁰ a consisté en l'adoption progressive de « *mesures instaurant des règles minimales relatives aux*

¹⁴⁸⁴ Sur l'évolution de la réaction de l'Union européenne face au terrorisme, v. par ex. T.-L. Margue, « Les initiatives menées par l'Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justice et affaires intérieures) », *RDUE*, 2002, n° 2, pp. 261-281.

¹⁴⁸⁵ Article K.1 TUE.

¹⁴⁸⁶ Article K.6 TUE. C'est d'ailleurs la volonté de mettre en place des régimes normatifs distincts qui a justifié l'élaboration d'une Union européenne en forme de « piliers », le troisième étant régi par des normes de source intergouvernementale.

¹⁴⁸⁷ Ont ainsi été adoptées : Conseil de l'Union européenne, Action commune 96/610/JAI du 15 oct. 1996 *relative à la création et à la tenue d'un répertoire des compétences, des connaissances et des expertises spécialisées en matière de lutte antiterroriste entre les Etats membres de l'Union européenne*, JO L 273 du 25 oct. 1996, p. 1 ; Conseil de l'Union européenne, Action commune 98/733/JAI du 21 déc. 1998 *relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, JO L 351 du 29 déc. 1998.

¹⁴⁸⁸ Conseil de l'Union européenne, Acte 95/C316/01 du 26 juillet 1995 *portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol)*, JO C 316 du 27 nov. 1995, p. 1.

¹⁴⁸⁹ Signé le 2 oct. 1997, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Le Traité de Nice, quant à lui, n'a que peu d'incidences sur l'action de l'Union en matière pénale. Pour une présentation des compétences et de l'action de l'Union européenne en matière pénale, v. par ex. E. Barbe, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne : un espace de liberté, de sécurité et de justice*, La Documentation française, 2002, 190 p.

¹⁴⁹⁰ Qui constitue l'un des objectifs nouvellement assigné à l'Union européenne par le Traité d'Amsterdam : article 2 (dispositions communes au TUE et au TCE) et article 29 (troisième pilier) : « *L'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les Etats membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale* ».

éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue »¹⁴⁹¹. On le voit, la lutte contre le terrorisme constituait déjà, avant même les attentats du 11 septembre 2001, un moteur de l'action de l'Union européenne en matière pénale.

Si, avant le 11 septembre 2001, cette impulsion avait des effets essentiellement opérationnels par le biais de l'amélioration des coopérations policière et judiciaire ainsi que la création d'organes européens à vocation opérationnelle, ce rôle d'impulsion s'est depuis confirmé, faisant de la lutte contre le terrorisme une source de multiplication et de diversification des moyens et domaines de l'action de l'Union européenne en matière pénale. C'est en effet en réaction directe aux attentats du 11 septembre 2001 que le Conseil de l'Union européenne a adopté la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁴⁹², modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008¹⁴⁹³. Par cet instrument, l'Union européenne impose aux Etats d'ériger le terrorisme en infractions pénales. C'est encore en réaction immédiate aux attentats du 11 septembre qu'ont été adoptés les dispositifs de gel des avoirs terroristes et créé le mandat d'arrêt européen¹⁴⁹⁴.

Politique criminelle internationale et européenne.- De manière générale, le droit international et de façon plus explicite encore le droit de l'Union européenne imposent aujourd'hui aux Etats de lutter contre le terrorisme. C'est une véritable obligation, contraignante, qui se traduit concrètement par la double obligation d'incriminer spécialement le terrorisme et de le soumettre à un régime répressif dérogatoire.

La Résolution 1373 (2001), adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 28 septembre 2001, constitue la clef de voûte du système international de lutte contre le terrorisme. Cet instrument a été adopté sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Cette sollicitation, par le Conseil de sécurité, du Chapitre VII de la Charte pour lutter contre le terrorisme *en général* (et non, par exemple, contre le terrorisme des Taliban, comme l'avaient déjà fait auparavant la Résolution 1267 (1999) et celles qui lui ont succédé) est, en elle-même, révélatrice d'une différence d'approche du problème terroriste sur la scène internationale.

Le fondement du Chapitre VII implique, en effet, de concevoir le terrorisme comme une menace contre la paix et justifie que le Conseil de sécurité fasse des recommandations destinées au maintien de la paix, mais également qu'il adopte des *décisions* à cette fin (article 39 s. de la Charte des Nations Unies). Dans la Résolution 1373 (2001), en réponse directe aux attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité adopte ainsi des décisions qui s'imposent aux Etats. La plupart de ces dispositions contraignantes ne sont pas générales, mais portent spécifiquement sur la lutte contre le financement du terrorisme.

À ce titre, l'incrimination du financement du terrorisme est une véritable obligation mise à la charge des Etats par le droit international. À côté de ces dispositions spéciales, la Résolution 1373 (2001) comporte une disposition générale, qui porte en germe une véritable obligation générale de lutte contre le terrorisme : en exigeant des Etats qu'ils « *veille[nt] à ce que toutes personnes qui participent au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme ou qui y apportent un appui soient traduites en justice, à ce*

¹⁴⁹¹ Article 31, e) TUE.

¹⁴⁹² Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 *relative à la lutte contre le terrorisme*, JO L 164, 22 juin 2002, p. 3.

¹⁴⁹³ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008 *modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002*, JO L 330 du 9 déc. 2008, p. 21.

¹⁴⁹⁴ Sur ces dispositifs, V. les contributions d'A. Mégie, p. 130, A. Amicelle, p. 165 et P. Bertoni, p. 193.

que, outre les mesures qui pourraient être prises contre ces personnes, ces actes de terrorisme soient érigés en infractions graves dans la législation et la réglementation nationales et à ce que la peine infligée soit à la mesure de la gravité de ces actes » (2.e), le Conseil impose en effet aux Etats de réprimer l'ensemble des protagonistes du terrorisme et met ainsi à leur charge une obligation générale contraignante de lutte contre le terrorisme.

De cette obligation découle implicitement mais nécessairement celle, pour les Etats, d'adopter des dispositifs répressifs efficaces, éventuellement dérogatoires au droit commun. En ce sens, la résolution 1530 (2004) adoptée le 11 mars 2004, en réponse aux attentats de Madrid, affirme la « nécessité de combattre par tous les moyens (...) les menaces que les actes de terrorisme font peser sur la paix et la sécurité internationales ». C'est affirmer non seulement la nécessité d'incriminations spéciales, mais surtout d'un régime répressif dérogatoire pour lutter contre le terrorisme.

Dans l'Union européenne, la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 est plus explicite à cet égard, puisqu'elle met à la charge des Etats une obligation d'incriminer certains comportements *sous une qualification terroriste* (article 1^{er}). Or, dès lors que les comportements visés sont déjà incriminés par le droit commun, l'obligation d'instaurer une qualification terroriste spécifique s'analyse comme une incitation des Etats à instaurer d'un régime dérogatoire pour lutter contre le terrorisme¹⁴⁹⁵.

Mais cette incitation n'est pas seulement implicite. En effet, l'ONU, et à sa suite l'Union européenne, ne se contentent pas d'imposer aux Etats de lutter contre le terrorisme par tous les moyens nécessaires. Elles organisent elles-mêmes, ponctuellement, des procédures dérogatoires de lutte contre le terrorisme. Ainsi en est-il, par exemple, des mesures restrictives aux mouvements de capitaux, dont elles sont toutes deux émettrices¹⁴⁹⁶, ou bien des procédures de coopération renforcée, comme le mandat d'arrêt européen qui, s'il n'est pas limité à la lutte contre le terrorisme, lui est fortement associé tant les attentats du 11 septembre 2001 ont accéléré son instauration¹⁴⁹⁷.

Ainsi, sur la scène internationale, les attentats de 2001 ont marqué l'entrée dans une nouvelle ère de répression du terrorisme. L'incitation fait place à l'obligation, et à la souveraineté des Etats sont substitués des mécanismes contraignants. Dans ces conditions, sans jamais imposer explicitement l'instauration d'un dispositif antiterroriste parallèle au dispositif de droit commun ni aborder frontalement la problématique du droit pénal dérogatoire, les droits supranationaux intègrent cette donnée. Leur mise en œuvre conduit presque nécessairement les Etats à adopter des dispositifs pénaux dérogatoires. Mais certains Etats – dont la France – n'ont pas attendu ce mouvement international pour recourir à un dispositif dérogatoire.

Ainsi, loin d'une divergence d'orientations, le droit pénal français et le droit de l'Union européenne anti-terroristes convergent. Plus que d'une influence du droit de l'Union sur le droit interne, on peut parler d'une influence réciproque car le modèle français de lutte contre le terrorisme bénéficiait d'un ancrage profond dans le paysage juridique interne avant 2001. Loin d'être bouleversé par la législation de l'Union en matière terroriste, ce modèle déjà très complet a été renforcé dans ses orientations et les modifications nécessitées par la législation européenne ne l'ont été qu'à la marge, qu'il s'agisse du contenu des incriminations (I) ou des modalités de la répression (II). Dans les deux cas, les modifications ont conduit le droit pénal

¹⁴⁹⁵ Ce que confirme le préambule de la Décision-cadre : v. *infra*, II.

¹⁴⁹⁶ V. Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution S/RES/1373/2001, Conseil de l'Union européenne, Position commune du 27 déc. 2001 et Règlement du Conseil n° 2580/2001 du 27 déc. 2001, et les actes qui les ont modifiés. V. le rapport consacré à ces dispositifs.

¹⁴⁹⁷ V. *infra*, II B.

interne à intégrer davantage la dimension internationale et réticulaire du phénomène terroriste.

I- Le dispositif d'incriminations conforté

Le Code pénal de 1992 a pour la première fois incriminé le terrorisme. Pour ce faire, il a créé une catégorie d'infractions distinctes des infractions de droit commun (articles 421-1 à 421-2-3 CP), qui sont le siège de la qualification terroriste. Les infractions terroristes en droit pénal français se singularisent par leur pluralité. « *Le terrorisme* » n'est pas une infraction mais plusieurs infractions. Pourquoi cette pluralité ? D'abord, parce que la législation anti-terroriste n'a pas été construite en une seule fois mais par étapes. Ensuite, parce qu'une qualification terroriste unique (un crime de terrorisme, par exemple), aurait présenté le risque d'être à la fois trop large et imprécis – et à ce titre contraire au principe de légalité des délits et des peines – et trop restrictif compte tenu de la vocation instrumentale des infractions. En effet, si la dimension symbolique des incriminations terroristes n'est pas occultée, elle n'a jamais été prépondérante. En droit français, la création d'incriminations terroristes a pour finalité principale de soumettre ces infractions à un traitement dérogatoire. Dans ces conditions, c'est une pluralité d'infractions terroristes qui a été retenue.

En termes méthodologiques, il existe deux types d'incriminations terroristes dans le Code pénal : des incriminations *par renvoi* (article 421-1 CP), qui sont des infractions de droit commun commises dans un certain contexte, et des incriminations *autonomes*, qui ne s'adossent pas sur une qualification préexistante dans le Code pénal (articles 421-2 à 421-2-3 CP).

Sur le fond, la qualification terroriste n'a cessé de s'étendre depuis sa création, répondant à un double mouvement : un élargissement horizontal qui a progressivement permis de saisir les nouvelles manifestations de la criminalité terroriste – le terrorisme écologique ou chimique par exemple – et un élargissement vertical qui a progressivement permis de saisir tous les comportements périphériques aux actes de perpétration du terrorisme susceptibles d'être commis en amont ou en aval d'un attentat terroriste. Sont ainsi qualifiés de terroristes, non seulement les différents modes de perpétration des attentats terroristes (les actions terroristes), mais encore des actes périphériques comme le financement du terrorisme, la fabrication de faux documents destinés aux réseaux terroristes, ou encore la commission de délits d'initiés pour financer l'activité terroriste (le soutien au terrorisme). C'est donc toute l'activité terroriste qui se trouve saisie par le droit pénal.

Le même schéma a été retenu par la décision-cadre du 13 juin 2002, modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008. À la différence des conventions internationales et du Conseil de l'Europe, la décision-cadre de l'Union européenne impose aux Etats d'élaborer des incriminations *terroristes*, reconnues et reconnaissables – autrement dit de créer une qualification terroriste spécifique, distincte des qualifications de droit commun.

Par trois articles successifs, la décision-cadre esquisse une définition pénale du terrorisme. Premièrement, 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 l'acte¹⁴⁹⁸. Il s'agit là d'incriminations par renvoi à des infractions de droit commun préexistantes dans les systèmes juridiques des Etats membres. Deuxièmement, au-delà de ces infractions de droit commun, l'article 2 crée

¹⁴⁹⁸ V. l'art. 1^{er} de la décision-cadre en annexe au présent rapport.

une incrimination autonome d'appartenance ou de direction d'un groupe terroriste¹⁴⁹⁹. Enfin, sont désignés des comportements préparatoires au terrorisme pour l'incrimination desquels les législations nationales doivent souligner les liens avec le terrorisme¹⁵⁰⁰.

À ces trois articles correspondent trois types d'incrimination. L'article 1^{er} impose d'ériger des incriminations spécifiquement terroristes, autrement dit de créer, dans les législations internes, une catégorie d'incriminations terroristes distinctes des incriminations de droit commun (« *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes (...)* »). D'un point de vue méthodologique, le choix de recourir à des incriminations de droit commun commises dans un but terroriste s'explique essentiellement par une volonté d'efficacité. La décision-cadre est un instrument qui engage les Etats quant au résultat à atteindre¹⁵⁰¹. Dès lors, adopter comme base des infractions terroristes des infractions de droit commun dont l'incrimination dans les législations des Etats membres est acquise constitue un gage d'efficacité, dans la mesure où la transposition de l'instrument en est facilitée. Comme en droit français, la qualification terroriste de ces infractions s'opère alors en deux étapes : d'une part, la constatation d'une infraction de droit commun figurant dans la liste, d'autre part, la commission de cette infraction dans un but terroriste défini par la décision-cadre (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 une organisation internationale* »).

L'article 2 impose de créer une incrimination autonome de participation à un groupement terroriste. La formulation de cette obligation n'implique pas, cependant, de conférer obligatoirement à l'incrimination une qualification terroriste, mais simplement de rendre de tels comportements punissables : la qualification terroriste est donc facultative (« *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour rendre punissables (...)* »). Sur le fond, le recours à une incrimination autonome de participation ou de direction d'un groupement terroriste a vocation à pallier l'éventuel vide juridique du droit pénal commun en la matière.

L'article 3, enfin, impose que soient réprimés certains comportements préparatoires au terrorisme et que la répression permette de souligner leur lien avec le terrorisme. La prudence de la formule retenue à l'article 3 (« *infractions liées aux activités terroristes* ») révèle les tensions entre les principes et les objectifs et l'absence de consensus pour assigner une qualification dérogatoire au droit commun à des comportements strictement préparatoires du terrorisme.

En termes de champ répressif, la législation de l'Union impose donc que soient punissables, le cas échéant sous une qualification terroriste, à la fois les actions terroristes et le

¹⁴⁹⁹ V. l'art. 2 de la décision-cadre en annexe au présent rapport.

¹⁵⁰⁰ V. l'art. 3 de la décision-cadre en annexe au présent rapport.

¹⁵⁰¹ Depuis l'adoption de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, les décisions-cadres ont été dotées d'une autorité supérieure par la CJCE, qui estime qu'« *en appliquant le droit national, [la juridiction interne] appelée à interpréter celui-ci est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci (...)* » : CJCE, 16 juin 2005, *Maria Pupino*, aff. C-105/03, note F. Kauff-Gazin, *Europe*, 2005, n° 8-9, n° 274, p. 10 ; A. Weyembergh, P. de Hert, P. Paepe, « L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme : la Cour de justice pose ses jalons (note sous l'arrêt *Pupino* du 16 juin 2005, de la Cour de justice des Communautés européennes), *RTDH*, 2007, n° 69, pp. 269-292.

soutien au terrorisme. Ce qui était déjà le cas du droit français dès 1996. La décision-cadre n'a donc influencé qu'à la marge le dispositif français d'incriminations. Précisément, la décision-cadre n'a eu aucune influence sur l'incrimination des actions terroristes car le droit français développe une conception particulièrement large de l'action terroriste, à la différence du droit de l'Union qui retient une conception plus restreinte (A). En revanche, l'incrimination du soutien au terrorisme par le Code pénal a été légèrement modelée pour s'adapter au droit de l'Union européenne (B).

A- L'incrimination de l'action terroriste imperméable à la conception européenne

L'action terroriste désigne les comportements terroristes par nature, c'est-à-dire des comportements qui constituent une fin en soi dans le processus terroriste, ceux que le langage courant désigne comme terroristes : un attentat, une prise d'otage, etc. Le droit français, comme le droit de l'Union européenne, ont entrepris de faire des actions terroristes des incriminations pénales singularisées des infractions de droit commun.

1) Sous réserve de l'article 1, f), qui impose d'incriminer certains comportements de recherche ou d'approvisionnement en armes, ce qui ne peut être considéré *en soi* comme constitutif d'une action terroriste, l'article 1^{er} de la décision-cadre définit les comportements relevant de l'action terroriste, ses articles 2 et 3, ceux relevant du soutien¹⁵⁰².

C'est donc une approche criminologique de l'action terroriste qui est adoptée. Proche de la définition retenue en droit international, la conception de l'action terroriste proposée par la décision-cadre porte l'empreinte de son actualité : sont visés les multiples procédés contemporains, réels ou potentiels, de commission d'un attentat terroriste.

Quant à la définition du but terroriste, la décision-cadre a également emprunté au droit international une conception stricte de l'action terroriste, fondée sur la gravité et la dangerosité de la violence commise. C'est ainsi que l'article 1^{er} réserve la qualification terroriste aux actes « *qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale* ». C'est donc avant tout la dangerosité de l'acte qui ouvre potentiellement la voie à une qualification terroriste. Toutefois, cette dangerosité peut émaner de deux sources distinctes : soit la dangerosité est *inhérente* à l'acte, elle provient de « *sa nature* », soit l'acte en lui-même n'est pas dangereux, mais le devient par le « *contexte* » de sa commission. La dangerosité est donc largement entendue.

2) Parti d'une conception similaire, criminologique, de l'action terroriste, le droit français s'en est progressivement éloigné. Les articles 421-1 et 421-2 du Code pénal constituent le siège de l'incrimination des actions terroristes par le droit français. Ces dispositions développent une conception extrêmement large des actions terroristes. En particulier, l'article 421-1 CP, qui incrimine le terrorisme par renvoi à des infractions de droit commun, renvoie non pas à des infractions individualisées mais à des catégories d'infractions (« *les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne* », etc.). De la sorte, les comportements susceptibles d'être qualifiés de terroristes sont nombreux et de gravité variable. Ainsi, constituent des actions terroristes potentielles (sous réserve qu'elles soient commises dans un contexte terroriste) :

- les atteintes à la vie des personnes (meurtres et empoisonnement : article 221-1 à 221-5 CP),
- les tortures et les actes de barbarie, les violences contre les personnes (atteintes à l'intégrité

¹⁵⁰² Article 2 : « *Infractions relatives à un groupe terroriste* » ; article 3 : « *Infractions liées aux activités terroristes* ».

- physique ou psychique : articles 222-1 à 222-16 CP),
- les enlèvements et séquestrations (article 224-1 à 224-5 CP),
- les détournements de moyens de transport (article 224-6 et 224-7 CP),
- les destructions, dégradations et détériorations, qu'elles soient dangereuses ou non pour les personnes (articles 322-6 à 322-10, puis 322-1 à 322-3 CP),
- l'accès, le maintien frauduleux, l'entrave au fonctionnement ou l'altération d'un système de traitement automatisé de données, ainsi que la suppression ou de modification frauduleuse de données dans un tel système (article 323-1 à 323-3 CP),
- l'emploi d'armes ou de produits chimiques (article L. 2342-57 du Code de la défense),
- le terrorisme écologique (article 421-2 CP).

Enfin, constituent encore des actions terroristes potentielles des infractions qui, bien qu'elles ne supposent pas la production d'un résultat dommageable, relèvent néanmoins de la phase d'*action* du terrorisme, dans la mesure où, en elle-même, chacune de ces actions, associée à un mobile terroriste, est *déjà* terrorisante, et ne tend pas au soutien d'une quelconque action terroriste dont elle constitue déjà un début d'exécution :

- l'embuscade (article 222-15-1 CP),
- les menaces de violences contre les personnes (article 222-17 à 222-18-1 CP),
- le délit de communication d'une fausse information compromettant la sécurité d'un aéronef en vol ou d'un navire (article 224-8 CP),
- les menaces de destructions de biens et les fausses alertes (article 322-12 à 322-14 CP).

3) Selon l'article 1^{er} de la décision-cadre, tout acte visé dans la liste dressée à l'article 1^{er} devient terroriste lorsque, par sa nature ou son contexte, il est susceptible de « *porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale* », et lorsque son auteur le commet *intentionnellement* et « *dans le but de : – gravement intimider une population ou – contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou – gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale* ». L'élément intentionnel est ici prédominant dans la qualification terroriste. En droit européen, le but terroriste est toujours conçu comme un but subversif¹⁵⁰³.

La décision-cadre de l'Union européenne assume la nature de la criminalité contre laquelle elle a vocation à lutter et ne cherche aucunement à masquer les implications institutionnelles, donc politiques, de la criminalité terroriste. En dépit des reproches – justifiés – formulés à son égard¹⁵⁰⁴, l'approche de l'Union européenne présente donc le mérite de faire reposer la qualification terroriste sur la caractérisation d'un dol spécial propre à l'agent, un but qui dépasse la simple volonté du comportement matériel. Ce but est construit sur une spécificité clairement identifiée de la criminalité terroriste. Ainsi défini, le but terroriste permet à la fois d'encadrer la qualification terroriste en droit de l'Union européenne et de rapprocher la conception juridique du terrorisme de sa réalité.

Au contraire, la qualification terroriste est conçue beaucoup plus largement par le

¹⁵⁰³ Les conclusions du Conseil « *Justice et Affaires Intérieures* », au cours duquel a été obtenu l'accord politique préalable à l'adoption de la décision-cadre, le précisent : « *En ce qui concerne la définition du but terroriste, le choix du Conseil s'est confirmé en faveur d'un libellé permettant d'atteindre un équilibre entre la nécessité de réprimer efficacement les infractions terroristes et de garantir les libertés et droits fondamentaux afin d'assurer que des actions légitimes, par exemple dans le cadre d'activités syndicales ou de mouvements anti-globalistes ne puissent en aucun cas entrer dans son champ d'application* » : Conseil européen « *Justice, Affaires intérieures et Protection civile* », Bruxelles, 6-7 déc. 2001 (www.consilium.europa.eu).

¹⁵⁰⁴ M.-L. Cesoni, « *Terrorisme et involutions démocratiques* », *RDPC*, 2002, n° 2, pp. 141-153.

législateur et par le juge français. Aux termes de l'article 421-1 du Code pénal, les infractions qu'il énumère sont qualifiées de terroristes « 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 ». La formule retenue se veut très large. Selon cette formule, il n'est pas nécessaire d'établir que l'auteur de l'infraction avait l'intention de terroriser la population, mais simplement d'établir l'existence d'un dol général, c'est-à-dire de la volonté d'inscrire son acte dans le contexte d'une entreprise terroriste.

Or, la jurisprudence interprète cette condition comme posant l'exigence que l'infraction soit commise dans le cadre de la participation d'un individu à une association de terroristes¹⁵⁰⁵. C'est la condition pour que l'infraction de droit commun revête une qualification terroriste. En pratique, aucune recherche d'intention n'est effectuée par les juridictions qui appliquent une jurisprudence classique consistant à déduire l'intention de la participation de l'auteur au groupement – participation elle-même réduite à une condition d'appartenance à un groupement terroriste¹⁵⁰⁶. En droit français, il n'est donc nullement exigé de rapporter la preuve d'une intention subversive de l'auteur pour que son acte soit qualifié de terroriste. Il faut, mais il suffit, que l'auteur appartienne à un groupement terroriste¹⁵⁰⁷.

On constate ainsi, d'une part, que la qualification terroriste en droit français ne repose pas, comme l'impose la décision-cadre, sur un « but » terroriste. Cette divergence des droits français et européen ne s'analyse pas en une non-conformité du premier au second dès lors que la décision-cadre esquisse les contours *a minima* de la qualification terroriste. Les États membres sont libres d'aller au-delà, ce que fait le droit français.

On constate d'autre part que, en exigeant de caractériser une participation de l'auteur à une association de terroristes, la jurisprudence française réserve la qualification terroriste à une forme de criminalité collective. Cette interprétation est *contra legem*, puisque le législateur avait pris le soin de préciser que l'entreprise peut être « individuelle ou collective ». Toutefois, cette interprétation converge avec l'esprit de la décision-cadre qui, en réservant la qualification terroriste aux actes extrêmement dangereux (susceptibles de « porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale » et commis avec l'intention de gravement intimider, de contraindre ou de gravement déstabiliser) réserve nécessairement la qualification terroriste aux actes collectifs.

La qualification pénale de l'action terroriste retenue par le droit français allait donc bien au-delà des exigences européennes dès avant l'adoption de la législation de l'Union. Dans ces conditions, cette adoption n'a eu aucune incidence sur le droit pénal français. Et dès lors que la décision-cadre n'édicte que des « règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales »¹⁵⁰⁸, la législation française se trouve, concernant la définition de l'action terroriste, en parfaite conformité avec le droit de l'Union. Tel est également le cas de la définition pénale du soutien au terrorisme en droit français qui a été modelée à la marge pour se conformer au droit de l'Union européenne.

¹⁵⁰⁵ V. Cour d'appel Paris, 10^e ch. corr., 5 juill. 2001, *Juris-data* n° 2001-164604, p. 47 ; Cour d'appel Paris, 10^e ch. corr., 26 janv. 2001, *Pieri, Paoli et autres*, *Juris-data* n° 2001-141804, p. 31 ; Cour d'appel Paris, 10^e ch. corr., 24 févr. 1999, *Dr. pén.*, 1999, comm. 98, obs. M. Veron ; V. également J. Alix, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010, vol. 91, n° 304 s.

¹⁵⁰⁶ V. not. Cour d'appel de Paris, 10^e ch. corr., 26 mai 2005, *Juris-data* n° 2005-284868 et Cour d'appel Paris, 10^e ch. corr., 29 juin 2001, *Juris-data* n° 2001-166507.

¹⁵⁰⁷ Mais la preuve de cette appartenance est aisément établie : v. *infra*, B.2. « Le soutien humain ».

¹⁵⁰⁸ Ancien article 31, e) TUE (avant Lisbonne).

B- L'incrimination du soutien au terrorisme affinée par le droit de l'Union européenne

La loi du 22 juillet 1996 a marqué un tournant dans l'histoire de la qualification terroriste puisqu'elle a véritablement ouvert la qualification terroriste aux actes de soutien au terrorisme. Depuis lors, la lutte contre le soutien du terrorisme est une priorité de la politique de lutte contre le terrorisme. Aujourd'hui, l'appréhension du soutien au terrorisme par le droit pénal français est très large. Sont qualifiés d'infractions terroristes à la fois les comportements de soutien matériel au terrorisme (1) et le soutien humain (2) au terrorisme. L'adoption d'une législation européenne de lutte contre le terrorisme a légèrement influencé le dispositif d'incriminations du droit pénal français dans ces deux aspects.

1- Le soutien matériel au terrorisme

Au titre du soutien matériel au terrorisme, la législation pénale française appréhende tant la dimension logistique pure que la dimension financière. C'est sur cette dernière dimension que la législation de l'Union européenne a eu une influence.

a) *Soutien logistique*

L'article 421-1 du Code pénal a intégré à la qualification terroriste la dimension logistique du soutien au terrorisme dès l'origine. Sont ainsi susceptibles de revêtir une qualification terroriste les vols (simples et aggravés – article 311-1 à 311-11 CP), les extorsions (simples et aggravées – articles 312-1 à 312-9), ainsi que certains comportements relatifs à l'approvisionnement en armes¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁹ - L'appropriation indue, l'altération ou la détérioration de matières nucléaires, la destruction d'éléments de structure dans lesquels sont conditionnées les matières nucléaires (art. 421-1-4° CP et L. 1333-9-I-2°, 4°, 5° du Code de la défense) ; la fabrication, le commerce, l'acquisition, la cession, la détention ou le transport sans autorisation des missiles, fusées ou autres systèmes sans pilote capables de conduire à leur cible des armes nucléaires, ainsi que le fait de se faire délivrer indûment les autorisations pour exercer ces activités (art. 421-1-4° CP et L. 2339-14 et 2339-16 du Code de la défense) ;

- La fabrication ou le commerce des matériels de guerre, d'armes ou de munitions de défense des catégories 1 à 4 ; l'acquisition, la cession, la détention indue d'armes de la 1^{re} ou 4^{ème} catégorie ou de leurs munitions ; la détention d'un dépôt d'armes ou de munitions de la 1^{re} ou 4^e catégorie ; le transport sans autorisation, d'une arme de 1^{re} ou 4^e catégorie (art. 421-1-4° CP, L. 2339-2 du Code de la défense et L. 317-4, L. 317-7 et L. 317-8 du Code de la sécurité intérieure) ;

- La mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition, la cession des agents microbiologiques, biologiques et des toxines biologiques (art. 421-1-4° CP et L. 2341-1, L. 2341-4 du Code de la défense) ;

- La conception, construction, utilisation ou modification d'une installation de fabrication d'armes chimiques, de munitions chimiques ou de matériels destinés à l'emploi d'armes chimiques ; la mise au point, la fabrication, le stockage, la détention, la conservation, l'acquisition, la cession, l'importation, l'exportation, le transit, le commerce, le courtage, d'une arme ou d'un produit chimique ; l'importation, l'exportation, le commerce, le courtage de tout matériel de fabrication d'armes chimiques, de document ou objet ou la communication de toute information facilitant la violation des dispositions relatives à l'interdiction des armes chimiques (art. 421-1-4° CP et L. 2342-58, L. 2342-60, L. 2342-62 du Code de la défense) ;

- La fabrication d'engin explosif ou incendiaire ou d'un produit explosif, ou de tout élément ou substance destiné à entrer dans la composition d'un produit explosif ; la vente, l'exportation de certains produits explosifs, la production ou l'importation de tout produit explosif ; l'acquisition, la détention, le transport ou le port illégal de produits ou engins explosifs (art. 421-1-4° CP et L. 2353-4, L. 2353-5, 1°, L. 2353-13 du Code de la défense).

La rédaction de l'article 421-1-4° sera modifiée à compter du 6 septembre 2013, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif.

La loi du 22 juillet 1996 y a ajouté le recel de malfaiteurs (article 434-6 CP), les faux (article 441-2 à 441-5 CP), ainsi que le recel du produit de certaines infractions terroristes¹⁵¹⁰.

De façon plus fortuite, la technique d'incrimination par renvoi retenue par l'article 421-1 a entraîné l'intégration immédiate, dans le champ de la qualification terroriste, de nouvelles incriminations intégrées à l'une des parties du Code pénal visée par l'article 421-1. Ainsi, l'introduction d'infractions tendant à prévenir la cybercriminalité par les lois n° 2004-204 du 9 mars et n° 2004-575 du 21 juin 2004 s'est-elle traduite par l'intégration de ces incriminations dans le champ de la qualification terroriste : la diffusion de procédés de fabrication d'engins de destruction (article 322-6-1), ainsi que l'approvisionnement en équipements, programmes ou logiciels informatiques susceptibles d'être utilisés dans le cadre d'actions cyberterroristes (article 323-3), ce qui en fait de nouvelles incriminations de soutien logistique au terrorisme. Il en est de même de la détention ou du transport de produits incendiaires ou explosifs, ou d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de tels produits ou engins, incriminés par la loi du 5 mars 2007 à l'article 322-11-1.

La dimension logistique du soutien au terrorisme est appréhendée par le droit de l'Union européenne de façon beaucoup moins large. Il faut relever que le soutien logistique fait l'objet de deux dispositions. D'abord, l'article 1 f), qui impose d'incriminer certains comportements de recherche ou d'approvisionnement en armes – et de leur conférer une qualification terroriste distincte des qualifications de droit commun lorsqu'il existe un but terroriste. Ensuite, l'article 3, qui impose la répression de certaines « *infractions liées aux activités terroristes* », au rang desquelles figurent le vol, le chantage et l'établissement de faux documents administratifs en vue de réaliser un acte de terrorisme au sens de la décision-cadre¹⁵¹¹. Toutefois, cette disposition n'impose pas que ces infractions revêtent une qualification terroriste ; il est seulement exigé des législations internes qu'elles ne laissent pas impunis de tels comportements et qu'elles soulignent leur lien avec des activités terroristes.

Le droit français était donc, avant 2002, doublement plus large que le droit de l'Union : quant au champ d'application et quant à la qualification terroriste du soutien logistique au terrorisme.

L'incrimination de financement du terrorisme, en revanche, a été directement influencée par les attentats du 11 septembre 2001 et par le contexte normatif international et européen qui a suivi.

b) Financement du terrorisme

En France, le financement du terrorisme ne faisait pas l'objet d'une incrimination autonome jusqu'à la loi du 15 novembre 2001. Une étude d'impact commandée par le

¹⁵¹⁰ Le recel n'est donc susceptible de revêtir une qualification terroriste que lorsqu'il porte sur le produit de l'une infraction terroriste déterminée. Cette infraction d'origine peut être une action terroriste d'atteinte à la vie, à l'intégrité ou à la liberté des personnes, de destruction de biens, de cyberterrorisme ou encore terrorisme chimique. Mais l'infraction d'origine peut également être une infraction de soutien au terrorisme incriminée aux articles 421-1-2°, 3° et 4°. Est donc susceptible d'une qualification terroriste le recel du produit de vol, extorsion, approvisionnement en équipement informatique, faux et usage de faux, recel de malfaiteurs, approvisionnement en armes, participation à un groupe de combat ou reconstitution d'un mouvement dissous.

¹⁵¹¹ Précisément, elle impose d'incriminer le vol et le chantage commis en vue de réaliser l'une des infractions d'action terroriste énumérées à l'article 1, le faux établi en vue de réaliser une action terroriste de l'article 1, à l'exception des menaces d'action (article 1.1, a à h), et le faux établi en vue de participer à un groupe terroriste (article 2. 2. b).

gouvernement¹⁵² dans le cadre du processus de ratification de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme – engagé au printemps 2001 – avait même conclu qu'« aucune incrimination spécifique ne devra être créée dans le Code pénal pour réprimer l'infraction du financement du terrorisme, qui est couverte par le biais de la complicité »¹⁵³. Les incriminations terroristes existantes étaient jugées suffisantes jusqu'aux attentats du 11 septembre 2001. En effet, le financement du terrorisme était appréhendé sur le fondement de la complicité et des autres infractions de soutien au terrorisme, en particulier les vols et extorsions (qualification qui permet de saisir la pratique de « l'impôt révolutionnaire »), ainsi que sur le fondement du délit d'association de terroristes, qui permet d'appréhender toutes les formes de soutien au terrorisme.

Toutefois, les attentats du 11 septembre 2001 ont mis en lumière l'importance de la dimension financière du terrorisme, de sorte que la lutte contre le financement du terrorisme a été immédiatement érigée en axe prioritaire de la lutte contre le terrorisme. Dès le 28 septembre 2001, le Conseil de sécurité des Nations Unies adoptait la résolution 1373 (2001), véritable programme international de lutte contre le terrorisme, dont l'originalité réside dans sa force contraignante. Par cette résolution, le Conseil de sécurité impose aux États, d'un point de vue normatif, d'incriminer le financement du terrorisme, et d'un point de vue réactif, de geler les fonds et avoirs financiers de terroristes présumés.

En réaction immédiate à ces attentats, l'Union européenne a également adopté un dispositif de lutte contre le financement du terrorisme, lequel a pris la forme de deux positions communes 2001/930/PESC et 2001/931/PESC du 27 décembre 2001¹⁵⁴. La position commune 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme impose notamment aux États membres d'ériger en crime « la fourniture ou la collecte délibérée par des citoyens ou sur le territoire de chacun des États membres de l'Union européenne, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser, ou dont on sait qu'ils seront utilisés, pour perpétrer des actes de terrorisme ».

C'est dans ce contexte normatif supranational que le législateur français a complété la liste des infractions terroristes pour y ajouter des dispositions spécifiques au financement du terrorisme. En réaction aux attentats du 11 septembre 2001, le gouvernement a immédiatement introduit des amendements à la loi pour la sécurité quotidienne, en cours d'adoption. La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 contient finalement un important volet relatif à la lutte contre le terrorisme.

En particulier, la liste des incriminations terroristes est allongée. D'une part, l'article 421-1 est complété par deux alinéas, faisant du blanchiment de droit commun (article 324-1 CP) ainsi que des délits d'initié (article L. 465-1 CMF) des comportements susceptibles de recevoir une qualification terroriste. D'autre part, elle incrimine à titre autonome le financement du terrorisme (article 421-2-2 CP), mais dans des termes plus larges que les instruments

¹⁵² Cette étude est annexée au *Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant la ratification de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* par A. Rouvière, Sénat, 2000-2001, n° 355, pp. 19-21.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵⁴ La position commune 2001/931/PESC est relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme impose le gel des fonds de personnes à l'encontre desquelles est ouverte une enquête en matière terroriste, et qui sont énumérées par une liste. La mise en œuvre de cette disposition est assurée par le Règlement 2580/2001/CE du Conseil 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. V. L. Benoit, « La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier : un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne », *R.D.U.E.*, 2002, n° 2, pp. 283-313

internationaux ou européens¹⁵⁵. Notamment, ne sont pas seulement susceptibles d'une qualification terroriste la fourniture et la réunion de fonds, mais également la gestion ainsi que les conseils prodigués en vue d'une bonne gestion ou réunion de fonds.

Le dispositif français de lutte contre le financement du terrorisme est donc fortement influencé par le droit international et de l'Union européenne. Mais plus que d'une influence directe du droit de l'Union, on peut parler de l'influence d'un contexte supranational, voire d'une influence réciproque puisqu'au moment de l'adoption de la loi du 15 novembre 2001, les positions communes étaient en cours de négociation. Le dispositif européen de lutte contre le financement du terrorisme a donc bénéficié d'une émulation générale, les Etats – en particulier la France – démontrant leur adhésion au projet de l'Union en anticipant l'adoption.

L'influence du droit de l'Union est plus marquée temporellement concernant l'incrimination de certaines formes de soutien humain au terrorisme.

2- Le soutien humain au terrorisme

La législation pénale française, comme la législation européenne, appréhende la dimension collective ainsi que la dimension idéologique du soutien humain au terrorisme.

a) Dimension collective

Organisation terroriste.- En droit français comme dans la législation européenne, la dimension collective du terrorisme est principalement appréhendée sur le fondement de l'incrimination de la participation à une organisation terroriste.

En droit français, l'association de malfaiteurs et la lutte contre le terrorisme ont toujours été associées¹⁵⁶. Mais c'est la loi du 22 juillet 1996 qui a consacré officiellement ce lien en ouvrant la qualification terroriste à plusieurs infractions : l'association de terroristes, érigée en infraction terroriste autonome à l'article 421-2-1 du Code pénal sur le modèle de l'association de malfaiteurs de droit commun (article 450-1 CP), le recel de malfaiteurs (article 434-6 CP) et les infractions en matière de groupes de combats et à de mouvements dissous (article 431-13 à 431-17 CP). À nouveau, le droit pénal français appréhende largement tous les individus soutenant l'activité terroriste, notamment par le biais de l'incrimination très large d'association de terroristes¹⁵⁷.

En particulier, les juridictions françaises se contentent de deux protagonistes pour considérer le groupement constitué¹⁵⁸. Dans le même sens, la caractérisation du groupement ou de l'entente n'est pas subordonnée à la détermination précise des infractions projetées ; l'entente est punissable dès lors qu'il est établi qu'elle tend à la commission d'infractions de

¹⁵⁵ « 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 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 ».

¹⁵⁶ V. J. Alix, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., n° 190 s.

¹⁵⁷ L'article 421-2-1 CP dispose : « 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 précédents ».

¹⁵⁸ Crim., 7 juin 1951, *R.S.C.*, 1951, pp. 666-667, obs. L. Huguency ; Crim., 29 oct. 1975, *Bull. crim.*, n° 230 ; Crim., 30 avr. 1996, *Bull. crim.*, n° 176 ; Crim., 3 juin 2004, n° 03-83334, *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 182.

nature terroriste, sans qu'il soit besoin de les identifier, ni même de les préciser¹⁵¹⁹. Enfin, la jurisprudence ne requiert pas que soit démontré le rôle joué par le prévenu au sein du groupement¹⁵²⁰ et se contente d'une « participation » éphémère¹⁵²¹, participation parfois réduite à une relation de proximité entre le prévenu et un membre actif d'un groupe terroriste¹⁵²².

L'obligation faite par la décision-cadre du 13 juin 2002 d'incriminer la participation et la direction d'un groupe terroriste¹⁵²³ n'a donc pas entraîné de modification des infractions d'appréhension, en droit français, de la participation à une organisation terroriste¹⁵²⁴. Au titre de la participation, l'article 2, 2, b) précise que la participation aux activités d'un groupe est réalisée « *y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe* ». Il faut ici relever le champ très large de l'incrimination : tout comportement de soutien au terrorisme constitue une forme de participation au groupe terroriste, de sorte que la responsabilité de son auteur peut être engagée sur le fondement de cette participation.

Si l'on observe sur ce point une convergence des droits français et européen, le premier demeure encore plus large que le second dès lors que la décision-cadre définit le groupe terroriste comme « *l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes* » (article 2, 1). Cette définition est donc plus restrictive que celle de l'association de terroristes en droit français.

Recrutement et entraînement.- Sous l'influence de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme¹⁵²⁵, et en dépit de la conception déjà large de la participation à un groupe terroriste retenue par la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, une modification a été adoptée le 28 novembre 2008. L'article 3 de la décision-cadre (« *Infractions liées aux activités terroristes* ») est désormais complété par l'obligation de réprimer et de « *considérer comme infractions liées aux activités terroristes* », « *le recrutement pour le terrorisme* » ainsi que « *l'entraînement pour le terrorisme* »¹⁵²⁶. Par ces obligations d'incrimination, le législateur européen impose aux législations nationales d'intégrer

¹⁵¹⁹ En droit commun, la répression nécessite simplement la preuve qu'une infraction entrant dans le champ d'application de l'association de malfaiteurs était projetée (Crim., 7 juin 1951, *R.S.C.*, 1951, p. 666, obs. L. Huguency; Crim., 7 févr. 1973, *Bull. crim.*, n° 67).

¹⁵²⁰ Cour d'appel Riom, ch. corr., 15 janv. 2003, *Juris-data* n° 2003-210200.

¹⁵²¹ Crim., 2 déc. 1964, *Bull. crim.*, n° 319.

¹⁵²² Crim., 28 févr. 2001, *Chalabi*, n° 00-84108.

¹⁵²³ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*, article 2.

¹⁵²⁴ En revanche, elle a eu une influence sur les pénalités, puisque le droit de l'Union européenne impose une gradation des peines en fonction du type de participation (participation ou direction). V. *infra* II A.

¹⁵²⁵ Varsovie, 16 mai 2005, articles 6, 7, 8 ; ratifiée par la France le 29 avr. 2008 en application de la loi n° 2008-134 du 13 févr. 2008 (JORF, 15 févr. 2008, p. 2777), elle y est entrée en vigueur le 1^{er} août 2008. Cette Convention impose aux Etats d'incriminer le recrutement pour le terrorisme, c'est-à-dire de la sollicitation d'une personne « *pour commettre ou participer à la commission d'une infraction terroriste, ou pour se joindre à une association ou à un groupe afin de contribuer à la commission d'une ou plusieurs infractions terroristes par l'association ou le groupe* » (article 6), mais également de l'entraînement à des fins terroristes, entendu comme « *le fait de donner des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes ou substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission, sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif* » (article 7).

¹⁵²⁶ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 nov. 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002, *op. cit.*

pleinement la dimension tout à la fois collective et idéologique du terrorisme (tout en n'imposant pas que ces comportements soient en eux-mêmes qualifiés de terroristes).

Le droit français n'a pas, à l'heure actuelle, créé des incriminations spécifiques de recrutement pour le terrorisme ou d'entraînement pour le terrorisme. En réalité, de telles incriminations sont rendues inutiles par le champ extrêmement vaste de l'association de malfaiteurs qui permet, on l'a vu, de saisir tous les comportements périphériques au terrorisme. Ainsi, le fait pour un individu de se rendre dans un camp d'entraînement au Pakistan pourrait-il sans aucun doute être qualifié de participation à une association de terroristes, dès lors que l'existence et l'objet du camp d'entraînement sont identifiés. De même, le fait pour un individu de recruter pour le terrorisme est-il également, au sens de la loi pénale française, constitutif d'un acte de participation à une association de terroristes.

Pourtant, au lendemain de la tuerie de Toulouse du 19 mars 2012, le gouvernement français avait présenté un projet de loi prévoyant la création de nouveaux délits terroristes¹⁵²⁷. Selon ses termes, « *le texte transpose la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme en prévoyant que le chantage peut constituer un acte de terrorisme lorsqu'il est en relation avec une entreprise terroriste, et en créant une nouvelle infraction réprimant celui qui essaye, par des promesses ou des pressions, de recruter une personne dans un réseau terroriste, même si la personne ne donne pas suite à cette proposition* ».

Enfin, le projet de loi permettait par ailleurs « *que toute personne française ou résidant habituellement sur le territoire français, qui se rend à l'étranger pour y suivre des travaux d'endoctrinement à des idéologies conduisant au terrorisme, en participant notamment à des camps d'entraînement, puisse être poursuivie et condamnée pénalement dès son retour en France, sans qu'il soit besoin d'attendre, comme c'est le cas actuellement, qu'elle commette des infractions de nature terroriste sur le territoire français. La loi pénale française pourra s'appliquer dans de tels cas, comme elle s'applique déjà, par exemple, en matière de tourisme sexuel* ». Ce projet de loi a été retiré le 4 mai 2012, mais le nouveau gouvernement projette, semble-t-il, de déposer un nouveau projet dont l'objet serait similaire¹⁵²⁸. De telles incriminations d'entraînement et de recrutement pour le terrorisme, si elles devaient être adoptées, seraient purement symboliques dès lors que l'ensemble de ces comportements – contrairement à ce que prétend le projet – sont déjà susceptibles d'être qualifiés d'actes de participation à une association de terroristes¹⁵²⁹.

Si l'incrimination du recrutement pour le terrorisme est déjà une forme de prise en compte de la dimension idéologique du terrorisme, le droit positif français va plus loin – et projette d'aller encore plus loin – dans l'appréhension de la dimension idéologique du terrorisme.

¹⁵²⁷ Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme, Assemblée nationale, n° 4497, 11 avr. 2012.

¹⁵²⁸ Annonce du ministre de l'Intérieur, le 16 sept. 2012. Par ailleurs, une proposition de loi *renforçant la prévention et la répression du terrorisme* a été enregistrée le 24 juillet 2012 à la Présidence de l'Assemblée nationale (n° 109), proposant d'incriminer la consultation de sites internet faisant l'apologie du terrorisme ainsi que le séjour à l'étranger à fins d'endoctrinement terroriste.

¹⁵²⁹ Et ce même lorsque l'entraînement pour le terrorisme a lieu à l'étranger, dans la mesure où la loi française est applicable dès lors qu'un des faits constitutifs de l'infraction a lieu en France. Or, la participation à une association de malfaiteurs étant une infraction continue, un résidant français qui se rendrait dans un pays étranger pour y suivre un entraînement commettrait nécessairement une partie de l'infraction sur le territoire français (achat de billets d'avion, prise de renseignements, etc.).

b) Dimension idéologique

Quoique le législateur français n'ait jamais explicitement ouvert la qualification terroriste aux comportements de soutien idéologique au terrorisme, celle-ci est d'ores et déjà appréhendée par le droit pénal sur le fondement de plusieurs qualifications.

Premièrement, la provocation à commettre des actes de terrorisme¹⁵³⁰ et l'apologie du terrorisme sont des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (articles 23 et 24). Elles sont donc réprimées, mais sous une qualification de droit commun, ce qui les exclut du régime dérogatoire réservé aux infractions terroristes. Le projet de loi du 11 avril 2012 entendait revenir sur cette situation et incriminer *sous une qualification terroriste* la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme. Cette extension de la qualification terroriste reviendrait sur l'équilibre retenu jusqu'alors, entre les nécessités de la lutte contre le terrorisme et celles de la protection des droits fondamentaux, en particulier la liberté d'expression. Cette évolution irait, à nouveau, au-delà des exigences du droit de l'Union. En effet, si la décision-cadre, dans sa version modifiée de 2008, impose aux Etats de punir la provocation publique à commettre des infractions terroristes (article 3, 2, a), elle n'impose nullement de conférer à ces infractions une qualification terroriste, ni, par conséquent, de les soumettre au régime terroriste.

Au-delà des comportements de provocation et d'apologie, le Code pénal dispose d'autres ressources pour appréhender le soutien idéologique au terrorisme, notamment le délit de non-justification de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une personne qualifiée de terroriste (article 421-2-3 CP), dont on peut dire qu'elle incrimine une forme de soutien idéologique au terrorisme, mais encore la participation à une association de terroristes dont les contours extrêmement larges permettent, à l'extrême, d'appréhender la proximité entretenue par un individu avec des réseaux terroristes, et donc une forme de soutien idéologique¹⁵³¹.

Le projet de loi présenté le 11 avril 2012 entendait étendre davantage l'incrimination des comportements de soutien idéologique au terrorisme en instituant un nouveau délit « *punissant toute personne qui consultera de manière habituelle, et sans motif légitime, des sites internet qui provoquent au terrorisme ou en font l'apologie et qui comportent à cette fin des images d'actes de terrorisme portant atteinte à la vie* »¹⁵³². Les intentions du nouveau gouvernement sur une telle incrimination ne sont pas clairement exprimées, même si la presse se fait l'écho d'une disposition identique dans le projet de loi qui sera présenté fin septembre au Conseil des ministres¹⁵³³. Il s'agirait, ce faisant, de se prémunir contre tout endoctrinement et contre toute « *tentation terroriste* » : la vocation préventive de la qualification terroriste serait encore confirmée¹⁵³⁴.

En conclusion, les infractions terroristes du Code pénal français sont pour la plupart antérieures à la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme. Mais quoiqu'antérieures, ces dispositions du droit pénal français allaient déjà pour la plupart bien au-delà des exigences européennes ultérieures. L'influence de la législation européenne de lutte contre le terrorisme sur les infractions terroristes en droit pénal français est donc

¹⁵³⁰ Sans compter la provocation punie au titre de la complicité de l'infraction principale, article 121-7 CP.

¹⁵³¹ V. J. Alix, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit. n° 209 s.

¹⁵³² Sur cette proposition, v. l'avis n° 11 du 4 avr. 2012 du Conseil national du numérique relatif au projet de délit de consultation habituelle de sites terroristes : www.cnnumerique.fr/avis11/

¹⁵³³ D. Leloup, « Consultation de sites terroristes : Manuel Valls s'inspire directement de Sarkozy », *Le Monde*, 18 sept. 2012.

¹⁵³⁴ Sur cette question, v. J. Alix, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit., n° 501 s.

marginale. Toutefois, si le législateur français va toujours plus loin, on peut relever une réelle convergence dans la politique pénale qui sous-tend ces infractions – politique pénale qui conduit non seulement à créer une qualification terroriste distincte des qualifications de droit commun, mais encore à incriminer tant les actions terroristes que les multiples formes du soutien au terrorisme. Cette convergence dans la politique d'incrimination a pour raison d'être, en droit interne comme en droit de l'Union, une répression aggravée des actes de terrorisme.

II- Les modalités de la répression renforcées

Si la politique criminelle de lutte contre le terrorisme menée en droit français converge parfaitement avec celle définie par les instances européennes, l'intervention de l'Union dans la lutte (pénale) contre le terrorisme a eu pour effet d'imposer aux Etats de renforcer leurs dispositifs répressifs, notamment pour appréhender plus spécifiquement la dimension transfrontalière de la criminalité terroriste (B). Toutefois, cette exigence de renforcement de la répression est fondée sur un critère de gravité des infractions terroristes. C'est pourquoi la législation européenne requiert de manière générale que la répression pénale¹⁵³⁵ soit ajustée au degré de responsabilité. En droit français, cette exigence s'est traduite par l'introduction d'une gradation des peines en matière de groupement terroriste (A).

A- La gradation des sanctions pénales imposée

Dans son considérant n° 6, la décision-cadre précise que : « *La définition des infractions terroristes devrait être rapprochée dans tous les Etats membres, y compris celle des infractions relatives aux groupes terroristes. D'autre part, des peines et des sanctions correspondant à la gravité de ces infractions devraient être prévues à l'encontre des personnes physiques et morales qui ont commis de telles infractions ou en sont responsables* ». Les articles 5 et 6 de la décision-cadre déclinent ce principe général en imposant :

- premièrement, que la peine encourue pour les infractions qualifiées de terroristes soit aggravée par rapport à la peine encourue pour les infractions de droit commun dont elles dérivent.

- deuxièmement, que la peine encourue par les membres d'un groupe terroriste soit adaptée à leur degré de participation criminelle, selon que celle-ci est une simple participation ou qu'elle prend la forme d'un acte de direction ou d'organisation.

- troisièmement, que la peine encourue par l'auteur d'un acte de terrorisme soit réduite lorsque celui-ci renonce à ses activités terroristes et collabore avec les autorités afin d'empêcher la commission d'infractions terroristes, d'identifier ou de poursuivre des personnes suspectées de terrorisme.

La législation pénale française partage cette philosophie de la peine depuis l'origine de la législation anti-terroriste. Ainsi, dès 1986 (autrement dit avant même la création des infractions terroristes, alors même que l'existence d'une circonstance terroriste déclenchait seulement un régime répressif dérogatoire), la collaboration des terroristes repentis avec les autorités policières ou judiciaires était récompensée par une réduction, voire une exemption de peine. Ce dispositif d'incitation à la collaboration a été pérennisé dans le Code pénal

¹⁵³⁵ En revanche, la répression « *quasi-pénale* », parce qu'elle n'est pas définitive, n'impose pas sur un tel équilibre : V. les rapports relatifs au dispositif de gel des avoirs terroristes.

(articles 422-1 et 422). Surtout, l'aggravation de la répression des infractions terroristes par rapport aux infractions de droit commun est également organisée par le Code pénal (article 421-3 s.). D'ailleurs, la commission d'une infraction dans un contexte terroriste est parfois présentée comme une circonstance aggravante, même si elle est en réalité bien plus que cela⁵³⁶. Sur ces deux points, l'adoption d'une législation pénale européenne n'a guère influencé le droit français qui connaissait déjà des dispositions similaires.

L'influence européenne s'est toutefois réalisée sur la peine encourue par les membres d'une organisation terroriste. Dans le prolongement du considérant n° 6, l'article 2 de la décision-cadre impose en effet aux législateurs nationaux d'incriminer toutes les formes de participation à une organisation terroriste et l'article 5, 3 impose d'adapter la peine en fonction de la nature (et donc de la gravité) de la participation criminelle – et donc en fonction du degré de responsabilité – en distinguant selon que l'auteur a un rôle de direction ou qu'il est un simple participant au groupement. Selon cette disposition, la peine privative de liberté maximale encourue pour la direction d'un groupe terroriste ne peut être inférieure à quinze ans, et celle encourue pour la participation ne peut être inférieure à huit ans.

Le législateur français est donc intervenu pour mettre en conformité le Code pénal avec la décision-cadre. Dans un premier temps, la loi du 9 mars 2004 a transposé en droit français la distinction opérée par la décision-cadre, entre la direction et la participation à une association de terroristes. L'article 421-5 du Code pénal introduit désormais une distinction entre la participation à une association de terroristes et sa direction ou son organisation, la première faisant encourir une peine de dix ans d'emprisonnement et de 225000 euros d'amende, la seconde une peine de vingt ans de réclusion criminelle et 500000 euros d'amende.

Au-delà de cette transposition immédiate influencée par la lettre de la décision-cadre, c'est l'esprit de cette décision-cadre qui a pénétré le droit français. En effet, la loi du 23 janvier 2006 introduit à son tour un élément de différenciation du degré de responsabilité des membres de l'association, selon que le projet criminel porte sur une action dangereuse pour les personnes ou non⁵³⁷. Ainsi, cette loi a criminalisé la participation à un groupement dont le projet criminel consiste à commettre des infractions terroristes directement ou indirectement dangereuses pour les personnes est un crime. Au contraire, la simple participation à une association de terroristes dont le but consiste à ne commettre que des infractions terroristes non dangereuses pour les personnes demeure un délit, puni de dix ans d'emprisonnement.

Désormais, la répression de l'association de terroristes suppose donc de s'interroger, d'une part, sur la nature de la participation criminelle, d'autre part, sur celle du projet criminel. Telle est l'une des principales influences du droit de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste : imposer une gradation de la peine en fonction du degré de responsabilité, en particulier dans le cadre de la participation à une association de terroristes.

⁵³⁶ V. J. Alix, *Terrorisme et droit pénal*, op. cit. n° 87.

⁵³⁷ Art. 421-5 CP. Le mécanisme retenu est celui d'une circonstance aggravant la peine encourue pour l'association simple de terroriste. La peine est aggravée, selon cet article, lorsque l'infraction projetée est un crime d'atteinte aux personnes (crime relevant de la liste de l'article 421-1-1°), ou un acte de destruction par substance explosive ou incendiaire susceptible d'entraîner la mort d'une personne, ou encore un acte de terrorisme écologique. Elle l'est encore davantage lorsque l'auteur est un dirigeant ou organisateur d'une telle association (la peine alors encourue est de trente ans de réclusion criminelle assortie d'une période de sûreté, et 500 000 € d'amende). *A contrario*, relèvent de l'association simple - correctionnelle, les délits contre les personnes visés à l'article 421-1-1°, les destructions de biens visées à l'article 421-1-2° lorsqu'elles ne sont pas dangereuses pour les personnes, ainsi que toutes les autres infractions contre les biens visées à l'article 421-1-2°, vols, extorsions ou cyberinfractions, ainsi que tous les actes terrorisme visés à l'article 421-1-3° à 421-1-7°.

B- L'intensification de la lutte contre le terrorisme international

Dans son considérant n° 7, la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme prévoit que « *Des règles juridictionnelles devraient être établies pour garantir que l'infraction terroriste peut faire l'objet de poursuites efficaces* ». C'est ici que se trouve toute la raison d'être des infractions terroristes : constituer la base légale d'un régime répressif dérogatoire, placé sous le signe d'une efficacité accrue. En droit pénal français, le régime répressif a même précédé les incriminations.

À l'heure actuelle, la législation de l'Union européenne n'est pas intervenue pour légiférer spécifiquement sur la procédure pénale applicable aux infractions terroristes¹⁵³⁸. Toutefois, l'Union européenne a également contribué à accroître l'efficacité de la répression en matière terroriste par l'instauration de structures d'enquête favorisant la coopération interétatique et de mécanismes de coopération innovants. Il s'agit ce faisant de lever les handicaps liés aux frontières, qui entravent l'action des autorités. Tel est principalement¹⁵³⁹ l'objet du mandat d'arrêt européen, procédure de remise entre États instituée par la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002¹⁵⁴⁰.

Cette procédure, en germe depuis le sommet de Tampere qui avait fait du principe de reconnaissance mutuelle la pierre angulaire de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, a bénéficié de l'élan coopératif provoqué par les attentats du 11 septembre¹⁵⁴¹. Les attentats ont, en effet, révélé la nécessité d'un tel mécanisme pour faciliter

¹⁵³⁸ Une telle intervention est en germe, avec la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 2 févr. 2011 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 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (COM (2011) 32 final), qui organise la collecte, l'utilisation et la conservation des données PNR, notamment afin de permettre leur utilisation dans le cadre de la recherche ou de la poursuite de personnes suspectées d'être impliquées dans une activité terroriste. Ainsi l'exposé des motifs précise-t-il les situations dans lesquelles l'utilisation de ces données est prévue : « *en mode réactif : dans le cadre d'enquêtes, de poursuites, du démantèlement de réseaux après qu'une infraction a été commise. Pour permettre aux services répressifs de remonter suffisamment loin dans le temps, il est nécessaire de prévoir une durée de conservation des données par ces services qui soit proportionnée ; en temps réel: avant l'arrivée ou le départ de passagers dans le but de prévenir une infraction ou de surveiller ou d'arrêter des personnes avant qu'une infraction soit commise ou parce qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être. Dans de tels cas, les données PNR sont nécessaires pour pouvoir établir des comparaisons, d'une part, avec des critères d'évaluation préétablis afin d'identifier les suspects jusqu'alors «inconnus» et, d'autre part, avec diverses bases de données relatives aux personnes et objets recherchés* ».

¹⁵³⁹ Ainsi, Europol et Eurojust ont vu leur mandat étendu au lendemain des attentats du 11 septembre 2001. Ainsi, la décision 2002/187/JAI adoptée par le Conseil le 28 févr. 2002 a donné naissance à Eurojust. On peut encore mentionner les équipes communes d'enquête, qui ont aussi bénéficié de cet élan coopératif *post*-11 septembre 2001. La première équipe commune a ainsi été mise en place en 2004 entre la France et l'Espagne pour lutter contre le terrorisme d'ETA. : v. Samuel Vuelta-Simon, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête : entre partage et souveraineté... », *RSC*, 2007, n° 2, pp. 267-278.

¹⁵⁴⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

¹⁵⁴¹ Si le projet de mandat d'arrêt européen est bien antérieur aux attentats du 11 septembre 2001, la volonté politique manquait pour aller au bout de cette procédure fondée sur l'idée de reconnaissance mutuelle des décisions de justice. En cela, les attentats ont constitué l'élément déclencheur permettant d'adopter la Décision-cadre qui l'a instauré (M.-E. Cartier, « Rapport introductif », *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 17). Mais le lien n'est pas seulement événementiel. Exposé à l'origine comme un outil indispensable à l'efficacité de la lutte contre le terrorisme en Europe, le mandat d'arrêt européen est aujourd'hui conçu comme un outil à part entière du dispositif européen de lutte contre le terrorisme (bien que pas exclusivement destiné à cette lutte) : v. par ex. la fiche synthétique sur la « Lutte contre le terrorisme », sur le site officiel de l'Union européenne (http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/index_fr.htm).

et accélérer les remises à des fins judiciaires, de personnes suspectées d'avoir commis une infraction d'une certaine gravité ou condamnées pour avoir commis une telle infraction. Né sur les cendres des attentats du 11 septembre, le mandat d'arrêt européen se veut un instrument efficace, en particulier en matière terroriste. À l'égard des incriminations terroristes, la remise ne donne pas lieu à un contrôle préalable de la double incrimination¹⁵⁴².

En France, la décision-cadre du 13 juin 2002 a été transposée par la loi du 9 mars 2004 aux articles 695-II et suivants du Code de procédure pénale. De manière générale, et de façon purement quantitative, la France est un des pays qui émet et qui exécute le plus de mandats d'arrêt européens¹⁵⁴³. Les juridictions françaises, et en particulier la Cour de cassation, jouent le jeu de la confiance mutuelle – fondement de l'instrument – afin d'assurer pleinement l'efficacité du mécanisme, en particulier en matière terroriste.

Ainsi, telle qu'interprétée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, la suppression de la condition de réciprocité d'incrimination interdit aux juridictions compétentes, « *sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue, d'apprécier le bien-fondé de la qualification donnée par l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission* »¹⁵⁴⁴. Dans un arrêt du 4 mai 2010¹⁵⁴⁵, la chambre criminelle de la Cour de cassation a validé la remise d'un individu faisant l'objet de deux mandats d'arrêt européens, et poursuivi pour diverses infractions terroristes. Dans son pourvoi, l'individu contestait la légalité de sa remise aux motifs que sa remise était fondée sur la base de plusieurs mandats d'arrêt contradictoires en ce qu'ils visaient des qualifications différentes, dont certaines avaient en outre été abandonnées par le juge madrilène, ce qui était incontestablement source de confusion et d'imprécision. Pour conclure à la légalité de la remise, la Cour de cassation considère que, malgré l'impossibilité de fonder la remise sur certaines qualifications qui n'avaient pas été notifiées et malgré l'abandon de certaines qualifications par l'autorité d'émission, la demande subsiste sur le fondement de l'appartenance à une organisation terroriste, laquelle constitue bien une infraction terroriste dont la réciprocité d'incrimination n'a pas à être examinée. Il s'agit bien là d'un contrôle minimal¹⁵⁴⁶, faisant du mandat d'arrêt européen un redoutable instrument de poursuite du terrorisme¹⁵⁴⁷ au sein de l'espace européen.

Si la législation *anti-terroriste* de l'Union adopte la même politique pénale que le droit français, de renforcement des outils de la répression, il faut mentionner la législation pénale *générale* de l'Union, en voie de formation, qui pourrait conduire à atténuer la rigueur de la procédure pénale anti-terroriste. En particulier, la proposition de directive du Parlement

¹⁵⁴² Art. 2 de la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres ; art. 695-23 du code de procédure pénale. Ces criminalités sont au nombre de 32. Parmi elles figure, évidemment, le terrorisme.

¹⁵⁴³ Commission européenne, Rapport du 11 avr. 2011 au Parlement européen et au Conseil *sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres*, COM (2011) 175 final,

¹⁵⁴⁴ Crim., 21 novembre 2007, *Bull. crim.* n° 291 ; *Dr. Pén.*, 2008, comm. n° 26, A. Maron ; *AJ pénal* 2008. 195, note J. Lelieur ; *JCP éd. G.*, 2008, II, 10108, note V. Malabat. Si cette décision est conforme tant à la lettre de l'article 695-23 du Code de procédure pénale qu'à l'esprit de la décision-cadre et du principe de confiance mutuelle entre les Etats membres de l'Union, elle n'en confirme pas moins la facilité de détourner la procédure afin de contourner la condition de double incrimination lorsqu'elle demeure.

¹⁵⁴⁵ Crim., 4 mai 2010, n° 10-82.483 ; A.-S. Chavent-Leclere, « Le contrôle minimum de la Cour de cassation sur la décision de remise », *Procédures*, 2010 n° 7, comm. 290.

¹⁵⁴⁶ A.-S. Chavent-Leclere, *ibid.* L'auteur relève que « [L]a solution [de la Cour de cassation] ne s'embarrasse pas de détails ».

¹⁵⁴⁷ Mais pas seulement : né de la panique post-11 septembre et conçu comme un moyen d'optimiser la lutte contre le terrorisme et les criminalités les plus graves, le mandat d'arrêt européen est aujourd'hui utilisé pour des infractions de gravité parfois toute relative. V. par ex., Crim., 21 nov. 2007, *op. cit.*

européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation¹⁵⁴⁸ pourrait avoir une influence notable sur les règles de procédure applicable en France aux personnes suspectées d'avoir commis un acte de terrorisme.

Actuellement – et depuis la réforme de la garde à vue opérée par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 – les personnes suspectées d'avoir commis des actes de terrorisme sont susceptibles de voir leur droit d'accès à un avocat considérablement réduit au cours de la phase policière du procès pénal, en particulier au cours de la garde à vue. En particulier, l'article 706-88 du Code de procédure pénale prévoit que, sur décision du Procureur de la République puis du juge des libertés et de la détention, le droit d'accès à un avocat des personnes suspectées d'avoir commis un acte de terrorisme peut être reporté à la soixante-douzième heure de garde à vue « *en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes* ».

La proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales est plus protectrice. En son article 8 relatif aux dérogations susceptibles d'être apportées à ce droit, elle prévoit actuellement que :

« *Les Etats membres ne dérogent à aucune des dispositions de la présente directive, excepté, dans des circonstances exceptionnelles, à celles de l'article 3, de l'article 4, paragraphes 1 à 3, et des articles 5 et 6. Cette dérogation:*

- a) est justifiée par des motifs impérieux tenant à la nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne ;*
- b) n'est pas fondée exclusivement sur la nature ou la gravité de l'infraction alléguée ;*
- c) s'en tient à ce qui est nécessaire ;*
- d) a une durée aussi limitée que possible et prend fin, en tout état de cause, au stade du procès ;*
- e) ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure.*

Les dérogations ne peuvent être autorisées que dans le cadre d'une décision dûment motivée, prise au cas par cas par une autorité judiciaire. »¹⁵⁴⁹.

Par une résolution du 22 avril 2012, l'Assemblée nationale française a émis des réserves sur cette proposition de directive, en particulier en ce qui concerne les dérogations applicables

¹⁵⁴⁸ 8 juin 2011 COM (2011) 326 final.

¹⁵⁴⁹ L'exposé des motifs précise cette position :

« *Vu l'extrême importance des droits consacrés dans la présente directive, les Etats membres ne devraient pas, en principe, avoir le droit d'y déroger. (...) L'article 8 s'inspire de [la] jurisprudence [de la Cour européenne des droits de l'homme] en ce qu'il permet aux Etats membres de déroger, dans des circonstances exceptionnelles seulement, au droit d'accès à un avocat, pour autant que la dérogation soit nécessaire et sous réserve de garanties procédurales. Toute dérogation doit être justifiée par des motifs impérieux tenant à la nécessité urgente d'écartier un danger qui menace la vie ou l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes. En outre, elle doit être conforme au principe de proportionnalité, ce qui implique que l'autorité compétente doive toujours opter pour la solution qui restreint le moins le droit d'accès à un avocat et doit limiter autant que possible la durée de cette restriction. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, aucune dérogation ne peut être fondée exclusivement sur le type ou la gravité de l'infraction et toute décision en ce sens requiert une appréciation au cas par cas de la part de l'autorité compétente. En tout état de cause, toute dérogation peut avoir pour effet de compromettre l'équité de la procédure et les déclarations faites par l'intéressé en l'absence d'un avocat ne peuvent jamais être utilisées contre lui en tant qu'éléments de preuve. Enfin, l'article 8 prévoit que les dérogations ne peuvent être autorisées que sur la base d'une décision motivée rendue par une autorité judiciaire, ce qui signifie que cette décision ne peut émaner de la police ou d'autres services répressifs qui ne sont pas considérés comme des autorités judiciaires par le droit national et la CEDH. Le même principe et des restrictions identiques s'appliquent lorsqu'il s'agit de déroger au droit de communiquer avec un tiers après l'arrestation. »*

dans la lutte contre les plus graves criminalités. Selon cette résolution¹⁵⁵⁰, l'Assemblée nationale « *Considère qu'il est nécessaire de prévoir des régimes dérogatoires et exceptionnels très encadrés, posant des conditions plus strictes pour le droit d'accès à l'avocat, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, pour les catégories d'infractions les plus graves* ».

Les représentants nationaux ont mesuré l'impact que pourrait avoir la directive si elle était adoptée en l'état. En particulier, elle imposerait certainement de consacrer en droit positif la distinction entre l'action terroriste et le soutien au terrorisme, pour ne prévoir une faculté de reporter le droit d'accès à un avocat que lorsque la commission imminente d'une action terroriste, dangereuse pour la vie ou l'intégrité physique des personnes, est suspectée – ce qui est beaucoup plus restrictif que la condition très large actuellement posée par le droit français qui autorise des dérogations « *soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes* »¹⁵⁵¹. En outre, toute compétence du procureur de la République pour autoriser le report, même circonscrit aux premières vingt-quatre heures comme actuellement, semble écartée.

Aux termes de l'étude, on observe donc que la législation spécifiquement anti-terroriste de l'Union, si elle poursuit une politique pénale convergente avec celle menée en France – une politique pénale d'intensification et d'anticipation de la répression pénale –, s'inscrit bien souvent en retrait du droit français. Dans la mesure où la législation européenne circonscrit davantage le champ du dérogatoire, qu'il s'agisse de la qualification terroriste ou des modalités de la répression des infractions terroristes, elle n'influence guère la législation pénale française qui, bien au contraire, a eu le plus souvent un temps d'avance – temporellement et matériellement¹⁵⁵².

Sur ce point, l'étude conduit d'ailleurs à s'interroger sur la portée des obligations européennes : l'harmonisation de la lutte contre le terrorisme en Europe n'imposerait-elle pas de voir dans les normes européennes des obligations pures et simples, et non de simples obligations minimales, de telle sorte que les Etats devraient adopter un système de répression du terrorisme qui n'aille ni en deçà, ni au-delà de la législation européenne ? L'exigence d'une protection équivalente des droits fondamentaux dans les différents Etats membres de l'Union européenne impose cette réflexion.

En définitive, la principale influence de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste en France pourrait bien s'exprimer dans le sens d'une amélioration des droits fondamentaux des personnes suspectées d'actes de terrorisme¹⁵⁵³. Il faudrait alors se réjouir de

¹⁵⁵⁰ Assemblée nationale, Résolution européenne sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, 2011-2012, n° 891.

¹⁵⁵¹ Dans le même sens, la directive 012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales prévoit (art. 7.4) que « *Pour autant que le droit à un procès équitable ne s'en trouve pas affecté, l'accès à certaines pièces peut être refusé lorsque cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important, comme dans les cas où cet accès risque de compromettre une enquête en cours ou de porter gravement atteinte à la sécurité nationale de l'Etat membre dans lequel la procédure pénale est engagée. Les Etats membres veillent à ce que, conformément aux procédures de droit national, une décision de refuser l'accès à certaines pièces en vertu du présent paragraphe soit prise par une autorité judiciaire ou soit au moins soumise à un contrôle juridictionnel* ».

¹⁵⁵² Pour les aspects critiques de la législation pénale de lutte contre le terrorisme, V. J. Alix, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, n° 410 s.

¹⁵⁵³ L'Union européenne a en effet entamé un vaste programme d'amélioration des droits fondamentaux au sein de l'Union : v. le Programme de Stockholm, *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, 2010/C 115/01 du 4 mai 2010.

l'évolution qui consisterait, pour l'Union, à imposer aux Etats de revenir à une forme de « *banalisation* » du terrorisme, dans un contexte toujours prompt à étendre le champ des droits dérogatoires. Telle est peut-être la voie par laquelle l'Union pourrait asseoir sa légitimité en tant qu'acteur des politiques pénales.

Julie Alix

Le droit des étrangers à l'épreuve

de la lutte européenne contre le terrorisme

La mise en perspective de la lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne et du droit administratif des étrangers suscite une réserve de principe. On concédera en effet, à titre liminaire, que les individus mis en cause pour des agissements terroristes commettent le plus fréquemment leurs actes sur le territoire de l'Etat dont ils ont la nationalité. La réponse étant alors uniquement pénale, elle n'intéresse pas le périmètre du droit administratif des étrangers et encore moins le droit de l'Union européenne. Le même constat peut être dressé pour des ressortissants étrangers faisant l'objet de poursuites pénales qui ne requièrent pas la coopération d'un Etat européen.

Ce constat assez banal dévoile simultanément le champ et l'intérêt d'une étude consacrée au séjour des personnes impliquées pour des faits de terrorisme sur le territoire d'un Etat de l'Union européenne dont elles n'ont pas la nationalité ou y séjournant alors qu'elles ont commis un acte terroriste dans un autre Etat européen. Une telle investigation met en lumière une forme de droit administratif du terrorisme qui s'épanouit de manière discrète dans un domaine où la réponse pénale (extradition, entre-aide judiciaire...) apparaît dominante et presque naturelle au regard des impératifs de répression.

Cette apparente exclusivité du droit pénal peut pourtant étonner si l'on veut bien admettre que la nécessité de prévenir un acte terroriste commande en pratique le recours à des procédés de police administrative (refus d'entrée sur le territoire, retrait du titre de séjour, expulsion...). Ces moyens sont mis en œuvre soit de manière exclusive, au risque de détourner l'action administrative de son objet et de commettre un détournement de pouvoir ou de procédure, soit en prélude à une action judiciaire. Le recours ambigu à des prérogatives relevant du droit administratif méritera d'être expliqué.

L'Union européenne est loin d'avoir ignoré le levier que constitue l'action administrative pour combattre ou prévenir le risque terroriste. La pratique et l'état du droit enseignent que cet intérêt a conduit l'Union à en faciliter formellement le recours ou, pour le moins, à ne pas réserver le procédé de police administrative à des fins de régulation des politiques migratoires. Cette volonté de définir une réponse administrative au terrorisme est même antérieure à la consécration de l'Union européenne (1992) et, plus précisément, au programme de Tampere (1997).

La présente étude se propose de faire un point sur les pratiques constatées dans ce domaine et les outils administratifs mis à la disposition des autorités nationales pour lutter contre le terrorisme et assurer la poursuite des personnes impliquées dans de tels agissements (I). Une évaluation de l'état de ce droit (II) conduira à s'interroger sur l'opportunité de réformer le droit des étrangers pour le formater aux besoins de la lutte contre le terrorisme en développant un droit administratif d'exception porté par cet objet (III). Dans le cadre de cette investigation, les exemples du droit français, belge, italien, grec et allemand seront envisagés. Ils permettront de dessiner une approche convergente des autorités nationales facilitée par l'importante marge de manœuvre que leur confère le droit dérivé.

I- Les ambitions limitées du droit européen des étrangers

Ni le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni la législation dérivée ne mentionnent un quelconque volet administratif destiné spécifiquement à restreindre la liberté de circulation des personnes condamnées ou soupçonnées pour des faits de terrorisme. Cette situation concerne toutes les formes de séjour, y compris celles justifiées par une demande de protection. Elle s'applique aux ressortissants d'un État tiers à l'Union européenne et aux citoyens européens.

A- L'encadrement des séjours de courte durée

La convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 ambitionnait avant toute chose de baliser les séjours de courte durée des ressortissants d'un État tiers à l'Union européenne. Pour cette raison, son contenu était vierge de tout motif de restriction de séjour visant des étrangers impliqués dans des faits de terrorisme. Positivement, ce silence trouve une explication directe dans la volonté de faciliter les séjours de courte durée et, corrélativement, dans le refus des États signataires de se contraindre par des exigences de fond trop précises.

En abrogeant les dispositions de la convention du 19 juin 1990 relatives aux séjours de courte durée, le règlement n° 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières a confirmé cette approche. N'ayant pas été pensé comme un instrument de régulation à part entière des séjours de courte durée, le règlement se présente plutôt comme le pilier d'un espace commun de libre circulation. De fait, il impose simplement aux ressortissants d'un État tiers d'établir qu'ils sont en mesure de financer leur séjour et de quitter le territoire de l'Union après, au maximum, trois mois¹⁵⁵⁴.

Ce constat appelle il est vrai quelques nuances. Le refus de visa ou d'entrée dans l'espace de libre circulation peut en effet être motivé par des motifs d'ordre public et, pour le moins, un signalement dans le Système d'Information Schengen¹⁵⁵⁵. Selon la même idée, les États sont fondés à réintroduire à titre provisoire des contrôles aux frontières intérieures¹⁵⁵⁶. Ce dernier motif est toutefois formulé de manière indéterminée.

Il renvoie très généralement à « une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres ». Si elle entre clairement dans ce périmètre, la menace terroriste, passée ou à venir, n'est donc pas désignée. En définitive, la rédaction de la Convention de 1990 et du règlement de 2006 véhicule une approche très respectueuse du pouvoir d'appréciation des États qui n'ont pas souhaité se lier par des clauses réservées à une forme précise de danger public. Dans le même temps, ce socle de principes confirme une habilitation générale de l'autorité de police administrative à réguler l'entrée sur le territoire pour des motifs d'ordre public indistinctement compris.

¹⁵⁵⁴ Règlement, article 5.1, a à e.

¹⁵⁵⁵ V. également le traité relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière signé à Prüm le 27 mai 2005 entre la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche qui vise notamment à favoriser l'échange d'informations en vue de lutter contre le terrorisme (L. n° 2007-1160, 1^{er} août 2007 et D. n° 2008-33, 10 janv. 2008). De manière plus spécifique, le règlement n° 767/2008/CE du 9 juillet 2008 définit l'objet et les fonctionnalités du système d'information sur les visas (V. décision du Conseil n° 2004/512 du 8 juin 2004, JO L 218, 13 août 2008). Ce système peut être consulté dans un but de prévention à la détection ou à l'investigation d'infractions terroristes et d'infractions pénales graves (article 3).

¹⁵⁵⁶ Convention, article 95 et s. et règlement, article 23.

Cette habilitation n'est pas mise au service des seules autorités nationales. Elle peut préfigurer d'une coopération entre Etats sur la base des informations recueillies à l'occasion des mouvements de personnes. Le dispositif dévoilé en 1990 repose en effet sur un système d'information mutuelle qui peut signaler un risque terroriste lié au séjour de courte durée d'un ressortissant d'un Etat tiers à l'Union. L'inscription pour un tel motif dans le fichier justifie à elle seule un refus de visa et, si besoin, d'accès au territoire. Encore est-il nécessaire pour les autorités locales de rapporter un élément pertinent et précis touchant au passé d'un étranger. Le signalement doit en effet être fondé sur « *la menace pour l'ordre public ou la sécurité et sûreté nationales que peut constituer la présence d'un étranger sur le territoire national* » ou « *sur le fait que l'étranger a fait l'objet d'une (...) d'expulsion non rapportée ni suspendue comportant ou assortie d'une interdiction d'entrée* »¹⁵⁵⁷.

Ce dispositif d'information ne s'adosse pas uniquement à une dynamique de police administrative, loin s'en faut, si l'on veut bien admettre qu'il permet également d'accompagner ou d'amorcer une action judiciaire. Cette préoccupation n'est toutefois jamais très éloignée d'une logique préventive. Le décret n° 95-577 du 6 mai 1995 relatif au système informatique national résume cette double dimension en autorisant une inscription « *aux seules fins de surveillance discrète (...) pour la répression d'infractions pénales et pour la prévention de menace pour la sécurité publique, lorsque des indices réels font présumer que la personne concernée envisage de commettre ou commet des faits punissables nombreux et extrêmement graves, ou lorsque l'appréciation globale de l'individu, en particulier sur la base des faits punissables commis jusqu'alors par l'intéressé, permet de supposer qu'il commettra également à l'avenir des faits punissables extrêmement graves* ».

B- L'encadrement des séjours de longue durée

Relative au séjour de longue durée des ressortissants d'un Etat tiers à l'Union européenne, la directive n° 2003/109 du 25 novembre 2003 ne mentionne à aucun moment des restrictions fondées sur un agissement désigné, terroriste ou autre. Simultanément, elle habilite les Etats à agir pour des fins qui entrent dans un tel périmètre. Une clause d'ordre public autorise en effet les autorités locales à refuser de délivrer un titre de séjour (articles 6 et 17), à le retirer (article 9) et à provoquer un départ forcé par une voie administrative (article 12). Réserve faite des contraintes procédurales, cette clause générale n'est formellement entamée que par la nécessité de ne pas porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale.

La directive « retour » n° 2008/115 du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier rejoint cette volonté en définissant un cadre commun de départ forcé des ressortissants tiers. Ce faisant, elle conforte l'autonomie des autorités locales en s'abstenant de détailler les motifs de départ forcé. Elle se borne à fixer un objectif (éloigner les étrangers en situation irrégulière) et un cadre général de procédure et de normes communes. La directive est ainsi loin d'être mise au service d'un danger déterminé, le terrorisme ou toute autre forme de menace pour la sécurité intérieure au sens où la personne impliquée dans une telle menace doit, pour être visée par les rigueurs de la directive, séjourner irrégulièrement. À défaut, elle relève d'une situation de droit purement local qui régit alors la procédure d'éloignement. De par son objectif, la directive n'habilite donc pas les Etats à provoquer le

¹⁵⁵⁷ Conv., article 96 § 2 et 3, V. ainsi en France, CE, 3 mai 2002, req. n° 217261, *Abada* (appartenance à une organisation islamiste et relations avec des activistes de cette organisation qui ont été expulsés).

départ forcé pour des agissements terroristes : cette appréciation relève des seules autorités nationales.

Elle encadre simplement le départ des étrangers qui ne peuvent pas se prévaloir d'un titre de séjour. La directive légitime aussi les Etats à user de moyens contraignants dans des cas définis qui entrent dans le champ de la menace terroriste, pour autant qu'un étranger réside irrégulièrement au sens du droit local. C'est à ce titre que son article 7 autorise un départ forcé sans délai si la personne « *constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale* ». De même, la décision de retour peut être assortie, pour l'avenir, d'une interdiction d'entrée d'une durée supérieure à cinq ans si un étranger « *constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale* » (article 11, § 3).

Les limites apportées au séjour des citoyens de l'Union se nourrissent finalement de la logique appliquée aux ressortissants tiers, fondée sur la volonté de faciliter la libre circulation sous des réserves d'ordre public qui ne visent pas un danger déterminé. L'article 27 de la directive n° 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres habilite ainsi les autorités à restreindre la liberté de circulation et de séjour « *pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique* », sans autre précision.

Tout au plus, au contraire du droit applicable aux ressortissants d'un Etat tiers, ce cadre général d'habilitation ne s'accompagne pas d'une procédure d'exception destinée à assurer la bonne exécution des mesures de départ forcé concernant un citoyen européen. La directive encadre simplement cette ingérence dans l'exercice de la liberté de circulation en imposant la preuve d'une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ».

C- Le séjour des candidats à une forme de protection et des personnes protégées

La directive n° 2004/83 du 29 avril 2004 définit les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, requièrent une protection internationale.

En première analyse, elle se singularise par rapport aux autres instruments communautaires consacrés en matière de séjour des étrangers. La principale originalité concerne son objet qui, nécessairement, s'articule avec celui de la convention de Genève du 28 juillet 1951 dont elle ambitionne de préciser certains éléments. Dans le cadre de cet objectif, la directive pouvait difficilement mentionner les faits de terrorisme que la Convention de Genève ne désigne pas en tant que tels. Elle habilite toutefois les Etats à restreindre le séjour des personnes soupçonnées de pareils agissements, candidates à l'asile ou réfugiée statutaire, dans des termes sans doute plus précis que la législation dérivée relative au séjour des citoyens européens et des ressortissants tiers.

C'est ainsi que son article 12, sur le modèle de la convention de Genève, exclut du statut de réfugié les personnes soupçonnées d'avoir commis un « *crime grave de droit commun en dehors du pays de refuge avant d'être admis comme réfugié* »¹⁵⁵⁸ ou « *d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies* »¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁸ Le juge français a ainsi estimé que le membre fondateur d'un mouvement terroriste (le PKK) ne peut pas bénéficier du statut de réfugié s'il a participé à la prise de décisions ayant conduit à des crimes graves de droit

Un retrait du statut de réfugié est autorisé pour les mêmes faits et plus largement « lorsqu'il existe des motifs raisonnables de considérer (le réfugié) comme une menace pour la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve » ou que, « condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, (l'intéressé) constitue une menace pour la société de cet Etat membre » (article 14). Innovation majeure par rapport à la convention de Genève, la directive soumet à la même clause d'exclusion les personnes entrant dans le champ de la protection subsidiaire (articles 17 et 19).

II- L'absence de clause d'ordre public dédiée à la lutte contre le terrorisme

En organisant la liberté de circulation au sein de l'Union européenne, les Etats membres ont formellement écarté des restrictions visant spécifiquement les personnes impliquées dans des agissements terroristes. Deux raisons, l'une pratique, l'autre procédurale, fondent ce silence tout relatif au sens où ce même droit dérivé ne fait pas l'économie d'une clause générale d'ordre public.

A- Un refus justifié par des considérations pratiques

La première explication, d'ordre pratique, tient à la nécessaire marge de manœuvre dévolue aux autorités compétentes. Elle repose sur une clause indéterminée d'ordre public rendant inutile tout cadre propre au terrorisme qui pourrait s'avérer trop contraignant. On ajoutera que les comportements terroristes étant, dans la pratique quotidienne du droit des étrangers, fort heureusement assez rarement mis en cause, l'opportunité d'une clause se rapportant à cet objet a échappé aux Etats.

Suivant cette logique, les comportements terroristes ont été rangés dans le périmètre de la menace grave pour l'ordre public qui, lorsqu'elle est constituée, autorise l'autorité de police administrative à restreindre la liberté de circulation d'une personne. Comme l'enseignent les pratiques nationales, l'agissement terroriste relève donc du « *droit commun* » des étrangers qui est mis à contribution pour, alternativement ou conjointement aux procédures pénales (poursuites ou extradition), s'opposer au séjour d'une personne (refus d'entrée ou de visa) ou

commun, sans que ses activités diplomatiques et sa participation à des négociations l'aient par la suite conduit à se désolidariser des buts et des moyens employés par ce mouvement (CE, 9 nov. 2005, *Altun*, req. n° 254882 et CNDA sect. réunies, 9 janv. 2003, req. n° 362645, *Altun : Rapp. CE* 2003, p. 168-174). Il en est de même pour un pourvoyeur de fonds qui a assuré, en toute connaissance de cause, le financement logistique d'individus qui se sont eux-mêmes rendus coupables de crimes graves de droit commun (CNDA, 9 janv. 2003, req. n° 406014, *Awobajo : Rapp. CE* 2003, p. 168-174).

¹⁵⁵⁹ Par exemple, les actions menées par les Tigres libérateurs de l'*Eelam tamoul* au Sri Lanka constituent des actes contraires aux buts et principes des Nations unies. Pour cette raison, un ingénieur qui apporte un concours actif à la préparation logistique et technique de leurs missions est exclu du champ de la protection reconnue par la Convention de Genève (CNDA, sect. réunies, 27 juin 2008, *Mathivannan* : cité par *Rapp. CE* 2009, p. 271). De même, des contacts étroits avec des individus soutenant un islamisme radical et projetant des attentats en Europe ainsi qu'un voyage en Afghanistan où l'intéressé a suivi une formation paramilitaire sont assimilés à des agissements contraires aux buts et principes des Nations unies. Si les activités menées et qui lui ont été reprochées par la justice française n'ont pas abouti, il n'en demeure pas moins que le candidat à l'asile a participé en toute connaissance de cause à la préparation d'actes de terrorisme (CNDA, 31 juill. 2009, req. n° 630580/08011051, *D.*).

précipiter son départ (retrait d'un titre de séjour, obligation de quitter le territoire et, surtout, expulsion)¹⁵⁶⁰.

Au-delà des particularités des droits nationaux, on inclinera à penser que l'Union européenne n'a, au final, ni facilité l'action des Etats, ni, à l'inverse, compromis l'usage de leurs prérogatives par des contraintes procédurales ou de fond consacrées à la lutte contre le terrorisme. La législation dérivée n'interdit en effet nullement aux Etats de mettre en place un droit d'exception pour réprimer localement le terrorisme, pour autant, que la législation nationale ne compromette pas les objectifs et procédures prévus par le droit européen.

Plusieurs pays se sont, à la marge, inscrits dans cette dynamique¹⁵⁶¹. Certains ont défini un danger terroriste spécifique¹⁵⁶². En France, la loi autorise depuis 2003 l'expulsion d'étrangers normalement protégés contre une mesure de départ forcé et susceptibles de bénéficier d'un droit de séjour en application de la législation dérivée¹⁵⁶³. Leur éloignement est ici autorisé s'ils sont simplement soupçonnés d'avoir commis des « *actes de terrorisme* » ou s'ils sont impliqués dans « *des activités à caractère terroriste* ».

La réforme du 16 juin 2011 a, en revanche, montré les limites d'un recours abusif au droit dérivé. Le gouvernement français avait souhaité autoriser un placement prolongé en rétention administrative en se fondant sur l'habilitation ouverte par l'article 15, § 6 de la directive « retour » du 16 décembre 2008, alors même que celle-ci ne vise pas les faits de terrorisme¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶⁰ V. ainsi, pour prendre le seul exemple de l'expulsion, en droit français (C. étrangers, article L. 521-1: « *menace grave pour l'ordre public* »), en droit belge (Loi du 15 déc. 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers., article 20 : « *atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale* ») ou encore en droit grec (Loi n° 3386/2005, article 42 : « *crimes graves commis* », « *danger pour l'ordre public ou la sécurité du pays* »).

¹⁵⁶¹ Au moins deux dispositions d'exception du droit italien visent la lutte contre le terrorisme. La première reconnaît la possibilité de délivrer un titre de séjour aux personnes qui collaborent à une enquête liée au terrorisme (D.-L. n° 144/2005, 27, juill. 2005, article 2). La seconde prive la personne concernée de plusieurs garanties procédurales : exécution immédiate sans attendre la décision du juge (D.-L. *op. cit.*, article 3), compétence du juge administratif et non pas au juge judiciaire comme cela est la règle dans les autres cas d'expulsion (D.-L. n° 249-2007, 29 déc. 2007, article 3).

Plus généralement, en Belgique, un placement en rétention administrative peut être prononcé pour huit mois, contre cinq normalement, « dans le cas où la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exige » (article 7, 25 et 29). V. sur ce point L. d'Ambrosio, « L'influence du droit de la jurisprudence de l'Union européenne sur la législation anti-terroriste italienne », p. 407.

En Allemagne, la loi du 30 juillet 2004 prévoit que l'expulsion fondée sur « *un danger particulier pour la sécurité de la République fédérale d'Allemagne ou une menace terroriste (...) est immédiatement exécutoire, aucun avis d'intention d'expulser n'est nécessaire* ». V. sur ce point A. Geppert, « Quelques aspects juridiques de la lutte contre le terrorisme en Allemagne », p. 439.

¹⁵⁶² V. ainsi pour l'Italie D.-L. n° 144-2005, 27 juill. 2005 (« *mesures urgentes pour combattre le terrorisme international* ») et D.-L. n° 249-2007, 29 déc. 2007 (« *mesures urgentes justifiant une expulsion pour raison de terrorisme et pour raison impérative de sécurité publique* ») et pour l'Allemagne, L. 30 juill. 2004 sur le séjour, l'activité économique et l'intégration des étrangers en Allemagne, section 55, notamment § 8 (expulsion justifiée par « *des actes terroristes d'importance troublant la sécurité publique et l'ordre public* »). La section 18 du même texte subordonne le droit de séjour d'un étranger dont le départ forcé a été suspendu à l'absence de lien avec une organisation terroriste.

¹⁵⁶³ C. étrangers, article L. 521-3 (étranger arrivé en France avant l'âge de 13 ans ; étranger y résidant depuis plus de vingt ans ou dix ans s'il est marié depuis au moins quatre ans avec un Français ou un étranger arrivé en France avant l'âge de 13 ans ; parent d'un enfant français résidant régulièrement en France depuis plus de dix ans ; étranger dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité et ne pouvant pas bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi).

¹⁵⁶⁴ « Les Etats membres ne peuvent pas prolonger la période (de six mois), sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison : a) du manque de

La loi prévoyait un droit d'exception pour maintenir en rétention un étranger condamné à une interdiction du territoire pour des « *actes de terrorisme* » ou expulsé pour un comportement lié à des « *activités terroristes* ». S'il existait une « *perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement* » et si aucune décision d'assignation à résidence n'était envisageable, la prolongation était accordée dans la limite de six mois.

Ce placement pouvait même être décidé pour 18 mois si, malgré les diligences de l'administration, l'éloignement ne pouvait être exécuté en raison du manque de coopération de l'étranger ou d'un retard imputable au consulat concerné ! Le principe d'un maintien en rétention pour une période aussi longue a été censuré par le Conseil constitutionnel qui, implicitement, n'avait pas estimé que cette mesure découlait d'une habilitation ouverte par le droit dérivé¹⁵⁶⁵. Dans le même temps, il n'a pas considéré qu'une menace terroriste avérée justifiait une atteinte aussi grave à l'article 66 de la Constitution.

B- L'inutilité procédurale d'une clause visant une menace terroriste

L'absence d'échos express du droit communautaire des étrangers à la lutte contre le terrorisme peut également se déduire de justifications procédurales.

Si l'on se réfère aux pratiques constatées dans ce domaine, les Etats européens privilégient avant toute chose les procédures judiciaires. Cette situation peut se déduire de considérations procédurales. Parce qu'il ambitionne d'assurer l'éloignement forcé d'une personne, le procédé de police administrative (retrait de titre de séjour, expulsion...) peut apparaître inapproprié lorsque les autorités nationales poursuivent un objectif répressif (poursuite pénale) ou souhaitent coopérer avec un Etat (remise ou extradition d'une personne). En privilégiant le procédé pénal pour lutter contre le terrorisme, l'Union européenne a, au plus, estimé que le droit administratif des étrangers ne devait pas compromettre cette action. La clause générale d'ordre public inscrite dans la législation dérivée doit être lue à l'aune de cette volonté qui relègue le droit des étrangers au rang d'une police administrative plus destinée à réguler l'accès au territoire qu'à être mise au service d'une politique pénale.

Cette défiance discrète à l'égard des pratiques administratives peut être appréciée *négativement* au sens où les législations des Etats membres, tout autant que le droit dérivé, n'ont pas développé des outils juridiques dédiés à la lutte contre le terrorisme. Tout au plus, on l'a pointé, ont-elles parfois admis qu'un fait de terrorisme était constitutif d'une menace pour l'ordre public, sans toutefois définir cette notion, et justifiait une mesure de départ forcé.

On concédera d'ailleurs un certain scepticisme quant au risque d'une procédure visant les seuls étrangers impliqués dans des faits de terrorisme. Elle conduit à un droit d'exception simplement destiné à restreindre les garanties procédurales liées à un départ forcé comme cela est notamment le cas en droits allemand et italien. Pour se référer à l'expérience française, le précédent de la réforme du 16 juin 2011 en constitue également une parfaite illustration.

coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ».

¹⁵⁶⁵ Le Conseil constitutionnel a simplement estimé qu'une telle mesure visant une personne qui faisait l'objet d'une mesure administrative apportait à la liberté individuelle une atteinte contraire à l'article 66 de la Constitution (Cons. const. déc. n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, consid. 76). Cette censure n'a pas remis en cause la possibilité de placer pour six mois en rétention une personne impliquée dans des agissements terroristes, même si ce placement ne se déduit pas de la directive « retour » (C. étrangers, article L. 552-7). Le décret n° 2012-90 du 25 janv. 2012 a précisé les conditions de cette rétention de longue durée (C. étrangers, articles R. 552-11, R. 553-1 et R. 553-4-1).

Cette procédure d'exception faisant pour l'essentiel défaut, les Etats doivent s'en remettre aux prérogatives classiques qu'offre le droit des étrangers en régulant la liberté de circulation en amont (refus d'entrée sur le territoire, refus de visa, interdiction de retour) et en aval (refus de renouvellement du titre de séjour ou retrait, départ forcé). En éludant la voie d'un droit réservé à des situations de danger exceptionnel, le droit de l'Union présente une vertu. Il invite les Etats à ne pas user d'un procédé administratif (retrait de titre de séjour, expulsion, réadmission...) qui s'avérerait moins contraignant sur un terrain procédural que l'action judiciaire (remise ou extradition).

Ce risque n'est pas hypothétique. En France, de tels détournements de procédure ont entaché des mesures de départ forcé, sans que le juge administratif n'ait clairement condamné ces dérives. Il a en effet été admis qu'aucun principe ne s'opposait à l'éloignement d'un étranger vers un pays où il faisait l'objet de poursuites judiciaires, alors même qu'une procédure d'extradition pouvait être engagée¹⁵⁶⁶. Ce choix n'a pas été jugé constitutif d'un détournement de la procédure d'extradition¹⁵⁶⁷. Il a été concédé qu'il en irait autrement « *si la mesure d'éloignement, répondant à une initiative de l'Etat dont l'étranger expulsé a la nationalité, était prise par les autorités françaises dans le but exclusif de le remettre aux autorités de cet Etat et non dans celui d'assurer l'exécution d'une mesure d'expulsion légalement décidée* »¹⁵⁶⁸.

Sous cette réserve, dans pareil cas, la décision de reconduire l'intéressé vers un pays où il sera poursuivi pour des actes de terrorisme est réputée décidée dans le but exclusif d'assurer l'exécution de la mesure d'éloignement forcé. Sur ce fondement, les autorités nationales peuvent être tentées de neutraliser la procédure d'extradition puisqu'il existe, en toute logique, un motif d'ordre public justifiant une expulsion. Ce risque est d'autant plus prégnant dans l'hypothèse où les autorités nationales se sont « entendues » pour préférer cette voie moins contraignante¹⁵⁶⁹. On observera ici que la directive « retour » n'encadre ni n'interdit pareille pratique.

III- Les contours d'un droit des étrangers d'exception

On l'a constaté, le droit communautaire des étrangers n'a pas été mis au service de la lutte contre le terrorisme. Dans leurs grandes lignes, les droits nationaux rejoignent cette indifférence de principe. Le dépassement de cette situation pourrait emprunter deux directions. La première, radicale, reviendrait à développer une police administrative d'exception (A). Pour être efficace, elle supposerait une révision de la législation dérivée pour imposer une pratique uniforme. L'opportunité d'une telle option doit toutefois être établie tant elle met en péril l'équilibre entre les impératifs de l'ordre public et la liberté de circulation des personnes. De manière plus modeste, une réflexion pourrait être conduite pour surmonter les carences supposées du droit européen des étrangers (B). Cette entreprise implique d'établir en quoi le droit dérivé compromet actuellement la lutte contre le terrorisme.

¹⁵⁶⁶ CE, 10 avr. 2002, req. n° 234005, *Lopez de la Calle Gauna : Dr. adm.* 2002, comm. 127, V. Tehen et CAA Paris, 22 mars 2001, *Lopez de la Calle Gauna : RFD adm.* 2001, p. 1028, concl. Massias.

¹⁵⁶⁷ Sur une appréciation contraire, TA Versailles, 26 sept. 2000, req. n° 003662, *Lopez de la Calle Gauna c. Préfet de l'Essonne : ADJA* 2001, p. 399, concl. Kurlic.

¹⁵⁶⁸ CAA Paris, 22 mars 2001, *op. cit.*

¹⁵⁶⁹ La Cour EDH a une toute autre lecture de cette pratique. Dans le passé, elle a condamné l'Etat français, jugé coupable d'avoir éloigné un étranger vers un pays qui avait sollicité son extradition, alors même que la procédure d'extradition n'avait pas pu aboutir en France (Cour EDH, 18 déc. 1986 : Série A, n° 11, *Bozano c. France*).

A- L'opportunité d'un droit d'exception

Les différents textes européens relatifs à l'entrée et au séjour des personnes n'ont jamais été pointés par les pouvoirs publics pour leur inefficacité en matière de lutte contre le terrorisme. Ils n'ont ainsi jamais été contestés au motif qu'ils contraindraient trop sévèrement les Etats en leur interdisant, par exemple, de mettre un terme au séjour d'une personne impliquée dans de tels faits. De fait, la Cour de justice de l'Union européenne, au même titre que la Cour EDH ou que les juges constitutionnels, réserve aux autorités nationales une marge de manœuvre conséquente pour réguler l'accès au territoire national au nom des exigences de l'ordre public¹⁵⁷⁰.

Plus particulièrement, aucune norme de fond ou de procédure spécifique imposée par la législation dérivée ne paraît en elle-même de nature à miner localement l'action des autorités administratives. Précisément consacrées dans un cadre extra-communautaire, deux normes peuvent être ici envisagées.

La première apparaît, dans ses grandes lignes, indifférente à l'action des autorités nationales. Comme cela a été remarqué, les exigences de la vie privée et familiale s'effacent en effet devant celles de la lutte contre le terrorisme et autorisent l'expulsion d'une personne qui bénéficie d'un droit de séjour.

En première analyse, le droit à ne pas subir de peines et traitements inhumains ou dégradants induit des contraintes plus rigoureuses aux Etats, alors même qu'il n'est pas formellement visé par la législation dérivée. Parce qu'il consacre « l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques », il prohibe en termes absolus la torture et des traitements ou peines assimilables « *quels que soient les circonstances et les agissements de la victime, même dans les circonstances les plus difficiles, tels la lutte contre le terrorisme et le crime organisé* »¹⁵⁷¹.

La prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains et dégradants présente donc un caractère absolu, quels que soient les agissements de la personne concernée, « *aussi indésirables et dangereux* » (ibidem) soient-ils. Pour cette raison, les Etats ne peuvent pas mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion¹⁵⁷². Pour autant, ce droit ne garantit pas en lui-même un droit intangible au séjour. Sur un plan procédural, il compromet encore moins la lutte contre le terrorisme en privant un Etat d'un moyen d'investigation, de prévention, de coopération ou de sanction. Il impose simplement des contraintes dans le choix du pays d'éloignement. Par ailleurs, il n'interdit pas

¹⁵⁷⁰ Pour l'énoncé d'une position de principe : CJCE, 4 déc. 1974, aff. 41/74, *Van Duyn* : Rec., p. 1337, not. § 18 (« *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre ; il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité.* »). Le Conseil constitutionnel (Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC : le législateur peut porter atteinte à la liberté d'aller et venir des étrangers et concilier leurs droits fondamentaux « avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle ») et la Cour EDH (15 nov. 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Rec. III, n° 22, § 79 : « *les Etats contractants ont en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* » et également Cour EDH, 30 juin 2011, *France c. A*, req. n° 22689/071 : JCP A n° 4, 30 janv. 2012, 2031, pour l'organisation du contentieux des obligations de quitter le territoire en Guyane) s'inscrivent dans cette même logique.

¹⁵⁷¹ Cour EDH, 20 janv. 2011, req. n° 51246/08, *El Shennawy c. France*.

¹⁵⁷² Cour EDH, gde ch., 29 janv. 2008, req. n° 13229/03, *Saadi c. Royaume-Uni* et égal. Cour EDH, 18 nov. 2010, req. n° 42360/08, *Boutagni c. France*.

une assignation à résidence de longue durée dans l'hypothèse où aucun Etat d'accueil ne peut être déterminé¹⁵⁷³.

On relèvera enfin que l'insertion de clauses d'ordre public très indéterminées dans la législation dérivée, sur le modèle de l'essentiel des droits nationaux, n'a jamais menacé l'éloignement d'une personne soupçonnée de terrorisme ou condamnée pour de tels faits. Ces clauses d'habilitation facilitent au contraire l'action publique en n'imposant pas aux autorités locales de justifier une mesure d'éloignement forcé par un motif formellement prévu et décrit par le droit dérivé. Cette situation n'a pas manqué de conforter les pratiques européennes historiquement fondées sur un droit qui autorise le recours à des procédés contraignants, au premier desquels l'expulsion, mais qui ne décrit jamais le danger public justifiant la mise en œuvre de ces prérogatives. L'autorité administrative est alors placée sous le contrôle d'un juge qui interprète une situation de fait sur la base d'une norme désignant une menace indéterminée.

B- Le dépassement des limites de la législation dérivée

Les Etats européens ne se sont jamais réellement interrogés sur la capacité du droit administratif des étrangers à assurer la lutte contre le terrorisme, à titre principal ou en complément d'une action pénale. On l'a noté, cette situation est très largement imputable à une conception dominante de ce droit. Pensé avant toute chose comme un outil de régulation de la liberté de circulation, il n'est que très rarement mis au service des procédures judiciaires¹⁵⁷⁴. Ce champ ainsi restrictivement défini l'expose à trois failles.

On inclinera tout d'abord à penser que les Etats se sont dotés d'outils imparfaits de régulation des mouvements d'entrée sur le territoire de l'Europe de Schengen. Les raisons de cette situation tiennent à la fois au refus de l'Union européenne d'entamer trop lourdement le pouvoir d'appréciation des autorités nationales et à l'impossibilité pratique d'encadrer l'accès au territoire des personnes pouvant être suspectées d'agissements terroristes. Ce constat se déduit principalement de l'économie du dispositif mis en place à partir de la signature des accords de Schengen.

Destinés à éviter une immigration durable non maîtrisée, ceux-ci reposent avant toute chose sur une logique de régulation des flux migratoires de court séjour. La convention d'application des accords de Schengen puis le règlement n° 562/2006 du 15 mars 2006 conditionnent ainsi l'entrée sur le territoire européen à la justification de l'objet et des conditions du séjour et à des moyens de subsistance suffisants pour la durée du séjour et pour le retour dans le pays d'origine. Le contrôle de la menace pour l'ordre public ne constitue ici qu'un élément parmi d'autres.

Bien sûr, ce dernier objectif n'a pas été éludé. Des motifs d'ordre public justifient en effet un refus de visa ou d'entrée sur le territoire¹⁵⁷⁵. Réserve faite d'informations apportées par les autorités de l'Etat d'origine, l'efficacité de ces contrôles en amont présuppose toutefois que les candidats au séjour aient déjà séjourné en Europe et, dans le passé, aient commis des agissements terroristes pour que leurs comportements aient été signalés. Une telle situation

¹⁵⁷³ L'assignation à résidence peut être prononcée sans condition de délai lorsqu'un étranger visé par un arrêté d'expulsion justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire « jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation » (C. étrangers, article L. 561-1).

¹⁵⁷⁴ En France, c'est par exemple le cas lorsque le préfet prononce la rétention administrative d'un étranger en instance d'exécution d'une interdiction du territoire et arrête le choix du pays de retour.

¹⁵⁷⁵ Parlement européen et Conseil, Règlement 562/2006/CE du 15 mars 2006, *op. cit.*, article 5, d et e.

est évidemment exceptionnelle. Elle vise une personne qui sollicite un visa après avoir déjà fait l'objet de poursuites pénales ou d'une expulsion pour de tels faits.

On rappellera enfin que l'acquis de Schengen est sans effet pour les citoyens européens qui échappent à tout contrôle dans le cadre des séjours de courte durée. Hors l'hypothèse des contrôles d'identité effectués dans la bande frontalière de 20 kilomètres avec les Etats parties à la convention d'application des accords de Schengen, le droit administratif des étrangers constitue à leur égard un outil totalement inapproprié de lutte contre le terrorisme. La Cour de justice a de surcroît estimé que l'article 67, § 2 du traité de l'Union européenne et les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006 du 15 mars 2006 relatif au Code des frontières Schengen s'opposaient à une législation conférant aux autorités locales une compétence pour contrôler dans cette zone l'identité de toute personne en vue de vérifier la légalité de leur séjour indépendamment d'un comportement et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public. La législation locale doit encadrer cette compétence qui ne doit pas entraîner « *un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* ». En France, tel est précisément le cas des contrôles exercés dans le cadre de l'article 78-2, alinéa 4 du Code de procédure pénale¹⁵⁷⁶.

Une seconde faille du dispositif européen réside dans la mise en œuvre des mesures de départ forcé visant une personne impliquée dans des agissements terroristes mais ne faisant l'objet d'aucune procédure d'extradition ou poursuite pénale. Si elle ne vise pas expressément ce cas de figure, la directive « *retour* » du 16 décembre 2008 habilite les Etats à prononcer un placement en rétention administrative pour six mois pour faciliter l'exécution du départ forcé. Elle n'apporte cependant aucune réponse spécifique dans l'hypothèse où les autorités ne parviennent pas à exécuter la mesure, faute notamment de trouver un pays d'éloignement. En pratique, cette hypothèse est loin d'être isolée.

C'est le cas si l'intéressé est ressortissant d'un pays où il risque d'être exposé à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La directive autorise ici les Etats à prolonger le maintien en rétention pour 18 mois¹⁵⁷⁷. La réforme du 16 juin 2011 avait retenu un délai de placement aussi exceptionnel pour les étrangers mis en cause dans des agissements terroristes, sans que l'on sache réellement si les autorités françaises avaient, dans le passé, été confrontées à une difficulté pour éloigner des étrangers soupçonnés de tels actes. Si le Conseil constitutionnel a censuré la possibilité de maintenir le placement en rétention pour 18 mois, un placement pour une durée exceptionnelle de six mois reste possible.

Cette situation marque une nouvelle fois les limites de la contribution du droit administratif à la lutte contre le terrorisme par rapport aux volets « traditionnels » de cette lutte (sanction pénale, entre-aide judiciaire, extradition, signalement...). Dans le cas présent, il

¹⁵⁷⁶ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, Rec., p. I-05667. Dans l'attente d'une modification de la loi française, les contrôles d'identité diligentés dans le cadre de cette compétence peuvent être contestés au regard du droit de l'Union (Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 2010, req. n° 09-70462, *Préfet des Pyrénées-Orientales* : illégalité d'un contrôle et du placement en rétention pris en conséquence). On rappellera que l'article 23 du règlement n° 562/2006 du 15 mars 2006 autorise les Etats à réintroduire temporairement des contrôles aux frontières intérieures en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure pour trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave. Sous la même réserve, ces contrôles peuvent être maintenus pour des périodes renouvelables de trente jours au maximum. Si les événements sont prévisibles, l'Etat doit informer ses partenaires et la Commission (article 24). En cas d'urgence, l'Etat peut, « *exceptionnellement et immédiatement* », réintroduire des contrôles.

¹⁵⁷⁷ Sans se référer à des motifs d'ordre public particulièrement forts, l'article 15, § 6 de la directive du 16 déc. 2008 se borne à viser le cas où « il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ».

s'agit en effet moins de prévenir une menace terroriste que d'assurer le départ d'une personne afin d'éviter la réitération d'un comportement préjudiciable à l'ordre public. Tout en interdisant les solutions les plus extrêmes, au premier rang desquels un internement administratif qui ne serait pas balisé dans le temps, le droit de l'Union européenne ne suggère aucune solution appropriée. Existe-t-elle tout simplement en dehors d'une assignation à résidence potentiellement illimitée ?

Une dernière réserve concerne le droit communautaire de la protection. La directive n° 2004/83 du 29 avril 2004 entretient une ambiguïté dans sa volonté de baliser le séjour des candidats à l'asile et des réfugiés. Dans le même temps, elle évite de menacer l'effectivité de la convention de Genève du 28 juillet 1951 en renvoyant littéralement à son cadre d'exclusion. Au final, elle reproduit les mêmes clauses qui visent les crimes contre la paix, de guerre ou contre l'humanité, les crimes graves de droit commun commis en dehors du pays d'accueil et les agissements contraires aux buts et principes des Nations unies¹⁵⁷⁸. Simultanément, elle élude des limites propres au terrorisme en s'abstenant, au même titre que la convention de Genève, de définir une procédure spécifique qui aurait contraint les Etats à définir la notion d'agissement terroriste.

Cette dernière lacune a conduit la Cour de justice de l'Union européenne à préciser en 2010 la portée de la clause d'exclusion pour garantir un socle de garanties minimales¹⁵⁷⁹. Elle a estimé que l'exclusion du statut de réfugié d'un individu ayant appartenu à une organisation appliquant des méthodes terroristes devait être subordonné à un examen précis et individuel des faits pour mesurer si l'intéressé entrait dans le champ de la clause d'exclusion. La seule appartenance à une telle organisation ne justifie donc pas l'exclusion automatique du statut de réfugié. La participation aux activités d'un groupe terroriste n'entraîne pas non plus l'application mécanique de la clause d'exclusion qui présuppose un examen complet des circonstances propres à chaque cas.

Dans son appréciation, l'autorité administrative doit plus particulièrement pouvoir imputer à la personne concernée une part de responsabilité individuelle des actes commis par l'organisation terroriste durant la période où elle en était membre et examiner le rôle qu'elle a effectivement joué, sa position, son degré de connaissance des activités, les pressions auxquelles elle aurait été soumise. L'application de la clause d'exclusion n'est, en tout état de cause, pas subordonnée au fait que la personne représente un danger actuel pour l'Etat dès lors que cette clause ne vise à sanctionner que des actes commis dans le passé¹⁵⁸⁰.

Vincent Tchen

¹⁵⁷⁸ Directive, article 12 et Convention de Genève, article 1er, F.

¹⁵⁷⁹ CJUE, Grde ch., 9 nov. 2010, *Allemagne c. B et D*, aff. jtes C-57/09 et C-101/09, Rec. p. I-10979. V. dans ce sens, en France, CE, 26 janv. 2011, req. n° 312833, *X* et CE, 14 juin 2010, req. n° 320630, *M. Kayijuka : Dr. adm.* août 2010, comm. 119, V. Tchen.

¹⁵⁸⁰ Les Etats membres peuvent toujours reconnaître une protection au titre de leur droit national à une personne exclue du statut de réfugié en vertu de l'une des clauses d'exclusion de la directive. Cet autre type de protection ne doit toutefois pas comporter de risque de confusion avec le statut de réfugié.

La lutte contre le terrorisme en Italie

au prisme des droits européens

Stratifiée et fragmentée, la législation anti-terroriste actuellement en vigueur en Italie est le résultat d'un processus « *d'accumulation* » de dispositifs répressifs et préventifs qui se sont succédés au fil des années pour lutter contre les différents visages de ce célèbre « *personnage historique* »¹⁵⁸¹ qu'est le terrorisme entendu sous sa double déclinaison de terrorisme politique interne des années 1970 et de terrorisme international, global, « *l'hyper-terrorisme* » du siècle présent qui s'est manifesté, de manière spectaculaire et sanglante, le 11 septembre 2001¹⁵⁸².

Bien que la législation italienne anti-terroriste reste éloignée du modèle états-unien d'« *anéantissement de l'ennemi* », elle reste tout de même une législation « *adaptée à l'ennemi* »¹⁵⁸³. Elle se caractérise par l'existence d'un sous-système ou de sous-systèmes qui, à travers la combinaison entre dispositifs répressifs et préventifs, peuvent déboucher sur de très grandes tensions concernant les garanties constitutionnelles et conventionnelles relatives aux droits et libertés fondamentaux¹⁵⁸⁴.

Une première tension tient à l'opposition constante entre les impératifs de la répression pénale et l'exigence de sauvegarde de la liberté personnelle et du droit au procès équitable. De surcroît, la dimension « *internationale* » du terrorisme relance de manière aiguë la question de l'utilisation légitime de la violence par des civils ou des mouvements de résistance contre des régimes autoritaires ou des forces armées d'occupation¹⁵⁸⁵.

A cette tension que l'on peut définir comme étant « *classique* » et qui est bien connue dans l'histoire de la lutte contre le terrorisme, s'ajoute une seconde qui découle précisément de la nouvelle dimension « *globale* » et « *transnationale* » de ce phénomène. Elle tient à l'exigence de protéger les droits et les libertés des personnes soupçonnées d'activités terroristes auxquels les nouveaux dispositifs de *prévention* peuvent porter atteinte.

S'agissant des mesures de « *gel* » des avoirs d'individus ou d'organisations publiques décidées par la communauté internationale ou de « *l'expulsion* » des suspects terroristes par les

¹⁵⁸¹ H. Laurens, « Le terrorisme comme personnage historique » in M. Delmas-Marty, H. Laurens (sous la dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS Editions, 2009, pp. 1 et s.

¹⁵⁸² La formule « *hyper-terrorisme* » est empruntée à M. Delmas-Marty, « *Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté de valeurs ?* » in M. Delmas-Marty, H. Laurens (sous la dir.), *Terrorismes, op. cit.*, pp. 165 et s.

¹⁵⁸³ Pour ces expressions, V. respectivement : R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008 et G. Flora, « Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 62.

¹⁵⁸⁴ V. notamment C. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale : garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2010 ; C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo : percorsi comparati*, Torino, Giappichelli, 2010 ; M. Cavino, M.G. Losano, C. Tripodina (sous la dir.), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali : atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Alessandria, 9 maggio 2008*, Torino, Giappichelli, 2009 ; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006.

¹⁵⁸⁵ V. notam. S. Moccia (sous la dir.), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, Jovene, 2009 ; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale, op. cit.* ; A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008 ; C. De Maglie, S. Seminara (sous la dir.), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, CEDAM, 2007.

autorités administratives nationales, la sphère des droits et des libertés menacés par la prévention du terrorisme s'est élargie : elle comprend le droit de propriété, le droit à la vie privée et familiale, le droit à un recours effectif, jusqu'à la protection des individus des traitements inhumains ou dégradants¹⁵⁸⁶.

Finalement, à l'instar d'autres législations européennes, la législation anti-terroriste italienne a évolué dans l'urgence et l'émotion suscitée par les attaques terroristes qui frappèrent les territoires américain puis européen. La Constitution italienne ne prévoyant pas de « régime d'exception », les nouveaux dispositifs anti-terrorisme ont été élaborés sur la base des notions de « nécessité » et « urgence » prévues par l'article 77 de la Constitution. Le gouvernement italien a ainsi adopté des actes normatifs, ayant force de loi (décrets-lois) mais avec un délai de validité de 60 jours. Ces actes nécessitent de l'approbation *a posteriori* du Parlement auquel ils sont présentés afin de revêtir une forme législative. Le débat au sein de l'Assemblée a ainsi permis que certaines violations des libertés constitutionnelles, initialement envisagées par le Gouvernement, soient fortement redimensionnées, voire totalement éliminées, par les lois dites « de conversion »¹⁵⁸⁷.

En suivant cette procédure législative, une première série de textes a été ainsi adoptée en septembre et octobre 2001. Il s'agit de dispositifs visant l'adaptation de l'arsenal pénal préexistant¹⁵⁸⁸ à la nouvelle dimension globale et transnationale du terrorisme, ainsi que la mise en œuvre des nouvelles mesures de prévention du financement du terrorisme prévus dans les ordres juridiques international et européen¹⁵⁸⁹.

Une seconde série, qui reste probablement la plus problématique en ce qui concerne le respect des garanties constitutionnelles et conventionnelles, a été introduite au lendemain des attaques de Londres de 2005. Il s'agit de dispositifs qui visent essentiellement le renforcement des pouvoirs des autorités administratives et de police en matière de prévention du terrorisme

¹⁵⁸⁶ V. respectivement, F. Salerno, (sous la dir.), *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali. Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara (12 e 13 dicembre 2008)*, Padova, CEDAM, 2010 ; P. Bonetti, « Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. I. L'applicazione agli stranieri delle norme comuni sul terrorismo », in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n° 3, 2005, pp. 13 et s. et « Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. II. Il terrorismo nelle norme speciali e comuni in materia di stranieri, immigrazione ed asilo », *ibid.*, n° 4, 2005, pp. 13 et s. ; v. également la contribution d'A. Amicelle, « Désigner et Geler : les listes noires de l'Union européenne », p. 165.

¹⁵⁸⁷ Dans cette contribution nous ferons toujours référence aux textes des lois de conversion. Sur le recours aux décrets-lois dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, V. G. Di Cosimo, « Costituzione ed emergenza terroristica », in M. Meccarelli, C. Sotis, P. Palchetti (sous la dir.), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2011, pp. 323-336.

¹⁵⁸⁸ Cet arsenal pénal remonte à la fin des années 1970 ; l'époque durant laquelle furent introduites les premières mesures pour faire face à l'urgence du terrorisme politique interne, notamment par le décret-loi n° 625 du 15 déc. 1979 portant mesures urgentes pour la protection de l'ordre démocratique et de la sécurité publique, converti, avec modifications, par la loi n° 15 du 6 fév. 1980.

¹⁵⁸⁹ Il s'agit, d'une part, du décret-loi n° 374 du 18 oct. 2001 portant dispositions urgentes pour la lutte contre le terrorisme international, converti, avec modifications, par la loi n° 438 du 15 déc. 2001 ; et, d'autre part, du décret-loi n° 353 du 28 sept. 2001 portant mise en œuvre des sanctions pour les violations des mesures visant les Talibans, converti, avec modifications, par la loi n° 415 du 27 nov. 2001 portant mise en œuvre des mesures de gel de fond adopté au fondement de la résolution 1333 (2000) du Conseil de sécurité des Nations unies et du règlement n° 467/2001/CE du Conseil du 6 mars 2001 ainsi que du décret-loi n° 369 du 12 oct. 2001 portant mesures urgentes pour la répression du financement du terrorisme international, converti, avec modification, par la loi n° 431 du 14 déc. 2001.

ainsi que l'introduction des nouvelles infractions terroristes envisagées par le droit européen¹⁵⁹⁰.

Champ juridique « *complexe* », en raison des processus d'interaction normative et jurisprudentielle entre ordres juridiques différents mais interférents (national, européen, et international), la législation anti-terroriste italienne est marquée par une inévitable « *incomplétude* » relevant du processus d'élaboration non hiérarchique des normes. Elle est également marquée par une « *incohérence* » relevant de la redistribution des pouvoirs qui caractérise la stratégie de lutte contre le terrorisme tantôt à l'échelle nationale, où les rapports entre les pouvoirs se sont modifiés en faveur du pouvoir exécutif, tantôt à l'échelle internationale, où l'apparition de nouveaux circuits répressifs, alternatifs ou complémentaires a permis la montée en puissance du pouvoir judiciaire¹⁵⁹¹.

Le prisme du droit européen permet de révéler les caractéristiques de la législation italienne anti-terroriste : d'une part, l'activité normative de l'Union européenne trace les trajectoires enchevêtrées du durcissement de la répression pénale (I) et, d'autre part, la politique jurisprudentielle des juges européens marque l'horizon de l'encadrement de la prévention administrative (II).

I- Le durcissement de la répression pénale

A- L'expansion des infractions terroristes

Dans l'ordre juridique italien, le terrorisme est puni à la fois en tant qu'acte individuel et en tant qu'acte collectif. Les différentes infractions terroristes partagent la même structure binaire : au premier élément, représenté par les « *actes violents* » qui constituent le moyen de réalisation de l'attentat, se greffe un second élément de nature téléologique, à savoir « *le but* » que l'auteur de l'infraction souhaite atteindre.

Au lendemain du 11 septembre, l'attention du législateur s'est d'emblée concentrée sur l'infraction d'association terroriste, déjà prévue par l'article 270 *bis* CP, pour adapter l'infraction déjà existante à la nouvelle dimension « *internationale* » de cette infraction¹⁵⁹². Le législateur de 2001 a précisé que le but du terrorisme est intégré même lorsque les actes violents visent un « *Etat étranger, une institution ou une organisation internationale* » tandis que le but autonome du renversement de l'ordre démocratique reste limité aux actes visant les

¹⁵⁹⁰ Il s'agit du décret-loi n° 144 du 27 juil. 2005 portant mesures urgentes de lutte contre le terrorisme international, converti, avec modification, par la loi n° 155 du 31 juil. 2005. Ce décret sera ensuite modifié par le décret-loi n° 272 du 30 déc. 2005, converti, avec modification, par la loi n° 49 du 21 févr. 2006. Aux textes introduits en 2001 et en 2005 qui représentent des véritables tournants dans la lutte contre le terrorisme, il faut ajouter un ensemble de textes, adoptés à partir de 2003, portant ratification des conventions internationales adoptées en matière de lutte contre le terrorisme et, de manière plus large, en matière de criminalité organisée : il s'agit notamment de la loi n° 7 du 14 janv. 2003 portant ratification de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 déc. 1999 ; de la loi n° 34 du 14 févr. 2003 portant ratification de la Convention des Nations Unies pour la répression des attentats de terrorisme à l'explosif du 17 déc. 1997 ; de la loi n° 146 du 16 mars 2006 portant ratification de la Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational de 15 nov. 2000 et 31 mai 2001.

¹⁵⁹¹ Sur la « loi des 3 C », dégagée du Théorème de Gödel et transposée des ensembles mathématiques aux autres ensembles formels (plus la complexité augmente, plus la complétude et la cohérence diminuent), V. M. Delmas-Marty, « La tragédie des 3 C », Préface in M. Doat, J. Le Goff, Ph. Pedrot (sous la dir.), *Droit et complexité - Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses Université de Rennes, 2007, pp. 7-12.

¹⁵⁹² V. A. Valsecchi, « Il problema della definizione di terrorismo », *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2004, pp. 1127 et s.; C. Cupelli, « Il nuovo articolo 270 *bis* c.p.: emergenze di tutela e deficit di indeterminazione », *Cassazione penale*, 2002, 3, pp. 897 et s.

structures fondamentales de l'Etat italien¹⁵⁹³. Suite à ces modifications, l'infraction d'« *association ayant le but de terrorisme ou de renversement de l'ordre démocratique* » est ainsi définie : « 1. *Quiconque promeut, crée, organise, gère ou finance des organisations visant à commettre des actes de violence dans un but de terrorisme ou de renversement de l'ordre démocratique est puni de sept à quinze ans d'emprisonnement. 2. Quiconque participe auxdites associations est puni de cinq à dix ans d'emprisonnement. Aux fins de la loi pénale, le but de terrorisme est intégré même lorsque les actes de violence visent un Etat étranger, une institution ou une organisation internationale* »¹⁵⁹⁴.

Ce cadre normatif a ultérieurement évolué après les attentats de Londres de 2005. La loi n° 155 de 2005 a introduit non seulement de nouvelles « *infractions terroristes* », telles que le recrutement (article 270 *quater* CP), l'entraînement (article 270 *quinquies* CP), ainsi que la circonstance aggravante d'incitation ou d'apologie du délit de terrorisme (article 414, alinéa 4 CP), mais elle a également introduit une définition d'« *actes terroristes* » (article 270 *sexies* CP) issue de l'article 1 de la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme¹⁵⁹⁵.

Aux termes du nouvel article 270 *sexies* CP, les « *actes terroristes* » sont définis comme « *des actes qui, par leur nature ou en raison de leur contexte, peuvent être la cause de dommages graves pour un pays ou une organisation internationale et sont commis dans un but d'intimidation ou afin de contraindre les autorités publiques ou une organisation internationale à effectuer, ou s'abstenir d'effectuer, un acte quelconque, ou de déstabiliser ou de détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques et sociales essentielles d'un pays ou d'une organisation internationale, ainsi que d'autres types de conduite terroriste ou effectuée dans un but de terrorisme envisagés par les conventions et les autres traités internationaux dont l'Italie est signataire* »¹⁵⁹⁶.

A la différence de l'article 1 de la décision-cadre 2002/475/JAI, la définition « *nationale* » du terrorisme ne reproduit pas l'énumération des actes intentionnels visés par l'auteur de l'infraction qui sont constitutifs d'infractions spécifiques. Elle se limite à reprendre la formule « *actes qui, par leur nature ou en raison de leur contexte, peuvent être la cause de dommages graves pour un pays ou une organisation internationale* ».

En revanche, l'article 270 *sexies* CP reprend l'articulation de l'élément subjectif envisagée par la décision-cadre. Il en ressort que, contrairement à l'infraction d'association terroriste contenue dans l'art 270 *bis*, la finalité de renversement de l'ordre démocratique (« *déstabilisation ou destruction des structures politiques, économiques et sociales d'un pays ou d'une organisation internationale* ») perd son autonomie et devient, avec « *l'intimidation* » et la « *contrainte* », une des trois manifestations alternatives du but terroriste. L'article 270 *sexies*

¹⁵⁹³ Cette interprétation authentique du but du terrorisme était nécessaire car, avant la réforme de 2001, la jurisprudence avait délimité le champ d'application de l'infraction d'association terroriste aux actes terroristes visant les structures fondamentales de l'Etat « *italien* » et non celles des Etats « *étrangers* » (V., par exemple, Cour de cassation italienne, 5^{ème} section, n° 561, 30 janv. 1996, *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1997, pp. 1332 et s.).

¹⁵⁹⁴ Article 270 *bis* CP (traduction non-officielle).

¹⁵⁹⁵ Conseil de l'Union européenne, **Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme**, JO L 164, 22 juin 2002, p. 3. Elle sera ensuite modifiée par 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, JO L 330, 9 déc. 2008, p. 21.

¹⁵⁹⁶ Article 270 *sexies* CP (traduction non-officielle). V. A. Valsecchi, « La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo articolo 270-sexies c.p. », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 1126 et s.

se clôt par une formule qui permet de qualifier de terroriste « *tout comportement considéré comme tel par le droit international conventionnel* ».

Toute comme la définition européenne du terrorisme¹⁵⁹⁷, celle du droit italien est donc une définition « *ouverte* ». Elle est ouverte non seulement dans le temps puisqu'elle peut s'étendre à d'autres « *actes terroristes* » envisagés par les conventions et les autres traités internationaux dont l'Italie est signataire, mais également dans l'espace puisqu'elle érige le juge italien en protecteur de l'ordre politique, économique et sociale de tout Etat étranger, y compris ceux gouvernés par des régimes dictatoriaux ou tyranniques. De ce fait, elle n'effectue aucune distinction entre un usage légal ou illégal de la violence, du moins lorsque cette dernière implique des victimes civiles.

De surcroît, cette définition laisse ouverte la question de la qualification en tant que terroristes des actes commis « *en période de conflit armé* ». En vertu du considérant n° 11 de la décision-cadre – conformément auquel l'article 270 *sexies* CP doit être interprété¹⁵⁹⁸ – le droit européen « *ne régit pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, ni les activités menées par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international* ».

Ces questions, strictement liées, s'étaient en effet déjà posées dans la jurisprudence nationale avant l'introduction de l'article 270 *sexies* lorsqu'un juge du Tribunal de Milan avait annulé, pour manque de base légale, l'arrestation de certains individus suspectés d'être impliqués dans la préparation, sur le territoire italien, d'attentats suicides contre l'armée américaine en Irak¹⁵⁹⁹. En l'absence d'une définition nationale d'« *acte terroriste* », ce juge avait fondé sa propre décision sur le Projet de Convention générale sur le terrorisme international qui dispose que les actes qui sont réalisés « *lors d'un conflit armé* », y compris par des forces armées non officielles, ne peuvent pas être poursuivis en tant qu'actes terroristes¹⁶⁰⁰.

Cette décision, qui avait fait l'objet de critiques virulentes dans l'opinion publique, n'a pas été suivie par d'autres juges appelés à se prononcer sur les mêmes affaires en raison de leur compétence territoriale. Ces derniers estimaient que la définition du terrorisme, ne pouvant certainement pas être recherchée dans un « *Projet* » de Convention internationale, mais devait être recherchée en revanche dans les « *choix politiques de fond* » qui auraient inspiré le législateur de 2001. Or, ce sentiment empêcherait de considérer comme des actes de guérilla – et donc des actes légitimes et justifiés – des actions violentes conduites par des individus « *qui se font porteurs d'une idéologie extrémiste islamiste et qui menacent les armées européennes (dont l'armée italienne) engagées sur le terrain de conflits internationaux* »¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁷ V. dans le présent rapport la contribution Sur la définition juridique du terrorisme dans le cadre international et européen, p. 27.

¹⁵⁹⁸ Sur l'obligation qui incombe aux autorités des Etats membres d'interpréter le droit national à la lumière du texte et de la finalité des décisions-cadres, V. le célèbre arrêt de la CJCE, 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, Rec. 2005, p. I-05285.

¹⁵⁹⁹ Tribunal de Milan, arrêt-ordonnance, 24 janv. 2005, *Drissi*, *Foro italiano*, 2005, II, c. 219 (obs. Iuzzolino e Pioletti).

¹⁶⁰⁰ En 1996, l'Assemblée générale de l'ONU a créé un comité *ad hoc* pour élaborer une Convention générale sur le terrorisme international. Le processus d'adoption de cette Convention est encore en suspens la communauté internationale n'arrivant pas à se mettre d'accord sur la définition de terrorisme et, par conséquent, sur le champ d'application de la Convention. La Sixième Commission a recommandé, à la fin des travaux de sa 30^{ème} séance, de créer, lors de la 67^{ème} Session de l'Assemblée générale tenue du 25 sept. Au 1^{er} oct. 2012, la création d'un groupe de travail chargé de finaliser le projet de convention générale sur le terrorisme international.

¹⁶⁰¹ Tribunal de Brescia, ordonnance, 31 janv. 2005, *Drissi*, *Foro italiano*, 2005, II, c. 218 et s.

A ces interprétations – toutes les deux critiquables dans la mesure où elles visent à combler l'absence d'une définition normative du terrorisme par des considérations de nature socio-politique faiblement masquées par des arguments juridiques – s'opposait une autre orientation interprétative qui, en vue de respecter les exigences relevant de la dimension matérielle de la légalité pénale, a préféré rechercher des éléments interprétatifs dans le droit positif, européen et international. Dans cette perspective, certains juges ont valorisé la définition du terrorisme consacrée par la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, signée à New York le 9 décembre 1999 et entrée en vigueur le 10 avril 2002¹⁶⁰².

L'article 2 de cette convention, ratifiée par l'Italie en 2003, considère comme étant terroriste tout « *acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil ou toute autre personne qui ne participe pas directement 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 accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque* ». En vertu de cette définition, le critère de la « *nature de la victime* » devient donc central pour déterminer si un comportement constitue un acte de guerre, relevant de la sphère du *ius in bello*, ou bien un acte de terrorisme, punissable aux termes de l'article 270 bis CP. Pourvu que la victime soit « *un civil ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités* », l'acte violent peut être également être qualifié de terroriste s'il est réalisé dans le cadre d'un conflit armé¹⁶⁰³.

L'introduction dans l'ordre juridique italien de la définition du terrorisme issue du droit européen – qui, comme nous l'avons vu, ne fait aucune référence à la « *qualité de la victime* » – a posé la question de ses rapports avec la définition du terrorisme prévue par la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et applicable, elle aussi, dans l'ordre juridique national. La Cour de cassation a donné une réponse à cette question en précisant que les deux définitions du terrorisme, partiellement divergentes, sont autonomes et complémentaires¹⁶⁰⁴.

Selon la Cour, et conformément à la lettre et à l'esprit de la décision-cadre 2002/475/JAI, la définition « *européenne* » demeure applicable uniquement aux actes de terrorisme commis « *en temps de paix* »¹⁶⁰⁵. Par conséquent, elle ne remplace pas, mais se superpose à la définition du terrorisme prévue par l'article 2 de la Convention pour la répression du financement du terrorisme, applicable aux actes commis en période de conflit armé à condition qu'ils visent des civils ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités. Selon la Cour, cette définition doit par ailleurs être complétée par les « *motifs politiques, religieux ou idéologiques* » qui sont considérés comme un élément essentiel à tout acte terroriste selon le droit international coutumier¹⁶⁰⁶.

Cette définition du terrorisme « *en période de conflit armé* » relevant du droit international coutumier demeure toutefois encore instable. Dans une décision récente, le Tribunal de Naples a acquitté les membres d'une cellule accusés d'avoir récolté des fonds destinés au financement des « *Tigres Tamouls* » impliqués dans une activité terroriste « *ciblante* »

¹⁶⁰² V. notam. Tribunal de Milan (Assise), 9 mai 2005, *Bouyahia Hammadi*, *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2005, pp. 821 et s.

¹⁶⁰³ Pour une analyse de cette jurisprudence, V. F. Viganò, « *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e articolo 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale* », *Cassazione penale*, 2007, 10, pp. 3953 et s.

¹⁶⁰⁴ Cour de cassation, 1^{ère} section pénale, 17 janv. 2007, *Bouyahia Maher et al.*, n° 1072.

¹⁶⁰⁵ V. le considérant n° 11 de la décision-cadre 2002/475/JAI *op. cit.*

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

le gouvernement, des forces militaires, des institutions, des organisations, des citoyens ainsi que d'autres cibles civiles dans le Sri Lanka »¹⁶⁰⁷.

Ce Tribunal estimait que la Cour de cassation aurait en effet commis une erreur en considérant existante en droit international coutumier une définition du terrorisme « *en période de conflit armé* ». S'appuyant sur une décision provisoire rendue le 16 février 2011 par la Chambre d'appel du Tribunal Spécial pour le Liban, le Tribunal de Naples considère que la définition du terrorisme contenue dans l'article 2 de la Convention pour la répression du financement du terrorisme doit être coordonnée avec le droit international humanitaire, et notamment avec les quatre Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles de 1977. Ces derniers punissent les actes des forces armées qui ont pour but de terroriser la population civile non en tant qu' « *actes de terrorisme* » mais en tant que « *crimes contre l'humanité* » ou « *génocide* ».

Cette interprétation conduit le Tribunal à affirmer qu'un acte violent commis par une armée ou un mouvement de libération et visant intentionnellement la population civile ou des personnes qui ne participent pas activement au conflit armé ne peut être qualifié et puni en tant qu'acte de terrorisme, mais uniquement en tant que crime de guerre, crime contre l'humanité ou génocide, à condition évidemment que les éléments relevant du contexte de ces crimes (attaque généralisée ou systématique) soient intégrés¹⁶⁰⁸.

La notion du terrorisme demeure donc encore évolutive. Tandis que les juges nationaux essaient de réserver un espace de légitimité à l'action des armées ou des mouvements de libération en période de conflit armé, les Etats européens font montre d'un consensus pour une notion de terrorisme encore plus politique que juridique, en raison de son caractère imprécis et « *ouvert* », qui s'accompagne de la mise en œuvre de la part des Etats d'une procédure pénale dérogatoire au droit commun.

B- L'extension de dispositifs procéduraux dérogatoires

Le durcissement de la répression pénale ne passe pas seulement par « *l'expansion* » des incriminations terroristes, il passe aussi par « *l'extension* » à ce domaine des dispositifs procéduraux dérogatoires prévus en matière de criminalité organisée.

Après le 11 septembre, ce processus s'est articulé autour de deux axes qui se caractérisent par une relative « *sécurité constitutionnelle* ». En effet, il s'agissait, d'une part, de définir les conditions du transfert au domaine de la lutte contre le terrorisme des dispositifs dérogatoires déjà applicables dans le domaine de la criminalité organisée¹⁶⁰⁹ et, d'autre part, d'assurer la transposition dans l'ordre juridique national des instruments de droit international ou européen visant le renforcement de la coopération internationale dans le domaine du terrorisme et, plus généralement, de la criminalité organisée¹⁶¹⁰.

C'est ainsi que la loi n° 438 de 2001 a, tout d'abord, prévu la centralisation au niveau régional des fonctions de procureur, de juge d'instance chargé de l'enquête préliminaire (GIP)

¹⁶⁰⁷ Tribunal de Naples, 13 jan. 2012. Sur cet arrêt, V. les observations de A. Valsecchi, « Sulla definizione di terrorismo 'in tempo di guerra' », *Diritto penale contemporaneo*, 2012; et de I. D'Alessandro, « A proposito delle Tigri Tamil », *Archivio penale*, n° 2, 2012, pp. 1 et s.

¹⁶⁰⁸ Tribunal de Naples, 13 jan. 2012, *op. cit.*

¹⁶⁰⁹ V. « Commento articolo per articolo al d.l. 18 ottobre 2001 n. 374, conv. in l. 15 dicembre 2001 n. 438 », *Legislazione penale*, 2001, pp. 777 et s.; L. Filippi, « Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali », *Diritto penale e processo*, 2002, pp. 163 et s.

¹⁶¹⁰ V. G. Melillo, A. Spataro, P. Vigna, *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, Giuffrè, 2004.

et de juge chargé de l'audition préliminaire (GUP) pour toute infraction ayant une finalité de terrorisme. Cette modification vise l'affinement des enquêtes en matière de terrorisme et répond à l'exigence (déjà inscrite dans le Traité d'Amsterdam et dans le Programme de Tampere) d'établir des points de contact unitaires et centralisés afin d'améliorer la coordination des autorités judiciaires nationales dans la lutte contre la criminalité organisée et transnationale¹⁶¹¹.

Avec l'objectif de rendre plus efficace l'action de prévention des enquêteurs visant à déjouer attentats et autres menaces terroristes, le législateur de 2001 a ensuite étendu aux infractions terroristes le régime de la surveillance et des opérations sous couverture applicable à d'autres infractions graves (blanchiment d'argent, trafic d'armes ou de stupéfiants, etc.) ainsi que le régime de perquisition de bâtiments entiers afin de rechercher des éléments de preuve d'une infraction terroriste¹⁶¹².

Le renforcement de l'action préventive de la police judiciaire est aussi au cœur de la législation de 2005 visant une autonomisation de la police judiciaire vis-à-vis de l'autorité judiciaire ainsi qu'un élargissement ultérieur de ses pouvoirs. Les mesures introduites par ce texte ont mis à l'épreuve les principes constitutionnels applicables en matière de procédure pénale¹⁶¹³.

En matière de contrôle et de vérification d'identité, le délai maximal pour procéder aux opérations d'identification sur initiative de la police judiciaire a été porté de 12 à 24 heures, lorsque « *l'identification se révèle particulièrement complexe en raison de l'exigence de recevoir des informations de la part de l'autorité consulaire ou de faire appel à un interprète* ». A cette fin, le texte prévoit l'autorisation du procureur de la République, qui peut être tout aussi bien orale qu'écrite¹⁶¹⁴. C'est de même, sur la base d'une autorisation « *atypique* » du procureur (« *autorisation orale, confirmé par écrit* ») que la police judiciaire peut imposer à la personne soupçonnée de terrorisme le prélèvement de matières biologiques (cheveux ou salive) si cela s'avère nécessaire à son identification¹⁶¹⁵. Cette disposition a été fortement critiquée par la doctrine car elle confie à la police judiciaire un pouvoir de restriction des libertés sans pour autant spécifier les conditions de son application. De surcroît, elle ne prévoit aucune forme de contrôle juridictionnel *a posteriori*¹⁶¹⁶.

La question de la légitimité de l'identification par prélèvement de matière biologique est devenue encore plus aiguë depuis l'entrée en vigueur de la loi nationale d'adaptation et d'adhésion au Traité de Prüm visant à approfondir la coopération transfrontalière en matière de police, notamment dans les domaines de la lutte contre le terrorisme, de la criminalité

¹⁶¹¹ *Ibid.*

¹⁶¹² Articles 3, 4, 5 du décret-loi n° 374 du 18 oct. 2001 portant dispositions urgentes pour la lutte contre le terrorisme international, converti, avec modifications, par la loi n° 438 du 15 déc. 2001. L'article 4 relatif aux opérations sous couverture sera abrogé par la loi portant ratification à la Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée prévoyant une discipline unitaire.

¹⁶¹³ V. A. Dalia (sous la dir.), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al decreto legge 27 luglio 2005 n. 144*, Milano, Giuffrè, 2006; R. Kostoris, R. Orlandi (sous la dir.), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006; R. Cantone, « Le modifiche processuali introdotte con il "decreto antiterrorismo" (d.l. n. 144 del 2005, conv. in l. n. 155 del 2005) », *Cassazione penale*, 2005, pp. 2507 et s.

¹⁶¹⁴ Article 10, alinéa 2 du décret-loi n° 144 de 2005, converti par la loi n. 155 de 2005, modifiant l'article 349, alinéa 4 du Code de procédure pénale.

¹⁶¹⁵ Article 10, alinéa 1 du décret-loi n° 144 de 2005, converti par la loi n. 155 de 2005, introduisant l'article 349, alinéa 2 *bis*, du Code de procédure pénale.

¹⁶¹⁶ G. Leo, « Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA », *Rivista italiana medicina legale*, 2011, n° 4-5, pp. 931 et s.

organisée et de l'immigration illégale¹⁶¹⁷. Ce texte introduit une réglementation très détaillée pour le prélèvement de matière biologique pendant la procédure pénale (coordonnée, en Italie, par le procureur). Cette réglementation est empruntée à celle qui est prévue en matière de mesures provisoires : limité aux infractions les plus graves, le prélèvement doit être autorisé par l'autorité judiciaire et ne peut être réalisé sans la participation du défendeur¹⁶¹⁸.

Pourtant un tel encadrement reste insuffisant dans la mesure où il ne concerne pas le prélèvement de matière biologique susceptible d'être effectué en amont de la procédure pénale, au moment de l'identification. En effet, tandis que le prélèvement décidé durant la procédure pénale se voit soumis au contrôle juridictionnel et au principe de proportionnalité et se trouve limité aux cas où cela s'avère « *absolument indispensable aux fins de la preuve* », aucun contrôle juridictionnel, aucun critère de proportionnalité et aucune condition d'application n'intervient lorsque le prélèvement est réalisé par la police judiciaire, au moment de l'identification du suspect.

Par ailleurs, les pouvoirs de la police judiciaire en matière de garde à vue et d'arrestation en flagrant délit sont étendus. Plus précisément, la loi de 2005 réduit le seuil de peine minimale (de cinq à quatre ans) de l'arrestation obligatoire d'un individu pris en flagrant délit de terrorisme, qu'il soit national ou international, ou de renversement de l'ordre démocratique¹⁶¹⁹. Quant à la garde à vue (« *fermo di polizia* ») des suspects terroristes, la loi de 2005 n'intervient pas concernant la durée maximale – de 48 heures comme tout autre délit – mais concernant son champ d'application : elle peut être décidée pour toute infraction ayant la finalité de terrorisme, national ou international, ou celle de renversement de l'ordre démocratique, sans pour autant prévoir de seuil minimal de peine¹⁶²⁰. Cette prévision a l'effet de permettre la mise en garde à vue des individus suspectés d'avoir commis une infraction dans un but terroriste quand cette infraction n'atteint pas le seuil de gravité (et de peine) nécessaire à l'application d'une mesure provisoire privative de la liberté. Dans ce cas, la privation de la liberté du suspect terroriste se révèle évidemment disproportionnée puisqu'elle est dépourvue de toute finalité procédurale¹⁶²¹.

Comme nous l'avons déjà souligné, un deuxième axe de transformation de la procédure pénale en matière de terrorisme est représenté par l'obligation de transposition dans l'ordre juridique national des instruments relevant de la coopération judiciaire et policière de l'ancien troisième pilier de l'Union européenne. La lutte contre le terrorisme a en effet contribué de manière substantielle au développement de cette « *croissante dimension procédurale* » de la

¹⁶¹⁷ Loi n° 85 du 30 juin 2005 portant adhésion au Traité de Prüm et portant institution d'une banque d'ADN. Le Traité de Prüm a été signé le 27 mai 2005 par sept Etats membres de l'Union européenne (Autriche, Allemagne, Belgique, Espagne, France, le Luxembourg et Pays-Bas).

¹⁶¹⁸ V. le nouvel article 359 *bis* du Code de procédure pénale.

¹⁶¹⁹ V. A. Scaglione, « *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria* », *Cassazione penale*, 2006, pp. 316 et s. et « *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo* », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 2-3, pp. 575 et s.

¹⁶²⁰ Article 13, alinéa 3, décret-loi n. 144 de 2005, converti par la loi n. 155 de 2005, modifiant l'article 384, alinéa 1, du Code de procédure pénale.

¹⁶²¹ A. Scaglione, « *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo* », *op. cit.* Cet argument a été utilisé par la Cour constitutionnelle italienne (arrêt n° 223 du 15 juil. 2004) pour annuler l'arrestation en flagrant délit prévue pour l'étranger en situation irrégulière demeurant sur le territoire national en violation d'un ordre d'éloignement. La Cour a conclu au caractère disproportionné de l'arrestation puisque la nature contraventionnelle de l'infraction ne permettait pas sa conversion en mesure provisoire. Sur cette question, V. L. d'Ambrosio, « *De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie* », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, pp. 120-139.

politique criminelle européenne autour des notions de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires¹⁶²².

L'emblème de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires est certainement la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen¹⁶²³ qui a été transposée, non sans réserves de la part de la doctrine¹⁶²⁴, dans l'ordre juridique italien par la loi n° 69 du 22 avril 2005¹⁶²⁵. En ce qui concerne la coordination et la coopération entre autorités policières et judiciaires, la mise en œuvre des dispositifs européens introduits dans les secteurs spécifiques du terrorisme reste largement non accomplie. Tandis que le législateur italien a transposé dans l'ordre juridique national la décision-cadre instituant Eurojust et qu'il a adhéré, comme nous l'avons vu, au Traité de Prüm, la décision 2005/671/JAI relative à l'échange d'information et à la coopération policière en matière de terrorisme n'a trouvé écho que dans un projet de loi présenté en 2009 et qui tend à l'attribution à la Direction nationale anti-mafia de la coordination des enquêtes en matière de terrorisme¹⁶²⁶.

II- L'encadrement de la prévention administrative

A- La mise en œuvre des mesures de « gel » des avoirs à l'épreuve du droit de défense

La prévision d'une procédure nationale de mise en œuvre des mesures internationales de « gel » des avoirs des personnes, groupes et entités suspectés d'actes de terrorisme¹⁶²⁷ a permis à l'Italie de s'inscrire dans la stratégie « globale » de lutte contre le financement du terrorisme. Le Conseil de sécurité des Nations Unies avait déjà adopté une résolution obligeant les États à procéder au gel préventif des avoirs des Talibans après les attaques contre les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie de 1998. Après les attentats du 11 septembre 2001, ces mesures deviennent en outre les instruments privilégiés utilisés par la Communauté internationale à des fins de prévention du terrorisme international¹⁶²⁸.

La procédure de mise en œuvre de ces mesures – considérées comme des sanctions « intelligentes » dans la mesure où elles permettent de cibler des individus sans produire des conséquences néfastes sur les États ou la collectivité – reste assez complexe, impliquant plusieurs niveaux institutionnels et normatifs, imbriqués et enchevêtrés. Un système centralisé de listing a été créé auprès du Conseil de sécurité en vertu de la résolution 1267. Celui-ci, à travers un Comité des sanctions, rédige une liste sur la base des propositions provenant des États. Dès lors que le nom de l'individu, de l'organisation ou de l'entité est inscrit dans la liste

¹⁶²² V. G. Giudicelli-Dèlage, S. Manacorda (sous la dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, op. cit.

¹⁶²³ V. la contribution d'A. Mégie dans le présent rapport, p. 129.

¹⁶²⁴ V. S. Manacorda, « Le mandat d'arrêt européen et l'harmonisation substantielle : le rapprochement des incriminations » in G. Giudicelli-Dèlage, S. Manacorda (sous la dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, op. cit., pp. 33 et s.

¹⁶²⁵ Loi n° 69 du 22 avr. 2005 d'adaptation du droit interne à la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil relative au mandat d'arrêt européen.

¹⁶²⁶ Cf. le projet de loi n° 1742 (XVI législature).

¹⁶²⁷ V. la contribution d'A. Amicelle dans le présent rapport, p. 165.

¹⁶²⁸ V. J.M. Sorel (sous la dir.), *La lutte contre le financement du terrorisme : perspective transatlantique*, Pedone, 2009. V. également, L. d'Ambrosio, « Terrorismo internazionale, black lists e tutela dei diritti fondamentali: l'impossibile quadratura del cerchio ? », in M. Meccarelli, C. Sotis, P. Palchetti (sous la dir.), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, op. cit., pp. 287-313.

onusienne, les Etats et les organisations régionales sont appelés à « *geler* » tous les biens existant sur leurs territoires respectifs et reductibles aux individus ou aux entités « *listés* »¹⁶²⁹.

L'existence de ce « *système centralisé* » de listing n'empêche pas la prévision de systèmes autonomes de listes au niveau régional ou national ; ce qui est désormais devenu une obligation aux termes de la résolution 1373 adoptée par le Conseil de sécurité le 28 septembre 2001¹⁶³⁰. L'Union européenne s'est ainsi dotée, avec la position commune 2001/931/PESC et une série de règlements, de sa propre procédure : la « *liste noire* » est cette fois établie par le Conseil de l'Union européenne « *sur la base d'informations précises provenant d'un Etat membre ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision a été prise par une autorité compétente à l'égard des personnes, groupes et entités visés, qu'il s'agisse de l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste, ou la tentative de commettre, ou la participation à, ou la facilitation d'un tel acte, basées sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles, ou qu'il s'agisse d'une condamnation pour de tels faits* »¹⁶³¹.

S'agissant de la procédure internationale ou de la procédure européenne de listing, le rôle joué par les Etats est presque identique : d'une part, ils ont la tâche de signaler à l'organisation supranationale les noms des individus, des organisations ou des entités suspectés d'actes terroristes (« *moment ascendant* ») ; d'autre part, ils sont obligés de mettre en œuvre dans leur propre ordre juridique les mesures adoptées au niveau supranational ; enfin, ils procèdent à l'évaluation des demandes de « *de-listing* » déposées par les destinataires, avant de les transmettre au Comité des sanctions du Conseil de sécurité ou au Conseil de l'Union européenne (« *moment descendant* »). Dans cette procédure « *complexe* » et « *circulaire* » qui comprend une instruction nationale, une décision supranationale et une mise en œuvre encore nationale, les Etats jouent donc un rôle central : c'est précisément ces deux « *moments étatiques* » – l'un ascendant et l'autre descendant – que régleme de manière détaillée un décret législatif adopté en Italie en 2007¹⁶³².

Cette loi, qui transpose également la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme¹⁶³³, rassemble dans un texte unitaire des dispositions qui étaient auparavant contenues dans plusieurs textes, lesquels s'étaient succédé à la suite de chaque « *urgence terroriste* ». Cette nouvelle loi régleme tous les aspects institutionnels et procéduraux qui permettent à l'Italie d'inscrire son action dans le système à plusieurs niveaux de lutte contre le financement du terrorisme.

Le pouvoir décisionnel est concentré dans un organisme (« *Comitato di sicurezza finanziaria* ») qui agit auprès du Ministère de l'économie et auquel revient la compétence de proposer au Conseil de sécurité ou au Conseil de l'Union européenne l'inscription des suspects terroristes dans les listes noires. La proposition d'inscription est précédée par une

¹⁶²⁹ Nations Unies, Conseil de sécurité, Résolution 1267 (1999) du 15 oct. 1999 *sur la situation en Afghanistan*, doc. S/RES/1267 (1999).

¹⁶³⁰ Nations Unies, Conseil de sécurité, Résolution 1373 (2001) du 28 sept. 2001 *sur la situation au Soudan*, doc. S/RES/1373 (2001).

¹⁶³¹ Conseil de l'Union européenne, Position commune 2001/931/PESC du 27 déc. 2001 *relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme*, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 93.

¹⁶³² Décret législatif n° 109 du 22 juin 2007, portant mesures pour la prévention et la répression du financement du terrorisme et l'activité des pays qui menacent la paix et la sécurité international et mise en œuvre de la directive 2005/60/CE.

¹⁶³³ Parlement européen et Conseil, Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 15.

instruction menée par les autorités nationales compétentes en matière de lutte contre le blanchiment : il s'agit de la Banque d'Italie qui a un rôle de coordination, et de l'Unité de renseignement financier (ci-après UIF) qui a la fonction d'analyser les informations sur les opérations suspectes ainsi que de vérifier leur fondement à travers la mobilisation de la brigade financière des forces de police (« *Guardia di Finanza* »)¹⁶³⁴.

L'UIF joue de même un rôle central dans le moment descendant de la procédure de listing. Comme nous l'avons déjà précisé, une fois que le Conseil de sécurité ou l'Union européenne ont inscrit le nom d'un individu ou d'une entité dans la liste noire, le contrôle sur la mise en œuvre de la mesure supranationale est attribué à l'UIF. Ce dernier s'assure que tous les acteurs intéressés (notamment les intermédiaires financiers) procèdent à la mise en œuvre concrète du gel¹⁶³⁵. Ce système a montré son efficacité lors de la mise en œuvre des mesures restrictives adoptées par l'Union européenne en raison de la situation en Libye.

L'articulation des compétences prévue par la législation italienne a en effet permis que les mesures restrictives adoptées à l'échelle supranationale à l'égard des institutions financières libyennes, titulaires de participations dans des entreprises nationales de première importance cotées en bourse, puissent être mises en œuvre en respectant un certain équilibre entre l'exigence d'assurer la coopération internationale dans la lutte contre le financement du terrorisme et celle de garantir la continuation de l'activité économique de ces entreprises ainsi que les droits des actionnaires¹⁶³⁶. Reste toutefois à savoir si cette réglementation peut garantir le même équilibre entre les exigences de prévention du terrorisme et les droits fondamentaux des destinataires de ces mesures préventives qui, au-delà de leur nature administrative, se distinguent pour leur contenu évidemment punitif.

Il s'agit d'une question cruciale qui a fait l'objet d'une attention particulière de la part des juges européens : suivant un cheminement en plusieurs étapes, la CJUE a obligé tous les acteurs impliqués dans la lutte globale contre le financement du terrorisme à prendre finalement « *au sérieux* » les droits des suspects terroristes inscrits dans les listes noires¹⁶³⁷.

Tandis que la CJUE, dans les décisions rendues dans la célèbre affaire *Kadi*, a enfin posé le principe fondamental selon lequel les mesures de gel des avoirs adoptés à l'échelle européenne ne bénéficient d'aucune « *immunité juridictionnelle* » pour le fait de mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹⁶³⁸, dans une décision rendue en 2006 dans l'affaire *OMPI*, le

¹⁶³⁴ Article 3 du décret législatif n° 109 de 2007.

¹⁶³⁵ Article 4 du décret législatif n° 109 de 2007.

¹⁶³⁶ L. d'Ambrosio, « L'Unione europea estende le misure restrittive alle istituzioni finanziarie libiche », *Diritto penale contemporaneo*, 16 mars 2011.

¹⁶³⁷ Sur l'articulation des rapports entre ordres juridiques européen et international après l'arrêt *Kadi I*, V. L. Bourgoigne-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (sous la dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, 2012 ; G. De Burca, « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Harvard International Law Journal*, 2010, vol. 51, 1, pp. 1 et s. ; P. De Sena, M.C. Vitucci, « The European Courts and the Security Council : Between *Dedoublement Fonctionnel* and Balancing of Values », *European Journal of International Law*, 20, 2009, pp. 193 et s.

¹⁶³⁸ CJUE (Grde ch.), 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec., p. I-06351 et s. Cette décision, qui avait renversé celle du TPICE, 21 sept. 2005 (*Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. T-315/01, Rec., p. II-03649 et s.), a été suivi par une autre décision du Tribunal de l'Union européenne du 30 sept. 2010 (*Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne*, affaire T-85/09, Rec., p. II-05177). Dans ce dernier arrêt, dit aussi « *Kadi II* » et objet d'un pourvoi devant la CJUE (aff. C-584/10, C-593/10 et C-595/10), le Tribunal a construit une théorie de l'intensité du contrôle de la légalité des mesures anti-terroristes en prenant certaines distances avec l'arrêt « *Kadi I* » rendu par la Cour de justice. En considération des nombreux commentaires sur ces arrêts parus dans la

TPICE a, quant à lui, déterminé les critères permettant de rechercher un point d'équilibre entre les exigences de prévention du financement du terrorisme et le respect du droit à un procès équitable applicable à la procédure européenne de listing¹⁶³⁹.

C'est précisément dans l'horizon tracé par ce dernier arrêt que nous allons analyser le « *segment national* » de la procédure de listing et sa conformité au droit de défense du suspect qui, selon le TPICE, montre dans ce secteur une triple facette : l'obligation de communication et le droit de l'intéressé à faire connaître utilement son point de vue ; l'obligation de motiver la décision de gel ; le contrôle juridictionnel effectif de la décision.

L'« *obligation de communication* » ainsi que le « *droit de l'intéressé à faire connaître utilement son point de vue sur les éléments à charge* » peuvent s'articuler de manière différente selon le caractère « *initial* » ou « *subséquent* » de la mesure de gel des avoirs. Dans le premier cas, le respect du droit de défense ne suppose ni que les éléments à charge soient communiqués à l'intéressé préalablement à l'adoption d'une mesure de gel ni que l'intéressé soit *a posteriori* entendu d'office. Selon le TPICE, l'intéressé a seulement le droit de se voir communiquer, soit concomitamment, soit aussitôt que possible après l'adoption d'une décision initiale de gel des fonds, les éléments retenus à sa charge pour fonder la mesure restrictive.

En revanche, toute « *décision subséquente* » de gel doit en principe être précédée d'une communication des nouveaux éléments à charge ainsi que d'une audition¹⁶⁴⁰. En effet, c'est essentiellement au niveau national que l'intéressé, sous lesdites réserves, doit être en mesure de faire connaître utilement son point de vue au sujet des éléments retenus à sa charge pour fonder la décision en question. Au niveau européen, l'intéressé doit seulement être en mesure de faire valoir utilement son point de vue sur les conditions légales d'application de la mesure en cause. Plus précisément, s'il s'agit d'une décision initiale de gel des fonds, l'existence d'informations précises ou d'éléments du dossier qui montrent qu'une décision répondant aux critères fixés par le droit européen a été prise à son égard par une autorité nationale compétente ; et, s'il s'agit d'une décision subséquente de gel des fonds, les justifications du maintien de l'intéressé sur la liste litigieuse. Or sur ce point, la procédure prévue par la législation italienne reste plutôt lacunaire. Elle prévoit uniquement la notification de la part de la Brigade financière de la mesure de gel, sans pour autant prévoir aucune communication des éléments à charge, ni aucune forme de participation *a posteriori* de l'intéressé à la procédure¹⁶⁴¹.

L'« *obligation de motiver la décision de gel* » explicité par le TPICE répond à des exigences évidentes : le droit de la défense de la personne soupçonnée de terrorisme serait *de facto* violé si la décision de gel n'indiquait pas les raisons pour lesquelles le Conseil considère,

doctrine italienne, nous nous limitons à citer les plus récentes portant notamment sur la dernière décision « Kadi II » : M. Savino, « Kadi II: i diritti dei sospetti terroristi presi sul serio? », *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, pp. 257-267 ; C. Bassu, « Giurisprudenza europea e lotta al terrorismo », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, pp. 152-156 ; M. E. Gennusa, « Il caso Kadi: misure antiterrorismo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, diritti fondamentali e ruolo costituzionale dell'Unione europea », in M. Cartabia (sous la dir.), *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, Ed. Il Mulino, 2011, pp. 175-194 ; I. Canor, « Fra sciovinismo costituzionale e ostinato pluralismo. La difficile dichiarazione di indipendenza della Corte di giustizia », *ibid.*, pp. 195-205.

¹⁶³⁹ TPICE, 12 déc. 2006, *OMPI c. Conseil de l'Union européenne*, aff. T-228/02, Rec., p. II-04665. Sur cette décision, V. M. Savino, « La disciplina italiana della lotta al finanziamento del terrorismo », *Giornale di diritto amministrativo*, 2008 ; G. della Cananea, « Return to the Due Process of Law : The European Union and the Fight Against Terrorism », *European Law Review*, 2007, vol. 4, pp. 896 et s.

¹⁶⁴⁰ TPICE, 12 déc. 2006, *OMPI c. Conseil de l'Union européenne*, *op. cit.*, §§ 127-133.

¹⁶⁴¹ Article 3 du décret législatif n° 109 de 2007.

dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, que l'intéressé doit faire l'objet d'une telle mesure. Bien que ce principe semble s'adresser principalement aux institutions européennes, les effets sur les ordres juridiques nationaux sont évidents.

Le Conseil de l'Union européenne pourra motiver la mesure de gel de fonds à condition que la proposition provenant de l'Etat membre soit également motivée, à moins bien sûr que des considérations impérieuses touchant à la sûreté de l'Union européenne ou de ses Etats membres ou à la conduite de leurs relations internationales ne s'y opposent¹⁶⁴². Même sur ce point, la législation italienne reste assez pauvre dans la mesure où elle ne prévoit aucune obligation de motiver la proposition d'inscription de la personne soupçonnée de terrorisme sur les listes noires. Elle se limite en effet à disposer en termes elliptiques : « *le Comité propose aux Autorité internationales l'inscription d'individus ou d'entités* »¹⁶⁴³.

La troisième et dernière facette que le droit de la défense montre dans la procédure de listing renvoie à l'exigence « *d'une protection juridictionnelle effective* », autrement dit à l'exigence que les intéressés soient en mesure de former un recours devant le Tribunal de l'Union européenne contre une décision de gel de leurs avoirs. La garantie d'un contrôle juridictionnel effectif, indépendant et impartial sur les décisions de gel permet en effet de contrebalancer les limitations en matière de communication et motivation applicables, selon le Tribunal lui-même, à la procédure de listing. La conséquence en découlant est particulièrement importante : le secret ou la confidentialité des éléments de preuve et d'information à la base de la décision de gel ne pourront, en aucun cas, être opposés au juge¹⁶⁴⁴.

Même sur ce point, l'approche du législateur italien reste critiquable. Si, d'une part, le décret de 2007 prévoit la compétence du Tribunal administratif sur toute décision adoptée dans les « *moments nationaux* » de la procédure de listing, il prévoit d'autre part la suspension de la procédure judiciaire jusqu'à deux ans dans le cas où la décision du Tribunal dépend d'éléments de preuve ou d'information couverts par le secret. Passé ce délai de deux ans, sans que l'autorité administrative n'ait dévoilé les preuves ou les informations ou n'ait décidé de révoquer la mesure attaquée, le Tribunal ne pourra plus décider que sur la base des documents disponibles dans le dossier¹⁶⁴⁵.

En conclusion sur ce point, il paraît évident que le législateur italien n'a pas suivi le chemin indiqué par les juges européens afin de mettre en balance les exigences relevant du droit de défense des destinataires des mesures de gel et les exigences de prévention du financement du terrorisme : la procédure nationale reste en effet définitivement déséquilibrée en faveur de ces dernières. A moins que les juges nationaux ne fassent preuve d'audace et décident de mettre eux-mêmes en œuvre les principes reconnus par la jurisprudence européenne, écartant ainsi les dispositifs nationaux qui demeurent incompatibles avec ces derniers.

B- L'expulsion des individus suspectés de terrorisme à l'épreuve des exigences de « *conventionalité* » et « *unionité* »

Une autre nouveauté importante introduite après le « *choc* » des attentats terroristes sur le sol européen se rapporte à l'intégration des règles applicables en matière d'éloignement des étrangers décidé pour motifs d'ordre public. La loi n° 155 de 2005 précise qu'une décision

¹⁶⁴² TTPICE, 12 déc. 2006, *OMPI c. Conseil*, *op. cit.*, §§ 138-151.

¹⁶⁴³ Article 3 du décret législatif n° 109 de 2007.

¹⁶⁴⁴ TPICE, 12 déc. 2006, *Organisation des Moudjahidines du peuple d'Iran c. Conseil*, *op. cit.*, §§ 152-159.

¹⁶⁴⁵ Article 14, décret législatif n° 109 de 2007.

d'expulsion peut être prise par le ministre de l'intérieur ou, sur sa délégation, par le préfet à l'encontre d'un étranger « *lorsqu'il existe des motifs plausibles de soupçonner que son séjour en Italie pourrait d'une manière ou d'une autre être lié à une organisation terroriste ou à des activités de terrorisme, y compris le terrorisme international* »¹⁶⁴⁶.

Le caractère imprécis et flou des conditions d'application de ce dispositif (« *d'une manière ou d'une autre* ») a transformé l'expulsion des personnes soupçonnées de terrorisme en un instrument qui répond aux facultés discrétionnaires du gouvernement. A cet égard, il n'est pas étonnant que, dans la pratique, ce dispositif ait été principalement utilisé à l'encontre des étrangers qui avaient été auparavant acquittés, dans le cadre de procédures pénales, d'accusations de terrorisme¹⁶⁴⁷.

De surcroît, la loi de 2005 avait introduit des dispositions qui (bien qu'elles ne soient plus en vigueur, l'une ayant caractère provisoire et l'autre ayant été abrogée) méritent tout de même d'être énoncées afin de mesurer la portée de l'expulsion des suspects terroristes. Il s'agit, d'une part, de l'exécution « *immédiate* » de l'expulsion sans aucune validation préalable du juge ; et, d'autre part, de l'application du régime du secret emprunté aux mesures patrimoniales qui prévoit la suspension de la procédure judiciaire jusqu'à deux ans dans le cas où la décision du Tribunal administratif dépend d'éléments de preuve ou d'information couverts par le secret. Cette dernière question reste par ailleurs en deuxième plan car l'exécution immédiate de l'expulsion, en privant de toute efficacité le recours contre l'expulsion, représente une violation flagrante du droit de défense garanti par la Constitution (articles 13 et 24).

Appelée à se prononcer sur la conformité de l'exécution immédiate de la mesure « *ordinaire* » d'éloignement des étrangers en situation irrégulière au droit de défense, la Cour constitutionnelle avait déjà eu occasion de préciser que ce droit doit prévaloir sur les exigences de protection des frontières et de gestion des flux migratoires¹⁶⁴⁸. Elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la conformité aux exigences constitutionnelles de l'exécution immédiate de l'expulsion des suspects terroristes (qui n'est désormais plus applicable dans l'ordre juridique italien¹⁶⁴⁹), laissant ainsi ouverte la question de savoir si les droits fondamentaux reconnus à l'étranger ciblé par un arrêté d'expulsion sont destinés à prévaloir aussi lorsqu'ils sont mis en balance avec l'exigence d'assurer la protection de la sécurité de l'État.

Quelques éléments pour répondre à cette question peuvent être tirés de la jurisprudence administrative. Le Tribunal administratif du Latium, qui avait été saisi avant l'expiration des dispositions temporaires d'une requête d'annulation d'un arrêté d'expulsion d'une personne soupçonnée de terrorisme pour violation du droit à la liberté garanti par les articles 13 et 24 de la Constitution italienne et par l'article 5 de la CEDH, a opté clairement pour la prévalence de la sécurité de l'État sur les exigences constitutionnelles et conventionnelles. Il a en effet refusé de transmettre la question à la Cour constitutionnelle, en fondant notamment sa décision sur l'importance de l'intérêt protégé par ce dispositif « *exceptionnel* » – l'existence elle-même de

¹⁶⁴⁶ Article 3, alinéa 1, décret-loi n° 144 de 2005, converti, avec modification, par la loi n° 155 de 2005.

¹⁶⁴⁷ P. Bonetti, « Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. I. L'applicazione agli stranieri delle norme comuni sul terrorismo », *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁴⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 224 de 2004. Suite à cette décision de la Cour constitutionnelle, la disposition a été modifiée. Désormais l'exécution de l'expulsion reste suspendue *ex lege* jusqu'à la décision du juge (de paix). V. l'article 5 bis du Texte unique d'immigration, introduit par l'article 1, alinéa 1 du décret-loi n° 241 de 2004.

¹⁶⁴⁹ A ce propos, son caractère provisoire, loin de rendre légitimes des mesures *extra ordinem* trouvant leur fondement uniquement sur des exigences de nécessité, a probablement joué un rôle déterminant dans ce choix. Cf. Cour constitutionnelle, ordonnance n° 432 de 2007.

l'Etat et de la collectivité – qui, selon le Tribunal administratif, justifie largement cette dérogation aux droits à la liberté du suspect terroriste¹⁶⁵⁰.

A la position « *minimaliste* » des juges nationaux s'oppose celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui a, en revanche, reconnu que certaines exigences conventionnelles doivent prévaloir sur les exigences de sécurité dont l'expulsion des suspects terroristes se fait porteuse.

Par un arrêt rendu le 28 février 2008 dans l'affaire *Saadi c. Italie*, la Grande Chambre de la Cour EDH – dans le sillon d'une décision rendue auparavant dans l'affaire *Chahal c. RU* de 1996¹⁶⁵¹ – a conclu que l'éventualité de la mise à exécution de la décision d'expulser le requérant vers la Tunisie, où il affirmait avoir été condamné par contumace en 2005 à vingt ans d'emprisonnement pour appartenance à une organisation terroriste agissant à l'étranger en temps de paix et pour incitation au terrorisme, expose le suspect terroriste expulsé vers son pays d'origine à des faits de torture ou de traitements inhumains et dégradants ainsi déterminant une violation de l'article 3 CEDH¹⁶⁵².

Tout en reconnaissant les difficultés que les Etats européens rencontrent à allier la lutte contre le terrorisme et le respect des exigences conventionnelles, la Cour EDH a refusé néanmoins que les droits garantis « *par ricochet* » par la CEDH soient mis en balance avec les intérêts de la collectivité dans son ensemble, notamment avec le droit à la vie, potentiellement menacé par les agissements terroristes, comme la République italienne et le Royaume-Uni (tiers intervenant dans la procédure) l'avaient proposé.

Sur ce point la position adoptée par la Cour de Strasbourg est nette : d'une part, « *la perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité, si elle n'est pas expulsée, ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée* » ; d'autre part, la menace terroriste, bien qu'accentuée après le 11 septembre, « *ne remet pas en cause [...] le caractère absolu de l'article 3 CEDH* »¹⁶⁵³. Autrement dit, la dangerosité présumée pour la sécurité de l'Etat d'un individu en raison de son implication dans une organisation terroriste ne peut pas affaiblir la protection que l'Etat doit lui garantir aux termes de l'article 3 CEDH, d'autant plus que cette protection est plus large que celle offerte par d'autres instruments de droit international.

Dans un autre arrêt, rendu en 2009 dans l'affaire *Ben Khemais*, concernant encore une fois l'éloignement par l'Italie d'un ressortissant étranger suspecté d'acte de terrorisme vers la Tunisie, la Cour EDH ne s'est cette fois pas limitée à condamner l'Italie pour la violation de l'article 3 : elle a aussi condamné l'Italie pour la violation de l'article 34 en raison de la constante méconnaissance des mesures provisoires adoptées par la Cour EDH aux termes de l'article 39 du Règlement et imposant la suspension du caractère exécutoire de l'expulsion. Cet arrêt se révèle particulièrement intéressant en ce qui concerne la question des « *assurances diplomatiques* » données par les autorités de l'Etat de destination qui garantiraient l'absence

¹⁶⁵⁰ Tribunal administratif du Latium, arrêt n° 5826 du 4 juil. 2011.

¹⁶⁵¹ Cour EDH (Grde ch.) *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 nov. 1996, req. n° 22414/93. L'affaire concernait un défenseur de la cause séparatiste sikh, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion sur des motifs liés à la sécurité nationale : la Cour, n'étant pas convaincue par les assurances fournies par le gouvernement indien, a conclu que le recourant courrait un risque réel de mauvais traitements si l'arrêté d'expulsion vers l'Inde était mis à exécution.

¹⁶⁵² Dans l'affaire *Saadi c. Italie*, le requérant avait par ailleurs allégué aussi la violation de l'article 1 du Protocole n° 7 à la CEDH qui prévoit les garanties procédurales pour les étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement applicable à l'expulsion. La Cour ne s'est pas prononcée sur ce grief dans son arrêt du 28 août 2008. V. plus récemment, Cour EDH, *Geleri c. Roumani*, arrêt, 15 févr. 2011 qui a reconnu la violation de l'article 1 du Protocole n° 7 en cas d'expulsion d'un réfugié politique pour des motifs de sécurité nationale sans offrir les garanties minimales contre l'arbitraire.

¹⁶⁵³ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, §§ 139-141.

de mauvais traitements. Sur ce point, la Cour EDH confirme la valeur relative de ses assurances constatant, à l'aune des rapports d'organisations non gouvernementales, leur insuffisance à écarter tout risque de torture et de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 CEDH¹⁶⁵⁴.

Finalement, la réglementation italienne en matière d'expulsion des étrangers aux fins de prévention du terrorisme risque d'entrer aussi en conflit avec le droit de l'Union européenne. Par le biais d'une réforme de 2008, qui a modifié la discipline nationale en matière de libre circulation des citoyens européens, le législateur a réglementé l'application de l'expulsion des citoyens européens ou des membres de leur famille pour des raisons de sécurité de l'Etat¹⁶⁵⁵. Aux termes de ce texte, le citoyen européen ou les membres de sa famille peuvent être expulsés du territoire national « *lorsqu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que le séjour dans le territoire de l'Etat pourrait faciliter une organisation terroriste ou des activités de terrorisme, y compris le terrorisme international* ».

En 2011, cette disposition a été modifiée : aux fins de l'expulsion du ressortissant de l'Union européenne, « *l'on considère aussi l'existence de condamnations pénales prononcées par un juge italien pour un délit contre l'Etat* »¹⁶⁵⁶. L'objectif du législateur est évident : introduire une présomption de dangerosité fondée sur le « *curriculum criminel* » de l'intéressé qui trouverait sa propre justification dans l'intérêt protégé – la sécurité de l'Etat – stratégiquement « isolé » par rapport à l'ordre et à la sécurité publics.

Dans l'attente que les juges se prononcent sur ce point¹⁶⁵⁷, nous pouvons redouter que ce choix puisse résister au principe, consolidé dans la jurisprudence européenne¹⁶⁵⁸, et réaffirmé aussi par l'article 27, alinéa 2, de la directive 2004/38/CE, selon lequel « *les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné. L'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver de telles mesures* ».

*
* * *

¹⁶⁵⁴ Enfin, la Cour a ultérieurement précisé la question de la valeur des assurances diplomatiques face au risque de torture dans le pays de renvoi dans une décision rendue le 17 fév. 2012 dans l'affaire *Othman c. RU*, concernant cette fois l'expulsion d'un ressortissant étranger vers la Jordanie où il avait été condamné pour diverses infractions terroristes. Dans cet arrêt, la Cour semble revenir sur sa position reconnaissant que les garanties offertes par la Jordanie, à travers un *memorandum of understanding* était suffisamment encadrées pour réduire de manière substantielle le risque de mauvais traitements et permettre la constatation de non violation de l'article 3. Dans la même décision, elle admet pour la première fois, qu'un requérant peut invoquer aussi l'article 5 (et pas seulement l'article 6) afin d'éviter son expulsion : il serait en effet illogique selon la Cour qu'un requérant exposé à un emprisonnement dans l'Etat de renvoi après un procès vicié par une iniquité flagrante puisse invoquer l'article 6 pour empêcher son expulsion vers cet Etat alors qu'un autre requérant exposé à une détention sans aucun procès ne pourrait pas invoquer l'article 5 afin d'éviter son expulsion.

¹⁶⁵⁵ Article 1 du décret législatif n° 32 du 28 fév. 2008 qui modifie l'art 20 du décret législatif n° 30 de 2007 portant transposition de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

¹⁶⁵⁶ V. article 1, alinéa 1, lettre g) Décret-loi n° 89 du 23 juin 2011 portant mise en œuvre de la directive 2004/38/CE relative à la circulation des citoyens européens et de la directive 2008/115/UE sur le retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, converti, avec modifications par la loi n° 129 du 2 août 2011.

¹⁶⁵⁷ V. dans ce sens, Tribunal de Novara, arrêt du 28 sept. 2011, disponible sur la revue en ligne *Diritto penale contemporaneo*.

¹⁶⁵⁸ V. récemment CJUE, 22 mai 2012, *P. I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, nep au Rec.

En conclusion de cette analyse, se confirme l'hypothèse de départ : la complexité de la législation italienne anti-terroriste en affaiblit la complétude (qui conditionne la prévisibilité des infractions) et la cohérence (qui conditionne la légitimité). Le droit européen en est, comme nous l'avons vu, révélateur.

Mais le droit européen joue aussi le rôle de « *perturbateur* » de la complétude et de la cohérence de la législation anti-terroriste nationale. Facteur d'accélération du durcissement de la répression, il envisage d'une part une expansion des infractions terroristes sur la base d'une définition du terrorisme dont le contenu reste encore imprécis mais dont le champ d'application reste « *ouvert* » dans le temps et dans l'espace. D'autre part, il contribue à l'émergence d'un véritable « *droit commun de la criminalité organisée* » qui à l'élargissement des infractions envisagées associe un nouveau système de procédures véritablement parallèle aux outils relevant de la tradition pénale.

Les juges européens font ainsi leur travail indiquant aux Etats et aux institutions européennes le chemin pour conjuguer la lutte contre le terrorisme et le respect des droits fondamentaux applicables dans l'espace juridique européen. Cependant, la politique jurisprudentielle des juges européens peine à jouer un rôle régulateur à l'égard des politiques de prévention du terrorisme mises en œuvre à l'échelle nationale. S'agissant du droit de la défense des suspects terroristes ou de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants, les exigences de protections imposées par les juges de Luxembourg et de Strasbourg semblent être encore destinées à céder devant la raison d'Etat.

Luca d'Ambrosio

L'appareil normatif et jurisprudentiel de la lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni. Les effets du droit de l'Union.

Le Royaume-Uni connaît des attaques terroristes depuis le début du XX^e siècle, d'abord perpétrées par les nationalistes irlandais (les attaques sont particulièrement nombreuses dans les années 1970 et 1980), puis par des fondamentalistes islamistes (attentats de Londres de mars 2005, de Glasgow en 2007 ou d'Exeter en 2008). Les coupes budgétaires récentes ont également fait émerger quelques groupes extrémistes ou anarchistes, dont on peut redouter une action. Enfin, des événements majeurs (mariage princier, Jeux Olympiques de 2012) sont toujours l'occasion de s'interroger sur la pertinence des moyens juridiques d'action contre le terrorisme dans ce pays, et sur leur compatibilité avec les droits fondamentaux, notamment, le droit à la liberté et à la sûreté, mais aussi le droit au respect de la vie privée ou la liberté d'expression.

Au regard de la législation anti-terroriste, le Royaume-Uni est sans doute dans une situation paradoxale. Maintes fois sanctionné par la Cour EDH pour violation du droit à la sûreté de l'article 5 de la CEDH, le Royaume-Uni est pourtant à l'origine de la consécration de ce droit.

En effet, si les révolutionnaires français de 1789 ont proclamé le droit à la sûreté de manière universelle, parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme, les premiers à avoir donné une définition limpide de ce droit sont sans doute les anglais. L'article 39 de la *Magna Carta* de 1215 dispose ainsi : « *Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelque manière que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays* ».

Mis à part les principes de Solon sous l'Antiquité, il s'agit probablement de la première formalisation du droit à la sûreté. Par la suite, la loi d'*Habeas Corpus* est votée par le Parlement et promulguée par le roi en 1679. Cette expression signifie « *produis cet individu* » : il s'agit d'une injonction de libérer la personne injustement détenue. La procédure existe déjà depuis le Moyen-âge, mais n'est assortie d'aucun moyen de contrainte. A l'origine, il s'agit de demander au roi, ou à ses juges, protection contre les arrestations et les emprisonnements arbitraires dont se rendent coupables les seigneurs féodaux. Puis la procédure permet de faire produire un prisonnier devant un tribunal, d'exiger les motifs de cette détention, et de faire juger l'individu. La loi de 1679 oblige désormais à faire délivrer le prisonnier dès réception d'une ordonnance (*writ*), et en cas de refus de la part du geôlier, celui-ci peut encourir la sanction infligée pour manque de respect dû à la cour (*contempt of court*). La loi s'applique à tous, même au roi.

Premier pays des déclarations de droits, le Royaume-Uni n'en est pas moins profondément anti-européen et irréversiblement attaché à la souveraineté du Parlement. Le Royaume-Uni fut ainsi l'un des premiers Etats à déposer un instrument de ratification de la CEDH, a attendu l'adoption du *Human Rights Act 1998* pour autoriser les individus à invoquer celle-ci devant un juge britannique. Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Human Rights*

Act en octobre 2000, la Convention européenne ne pouvait donc être invoquée que devant le juge européen¹⁶⁵⁹.

Depuis cette date, la Convention peut donc être invoquée devant tout juge ordinaire britannique. Si celui-ci pourra remettre en cause un acte réglementaire sur le fondement de son incompatibilité avec la Convention, néanmoins, les lois du Parlement restent hors d'atteinte. Seules les plus hautes juridictions peuvent éventuellement prononcer une déclaration d'incompatibilité de la loi avec la Convention, déclaration dont le seul effet est d'inciter (sans contrainte aucune) le législateur à modifier la loi. Il s'agit là d'une limite importante de la concrétisation des droits issus de la CEDH au Royaume-Uni.

En revanche, le droit communautaire prévaut sur toute norme britannique, et même une loi postérieure, depuis le *European Communities Act 1972*. Ce texte a fait l'objet d'une application remarquée dans l'arrêt *Factortame (n°2)* rendu par la Chambre des Lords en 1991¹⁶⁶⁰. En l'espèce, la Chambre des Lords doit résoudre un conflit entre une norme communautaire directement applicable incorporée par le *European Communities Act*, et une loi postérieure à celle-ci. Les Lords concluent à l'application de la norme communautaire, c'est-à-dire de la norme antérieure, pour la première fois dans l'histoire du Royaume-Uni. Lord Bridge s'exprime alors en ces termes : « *Si le Parlement a accepté une limitation de sa souveraineté quand il a voté le European Communities Act 1972, celle-ci était entièrement volontaire* »¹⁶⁶¹. En revanche, M. Wade estime que les pouvoirs du Parlement « *ont subi un choc sismique* »¹⁶⁶².

Il en résulte que si la CEDH ne peut pas être invoquée devant un juge britannique à l'encontre d'une loi, il n'en est pas de même s'agissant du droit de l'Union européenne. Aussi, celui-ci peut avoir un impact sur la législation anti-terroriste au Royaume-Uni, ce domaine étant inclus dans la coopération policière et judiciaire en matière pénale du titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'article 83 du Traité fait en outre explicitement référence au terrorisme en tant que forme grave de criminalité. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par ailleurs, consacre le droit à la liberté et à la sûreté dans son article 6, mais aussi d'autres droits fondamentaux potentiellement bafoués par un droit pénal trop répressif, et qui doivent être pris en compte par le Royaume-Uni lorsqu'il édicte sa législation anti-terroriste.

Aussi, les années 2000 marquent un tournant dans le droit britannique relatif à la lutte contre le terrorisme. La législation anti-terroriste visant spécifiquement l'Irlande du Nord et d'application temporaire, devient une législation générale et permanente. L'action conjuguée du droit de la CEDH, mais aussi de l'Union européenne, a néanmoins un impact significatif sur l'extension des pouvoirs du gouvernement et de la police en matière de lutte contre le terrorisme, s'agissant aussi bien de la qualification des infractions et de l'identification des suspects (I), que de la répression des individus accusés d'actes de terrorisme (II).

I - La définition du terrorisme et l'identification des suspects

Longtemps caractérisée par sa focalisation sur le terrorisme nord-irlandais, la législation anti-terroriste britannique a étendu son champ d'application à partir des années 2000. Cette extension s'accompagne d'un élargissement de la définition même de terrorisme (A) et des moyens policiers contre le terrorisme (B).

¹⁶⁵⁹ Depuis l'acceptation du recours individuel par le Royaume-Uni en 1966.

¹⁶⁶⁰ Chambre des Lords, *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd (n° 2)*, 1991, AC 603.

¹⁶⁶¹ *Idem*.

¹⁶⁶² W. Wade, « Sovereignty - Revolution or Evolution? », *LQR* 112, 1996, p. 568.

A- L'extension de la définition du terrorisme

Les actions terroristes pratiquées par les nationalistes irlandais sont très nombreuses au début des années 1970 (d'août 1971 à mars 1972, on dénombre 1300 attentats à la bombe et 2000 fusillades, faisant plus de 200 morts et presque 3000 blessés), et le *Bloody Sunday* du 30 janvier 1972 ne fait que renforcer la détermination des groupes extrémistes.

Le *Northern Ireland (Temporary Provisions) Act 1972* suspend le Parlement d'Irlande du Nord, et transfère le pouvoir aux institutions de Londres. Mais ces actions obligent également le Royaume-Uni à adopter des mesures d'urgence en 1973 (*Emergency Provisions Act*). Cette loi est accompagnée d'une notification au secrétariat général du Conseil de l'Europe, de la volonté de déroger à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 15 de la Convention. Cet article, dit clause dérogatoire, permet de limiter les garanties en cas d'urgence. Ainsi, dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni* jugée en 1978, l'armée britannique était accusée d'avoir pratiqué en Irlande du Nord¹⁶⁶³ des arrestations, internements et détentions extra-judiciaires.

Il s'agissait, en dehors du droit pénal ordinaire qui continuait à s'appliquer, de divers pouvoirs spéciaux pour lutter contre le terrorisme en Irlande du Nord, comme l'arrestation initiale pour interrogatoire, la détention pour interrogatoire complémentaire - appelée à l'origine « *détention* », puis « *garde à vue* » (*interim custody*), et la détention à titre préventif - dénommée d'abord « *internement* » et, par la suite, « *détention* », qui n'ont pas été jugées contraires à l'article 5 eu égard à la dérogation britannique en vertu de l'article 15 CEDH.

La première loi spécifiquement destinée à réprimer le terrorisme (*Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974*) fut adoptée à la suite d'une vague d'attentats de l'Armée républicaine irlandaise (*Irish Republican Army - IRA*) sur le sol britannique. Elle est la première loi d'une longue lignée de textes visant à réprimer le terrorisme nord-irlandais. Ce foisonnement législatif est dû au caractère temporaire des lois anti-terroristes nord-irlandaises, qui font l'objet d'un approfondissement à chaque réexamen par le Parlement.

Le texte de 1974 prévoit cinq années d'emprisonnement pour la seule appartenance à l'IRA, organisation devenant elle-même simplement interdite. En outre, des « ordonnances d'exclusion » peuvent être adoptées par le secrétaire d'État chargé de l'Intérieur, afin d'expulser ou d'interdire le séjour sur le territoire anglais de tout citoyen du Royaume-Uni suspecté d'être impliqué dans la préparation ou la perpétration d'actes terroristes. Enfin, la loi autorise la garde à vue pendant 48 heures, pouvant être prolongées de cinq jours par ordonnance ministérielle. Jusqu'alors, la durée ordinaire de la garde à vue est de 24 heures au Royaume-Uni, décidée par un officier de police judiciaire, mais une prolongation de 12 heures peut être autorisée par un officier de police supérieur. Ce n'est qu'au bout de ces 36 heures que le juge judiciaire intervient pour autoriser la prolongation de la garde à vue, après audition du suspect ou de son représentant.

Par la suite, le *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* étend les pouvoirs de police, permettant d'interpeller et de placer en garde à vue toute personne suspectée d'entretenir un lien avec les organisations terroristes irlandaises. Comme en 1973, le

¹⁶⁶³ Outre des actes de torture et des traitements inhumains et dégradants (cinq techniques d'interrogatoire sont utilisées par les britanniques en Irlande du Nord : station debout contre un mur, encapuchonnement, soumission au bruit, privation de sommeil, privation de nourriture).

Royaume-Uni fait usage de l'article 15 CEDH. Le gouvernement peut ainsi notifier et déclarer l'existence d'un danger public menaçant la Nation du fait des activités de l'IRA, et prévoir la détention sans comparution devant un juge d'individus suspectés de participer à des activités terroristes (Cour EDH 28 mai 1993, *Brannigan et autres c/ Royaume-Uni*¹⁶⁶⁴).

Dans cette espèce, le 9 janvier 1989 à 6 h 30, M. Brannigan est appréhendé chez lui par des policiers, en vertu de l'article 12 de la loi de 1984. Il est conduit au centre d'interrogatoire où on lui délivre la « Note d'information destinée aux personnes en garde à vue » ("*Notice to Persons in Police Custody*"). Le ministre de l'Intérieur autorise la prolongation de la garde à vue de deux jours, le 10 janvier à 19 h 30, puis de trois le surlendemain à 21 h 32. L'intéressé recouvre la liberté le 15 à 21 h. Il demeura donc détenu six jours, quatorze heures et trente minutes au total.

Pendant sa garde à vue, il subit quarante-trois interrogatoires, n'a aucun accès à des livres, des journaux ou de quoi écrire, et on lui interdit de rencontrer d'autres détenus. L'accès à un *solicitor* est d'abord différé pendant quarante-huit heures, la police estimant que de tels contacts gêneraient l'enquête, mais M. Brannigan reçoit la visite de son avocat par la suite, le 11 janvier 1989. Il est également examiné dix-sept fois par un médecin.

La Cour conclut que l'avis de dérogation du Royaume-Uni répond aux exigences de l'article 15 et que les requérants ne peuvent donc valablement se plaindre d'une violation de l'article 5, §3. Il s'ensuit que l'article 5, §5 n'obligeait nullement à leur accorder un droit à réparation.

L'article 15 de la Convention représente donc une limite importante à la concrétisation du droit à la sûreté au Royaume-Uni, dans le cas où des menaces terroristes sont avérées. Néanmoins, comme le souligne la Cour EDH, l'article 15 n'autorise les Etats à prendre des mesures dérogeant à leurs obligations au titre de la Convention que « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* ». Toutes les exceptions à l'application de la Convention ne sont donc pas admises par la Cour, qui écarte ainsi des mesures dérogatoires au motif qu'elles sont disproportionnées, car elles opèrent une discrimination injustifiée entre étrangers et citoyens britanniques¹⁶⁶⁵. Notons également que les droits intangibles de la Convention ne peuvent faire l'objet d'une dérogation, même dans un contexte de répression d'une activité terroriste. Ainsi, l'armée britannique ne pouvait légitimement ouvrir le feu et tuer par balles trois membres de l'IRA provisoire soupçonnés d'être munis d'une télécommande devant déclencher une bombe, car l'opération de prévention aurait pu être exécutée sans nécessairement abattre les suspects (Cour EDH 27 septembre 1995, *McCann et autres c/ Royaume-Uni*¹⁶⁶⁶).

Ensuite, le *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989* étend le droit de perquisition de la police à tous les lieux dans lesquels une personne est susceptible d'avoir déposé des éléments intéressant l'enquête. Un devoir étendu de communication d'informations est également créé. Plus tard, le *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1996* institutionnalise les *Diplock's Courts*, juridictions d'exception jugeant sans jury. La loi permet en outre de perquisitionner sans mandat et de contrôler l'identité de toute personne en Irlande du Nord. Enfin, le secrétaire d'Etat à l'Intérieur peut prendre des ordonnances de détention à l'encontre de toute personne suspectée de terrorisme.

L'année 2000 marque un tournant prémonitoire de la vague d'attentats touchant les Etats-Unis et l'Europe. Le *Terrorism Act 2000* est la première législation générale de lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni, qui suspend l'application des lois de 1989 et de 1996 sur

¹⁶⁶⁴ N° 14553/89 et n° 14554/89.

¹⁶⁶⁵ Cour EDH 19 février 2009, *A. et autres c/ Royaume-Uni*, n° 3455/05.

¹⁶⁶⁶ N° 18984/91.

le terrorisme nord-irlandais. Il s'agit également du premier corpus juridique ayant une vocation permanente, à la différence des lois sur l'Irlande du Nord. Il s'agit enfin de la première loi en Europe sur ce sujet, précédant la décision-cadre de l'Union européenne du 13 juin 2002, qui semble avoir pris modèle sur la loi britannique s'agissant notamment de la définition très large du terrorisme¹⁶⁶⁷.

L'une des innovations de la loi est en effet de définir le terrorisme de manière très vaste, visant une action ou la menace d'une action destinée à influencer le gouvernement, une organisation internationale, ou la population, afin d'imposer des idées politiques, religieuses ou philosophiques. Cette action est désignée comme terroriste, si elle implique l'usage de la violence à l'encontre des personnes ou la dégradation de biens, ou si elle met en danger la vie de la population, sa santé ou sa sécurité.

Cette définition a été progressivement étendue à d'autres cas au fil des lois anti-terroristes britanniques. Notamment, le *Terrorism Act 2006*, conséquence des attentats de Londres en juillet 2005, crée de nouvelles incriminations liées au terrorisme, telles l'encouragement du terrorisme¹⁶⁶⁸ ou sa « glorification », la préparation d'actes terroristes ou la détention de matériel destiné à une action terroriste. Enfin, le *Counter-Terrorism Act 2008* ajoute la revendication d'idées « raciales » dans les objectifs des actions terroristes.

Nous pouvons toutefois nous interroger sur la compatibilité des définitions larges du terrorisme des droits britannique et de l'Union européenne avec le droit de la CEDH, s'agissant particulièrement des incriminations liées à la diffusion des idées terroristes. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été saisie des lois britanniques postérieures à celle de 2001, mais sa jurisprudence est traditionnellement très favorable à la liberté d'expression (article 10 CEDH). La Cour ne tolère en effet que rarement les atteintes à l'expression, même lorsque celle-ci frise la propagande en faveur d'une organisation terroriste (Cour EDH 20 octobre 2009, *Ürper et autres c/Turquie*¹⁶⁶⁹).

Par ailleurs, non seulement la définition du terrorisme, mais aussi les moyens d'action policière, ont fait l'objet d'une extension continue depuis les années 2000.

B- L'extension des moyens d'arrestation et d'enquête

1 - L'arrestation

Le droit de l'arrestation au Royaume-Uni est régi par le *Police and Criminal Evidence Act 1984*. Le principe est le suivant : toute arrestation doit être autorisée par un mandat (*warrant*) émis par un magistrat si la personne a commis ou est suspectée d'avoir commis une infraction. Cette dernière condition répond aux exigences de l'article 5 CEDH qui impose la preuve de soupçons plausibles justifiant l'arrestation (Cour EDH 28 octobre 2010, *Murray c/Royaume-Uni* et Cour EDH 16 octobre 2001, *O'Hara c/Royaume-Uni*¹⁶⁷⁰).

Dans la loi de 1984, le mandat est émis seulement si l'infraction est punie d'une peine d'emprisonnement, et si le nom ou l'adresse de la personne ne sont pas connus, dans le cas inverse la personne doit être citée à comparaître. Néanmoins, lors de l'arrestation, l'officier

¹⁶⁶⁷ V. l'article 1^{er} de la décision-cadre en annexe du présent rapport. V. aussi la contribution sur la définition du terrorisme, p. 27.

¹⁶⁶⁸ Même si, le 9 novembre 2005, d'importants amendements au *Terrorism Bill 2005* sont apportés par le gouvernement sur la qualification pénale de l'encouragement au terrorisme, et rejetés par les Communes par 305 voix contre 280 (*Hansard*, HC Deb., vol. 439, col. 438).

¹⁶⁶⁹ N^{os} 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 et 54637/07.

¹⁶⁷⁰ N^{os} 18731/91 et 37555/97.

n'est pas obligé de détenir le mandat, mais il doit être en mesure d'en présenter un par la suite à l'individu. Ceci exclut également la nécessité du mandat en cas de crime ou délit flagrant. Toutefois, le *Serious Organised Crime and Police Act 2005* supprime la première condition, selon laquelle seul un nombre limité d'infractions peut faire l'objet d'une arrestation, en créant un droit général d'arrestation pour n'importe quelle infraction.

Ce droit a été renouvelé par l'une des réalisations les plus concrètes de l'Union européenne en matière pénale, le mandat d'arrêt européen. La décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 (relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres)¹⁶⁷¹ définit le mandat d'arrêt européen comme une décision judiciaire adoptée par un Etat membre en vue de l'arrestation ou de la remise par un autre Etat membre d'une personne aux fins de l'exercice de poursuites pénales, l'exécution d'une peine ou l'exécution d'une mesure de sûreté privative de liberté.

Le mandat est exercé en cas de condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ou une mesure de sûreté d'au moins quatre mois, et d'infractions pour lesquelles une peine d'emprisonnement ou une mesure de sûreté d'au moins un an est prévue. L'infraction de terrorisme peut donner lieu à la remise sans contrôle de la double incrimination du fait, tout comme la participation à une organisation criminelle, le faux monnayage, l'homicide, ou le viol notamment.

Le mandat d'arrêt européen a ainsi un rôle imminent à jouer en matière de lutte contre le terrorisme. En ce sens, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Bill 2001* prévoyait que le mandat d'arrêt européen serait transposé par la voie de règlements administratifs. Le Parlement s'est cependant opposé à cette disposition. Le mandat d'arrêt européen a donc été adopté au Royaume-Uni grâce à l'*Extradition Act 2003*, entré en vigueur en janvier 2004. Lors de la procédure parlementaire, certaines des préoccupations de la Commission des droits de l'homme au Parlement britannique¹⁶⁷² ont ainsi pu être entendues. Ce mandat a été utilement mis en œuvre en juillet 2005 à l'encontre d'Hussain Osman, suspecté dans les attentats terroristes de Londres et transféré d'Italie vers le Royaume-Uni.

À ce jour, le droit de l'Union relatif au mandat d'arrêt européen n'a pas été remis en cause par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH 27 septembre 2011, *Pietro Pisanese c/ Italie et Pays-Bas*¹⁶⁷³).

2- L'accès aux informations

Le *Terrorism Act 2000* étend considérablement les pouvoirs de police en matière de fouilles. Avant la loi de 2000, il avait fallu attendre 1984 (*Police and Criminal Evidence Act 1984*) pour connaître un encadrement législatif des pouvoirs de police s'agissant des fouilles de personnes ou de véhicules, qui auparavant n'étaient pas du tout encadrées juridiquement. La loi de 1984 crée un pouvoir général de fouille (« *stop and search* ») des personnes dont on suspecte qu'elles détiennent des biens volés, des armes, ou certains autres objets énumérés. Cette suspicion doit être « raisonnable », terme que le droit britannique affectionne, mais qui n'est pas du tout défini dans la loi.

Néanmoins, cette suspicion raisonnable n'est pas exigée dans une série de cas, notamment, pour la prévention de la violence armée (*Criminal Justice and Public Order Act 1994*) ou la lutte contre le terrorisme depuis le *Terrorism Act 2000*. Ces pouvoirs généraux de

¹⁶⁷¹ V. dans le présent rapport la contribution d'A. Mégie, sur le mandat d'arrêt européen, p. 129.

¹⁶⁷² First Report (2002/2003) : *Criminal Justice and Police Bill*, HL 24, HC 191 (20 Dec. 2002).

¹⁶⁷³ N° 14929/08.

fouille prévus par le *Terrorism Act 2000* ont fait l'objet d'une condamnation du Royaume-Uni par la Cour EDH, mais sur la base d'une violation de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée), parce qu'en l'espèce ils étaient menés à l'entrée des lieux publics¹⁶⁷⁴. La Cour estime en effet que les fouilles constituent bien des ingérences insuffisamment prévisibles et encadrées par la loi, et qu'en conséquence elles ne respectent pas l'article 8, §2 de la Convention. La loi britannique a finalement été modifiée afin de tenir compte de la jurisprudence de la Cour EDH, grâce à l'adoption du *Protection of Freedoms Act* le 1^{er} mai 2012.

Par ailleurs en matière d'accès aux données biométriques, le *Police and Criminal Evidence Act 1984* permet la conservation des empreintes digitales et génétiques pendant une durée indéterminée, que la personne ait été arrêtée, poursuivie, et condamnée ou non. Le *Protection of Freedoms Act 2012* modifie toutefois le droit des fichiers et de la conservation des données personnelles. Désormais, si les individus ont été arrêtés pour un délit mineur, mais n'ont pas fait l'objet d'une condamnation, les données personnelles doivent être détruites à l'issue de la dernière décision de justice. Si les individus ont été arrêtés et poursuivis pour des délits plus importants ou des crimes, mais n'ont pas été condamnés, les données peuvent être conservées pendant une durée maximale de trois ans, éventuellement prolongés de deux années sur autorisation d'un juge. Notons également qu'un nouveau commissaire indépendant est créé, le Commissaire pour la conservation et l'utilisation du matériel biométrique. Celui-ci peut autoriser la conservation des données des individus seulement arrêtés pour des délits plus importants ou des crimes, pendant la même période. Le droit des fichiers contenant des données biométriques semble ainsi compatible avec les exigences du droit au respect de la vie privée, tel que la Cour européenne a déjà eu l'occasion de l'interpréter dans l'arrêt du 4 décembre 2008, *Marper c/ Royaume-Uni* portant sur l'utilisation de tels fichiers¹⁶⁷⁵.

Enfin, l'Union européenne a adopté des mesures relatives à l'accès aux données personnelles dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Cette matière est régie par une directive 2006/24 du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006¹⁶⁷⁶. Au Royaume-Uni, les *Data Retention (EC Directive) Regulations 2009* la mettent en œuvre, à la suite des *Data Retention (EC Directive) Regulations 2007* qui ne s'appliquaient qu'aux données relatives à la téléphonie fixe et mobile. Les nouveaux règlements s'appliquent désormais également aux données relatives aux communications électroniques.

Ils ont été pris en application de la loi sur l'encadrement des pouvoirs d'enquête (*Regulation of Investigatory Powers Act*). Alors que l'idée d'encadrer l'accès aux données avait émané de France et du Royaume-Uni dès 2003, la directive fait suite à la Déclaration du

¹⁶⁷⁴ Cour EDH, 12 janvier 2010, *Gillian & Quinton c/ Royaume-Uni*, n°4158/05.

¹⁶⁷⁵ Nos 30562/04 et 30566/04. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que l'intérêt des personnes concernées à voir protéger les données à caractère personnel pouvait s'effacer devant l'intérêt légitime que constituait la prévention des infractions pénales. Toutefois, au sein du Conseil de l'Europe, le Royaume-Uni est le seul État ayant adopté une législation autorisant la conservation illimitée des empreintes digitales et des échantillons et profils ADN de toute personne, quel que soit son âge, soupçonnée d'avoir commis une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police. Constatant une violation de l'article 8, la Cour a jugé que la conservation litigieuse s'analysait en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique.

¹⁶⁷⁶ Directive 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 directive 2002/58/CE.

Conseil européen sur la lutte anti-terroriste du 25 mars 2004¹⁶⁷⁷, adoptée à la suite des attentats du 11 mars 2004 à Madrid.

Elle a pour objectif d'harmoniser les dispositions des Etats membres relatives aux obligations des fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications en matière de conservation de certaines données générées ou traitées par ces fournisseurs, en vue de garantir la disponibilité de ces données à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves. La directive prévoit la conservation de certaines données¹⁶⁷⁸ (mais exclut le contenu même des communications), pendant une durée minimale de six mois et maximale de deux ans. Les *Data Retention (EC Directive) Regulations 2009* fixent quant à eux la durée à un an.

Le droit de l'Union européenne et le droit britannique ne semblent pas se situer en-deçà des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme dans ce domaine. La Cour européenne accepte en effet assez largement les intrusions dans la vie privée justifiées par la lutte contre le terrorisme, et tolère les mesures de surveillance des correspondances et communications téléphoniques pour des raisons liées à la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales (Cour EDH 6 septembre 1978, *Klass et autres c/ Allemagne*¹⁶⁷⁹).

3- La garde à vue

Avec le *Terrorism Act 2000*, la durée de la garde à vue en matière de terrorisme est portée à sept jours sur autorisation judiciaire. Dans cette lignée, l'article 306 du *Criminal Justice Act 2003* porte à quatorze jours le délai de la garde à vue en matière de lutte anti-terroriste.

Le *Terrorism Act 2006* approfondit cette tendance, et étend le délai de la garde à vue à 28 jours, alors même que le projet de loi initial avait prévu 90 jours, ce délai ayant été réduit par le Parlement. Cet allongement est cependant temporaire, et doit être confirmé périodiquement par le Parlement. Le projet du *Counter-Terrorism Act 2008* avait également tenté d'imposer un délai de 42 jours de garde à vue, mais le Parlement s'est encore opposé à cette prolongation. La loi du 1^{er} mai 2012 (*Protection of Freedoms Act*) réduit finalement le délai de 28 à 14 jours. Néanmoins, le gouvernement a déposé un projet de loi le 11 février 2011¹⁶⁸⁰ (*Draft Detention of Terrorist Suspects (Temporary Extension) Bill*), qui, s'il est voté, permettra de remettre le délai de 28 jours en vigueur pour une période de trois mois.

II - La répression du terrorisme

La répression du terrorisme peut prendre une forme administrative ou pénale assez classique (A), mais aussi revêtir un aspect financier plus moderne (B).

¹⁶⁷⁷ Le Conseil européen envisage les mesures suivantes : « propositions en vue de l'établissement de règles relatives à la conservation, par les fournisseurs de services, des données relatives au trafic des communications ; échanges d'informations sur les condamnations pour infractions terroristes ; poursuite transfrontalière ; un registre européen recensant les condamnations et les interdictions ; une base de données sur le matériel destiné aux analyses de police scientifique ; une simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres ».

¹⁶⁷⁸ La source d'une communication, la destination d'une communication, la date, l'heure et la durée d'une communication, le type de communication, la machine utilisée pour communiquer, la location des équipements de communication mobile.

¹⁶⁷⁹ N° 5029/71.

¹⁶⁸⁰ Le projet n'avait pas encore été adopté à la date de l'achèvement de cette contribution en septembre 2012.

A- La répression administrative et pénale

1- Le contrôle des organisations et individus suspectés de terrorisme

Comme les lois nord-irlandaises l'avaient fait, le *Terrorism Act 2000* autorise le Secrétaire d'Etat à l'Intérieur à dresser la liste des organisations terroristes interdites. Cette liste comprend actuellement des groupes internationaux comme Al Qaida, mais aussi des groupes nationaux tels l'IRA. La dissolution de partis politiques n'est en revanche pas prévue, alors même que le *Sinn Fein* ou les partis lui ayant succédé sont officiellement liés à l'Armée républicaine irlandaise. La Cour européenne des droits de l'homme admet pourtant la dissolution de partis liés à des organisations terroristes lorsque leur projet est incompatible avec la démocratie (Cour EDH 20 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c/ Espagne*¹⁶⁸¹). Par ailleurs, le *Counter-Terrorism Act 2008* crée un système analogue à celui applicable en matière de crimes sexuels, puisque les individus condamnés pour terrorisme doivent informer les autorités de police de leurs allées et venues.

2- La multiplication des moyens de détention

Les moyens administratifs de détention sont peut-être les mesures les plus critiquables et attentatoires aux libertés que connaît le droit britannique anti-terroriste. Ainsi, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, qui précède de sept mois le 11 septembre 2001, permet au Secrétaire d'Etat à l'Intérieur d'autoriser la détention administrative d'étrangers accusés d'activités terroristes mais non-expulsables. Toutefois, les tribunaux se sont opposés à ces dispositions manifestement incompatibles avec les droits fondamentaux. Ainsi, la décision du 16 décembre 2004 rendue par la Chambre des Lords à propos de la législation antiterroriste¹⁶⁸² est remarquable à deux titres.

En premier lieu, elle annule le règlement qui permet d'emprisonner des individus suspectés d'activités terroristes sans accusation ni procès, par dérogation au *Human Rights Act (Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001)*. Les Lords estiment que ce règlement n'est pas proportionné au but recherché et ne peut autoriser une dérogation en vertu de l'article 15 de la Convention. De plus, les Lords estiment que la section 23 de l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* n'est pas compatible avec les articles 5 et 14 de la Convention, car elle est disproportionnée, et permet la détention d'individus suspectés d'activités terroristes d'une manière telle qu'une discrimination est opérée sur la base de la nationalité ou du statut au regard du droit de l'immigration. Cette appréciation est confirmée par la Cour EDH par la suite¹⁶⁸³.

En tout état de cause, la loi expire le 13 mars 2005 si elle n'est pas renouvelée. Le *Prevention of Terrorism Act* promulgué le 11 mars 2005 tente de résoudre ces difficultés. Toutefois, les débats sur cette loi au Parlement ont été également houleux, car en dépit du fait majoritaire au Parlement britannique, des députés de la majorité n'hésitent pas à se rebeller de manière exceptionnelle lorsque les atteintes aux droits fondamentaux sont trop intenses.

En effet, le projet de loi sur la prévention du terrorisme de 2005¹⁶⁸⁴ est largement modifié par le gouvernement sous la pression des parlementaires lors de son examen dans les

¹⁶⁸¹ Nos 25803/04 et 25817/04.

¹⁶⁸² Chambre des Lords, *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56.

¹⁶⁸³ Cour EDH, 19 fév. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05.

¹⁶⁸⁴ *Prevention of Terrorism Bill* du 11 mars 2005.

Chambres. Les mesures controversées sont celles qui permettent au ministre de prendre des décisions sans contrôle judiciaire autre qu'un droit d'appel devant la *High Court*. Ces mesures (*control orders*), sont tous les moyens permettant de prévenir ou de faire cesser l'implication d'un individu dans une activité terroriste. Devant la rébellion de certains *MPs* et l'avis défavorable du *Joint Committee on Human Rights*¹⁶⁸⁵, le gouvernement apporte des garanties en permettant une intervention du pouvoir judiciaire concernant les *control orders* dérogatoires, c'est-à-dire ceux qui impliquent une privation de liberté. Ainsi, le ministre doit en référer à la *High Court* lorsqu'il souhaite qu'une telle mesure soit prise, et c'est le juge qui la prononce.

Notons cependant qu'une loi a été adoptée le 14 décembre 2011 (*Terrorism Prevention and Investigation Measures Act*), supprimant le système des *control orders*. De nouvelles mesures de prévention et d'enquête (*Terrorism Prevention and Investigation Measures*) doivent remplacer les anciens *control orders*, mais de manière tout aussi discutable, visent les suspects qui ne peuvent pas faire l'objet de poursuites ou d'une expulsion. En revanche, les privations de liberté ne peuvent plus être décidées, comme cela était possible grâce aux *control orders* dérogatoires. En outre, les nouvelles mesures n'auront pas une durée de validité supérieure à deux ans, alors que les *control orders* pouvaient s'appliquer indéfiniment.

3- L'aggravation des peines

Les lois britanniques successives se sont attachées à aggraver les peines sanctionnant les infractions de terrorisme. Par exemple, le *Terrorism Act 2006* modifie la peine de 10 à 15 ans de prison pour détention de matériel utilisé pour une infraction terroriste.

4- L'extradition ou l'expulsion

Le contentieux de l'expulsion ou de l'extradition a donné lieu à une jurisprudence fournie de la Cour EDH, depuis l'affaire *Soering*¹⁶⁸⁶ dans laquelle un citoyen allemand vivant au Royaume-Uni est accusé d'avoir commis un crime aux États-Unis, dans l'État de Virginie, où ce crime est passible de la peine de mort. Le Royaume-Uni ayant accédé à la demande d'extradition des États-Unis, le requérant conteste cette décision devant la Cour EDH. La Cour estime qu'eu égard à la très longue période à passer dans le couloir de la mort dans des conditions extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale, et à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction, une extradition vers les États-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3.

En conclusion, la décision ministérielle de livrer le requérant aux États-Unis violerait l'article 3 si elle recevait exécution. La Cour a cependant récemment assoupli sa position en jugeant qu'une extradition vers les États-Unis de personnes suspectées de terrorisme n'est pas susceptible de les exposer à des traitements inhumains ou dégradants¹⁶⁸⁷. Toutefois, la Cour a réaffirmé sa réticence envers une expulsion britannique d'un présumé terroriste, non en raison des risques éventuels auxquels le requérant aurait pu être exposé dans le pays d'arrivée, mais

¹⁶⁸⁵ Commission parlementaire sur les droits de l'homme. *Ninth Report (2004/2005): Prevention of Terrorism Bill: Preliminary Report*, HL 61, HC 389 (25 Feb. 2005).

¹⁶⁸⁶ Cour EDH, 7 juill. 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.

¹⁶⁸⁷ Cour EDH, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, n° 24027/07.

en raison d'une violation du droit au procès équitable, ses aveux ayant vraisemblablement été obtenus sous la torture¹⁶⁸⁸.

Finalement, la répression administrative et pénale des personnes suspectées puis condamnées pour des activités terroristes a fait l'objet d'une extension mais aussi d'une remise en cause sur le fondement d'une violation des droits fondamentaux. Il en est de même s'agissant des moyens de lutte contre les moyens financiers du terrorisme.

B- La répression économique

La lutte contre les moyens de financer le terrorisme fait partie des politiques les plus développées de l'Union européenne en matière de terrorisme. Elle comprend des mesures de gel des avoirs des terroristes (1) et de lutte contre le blanchiment d'argent (2).

1- Le gel des avoirs des terroristes

Le règlement 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 (concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme¹⁶⁸⁹) complète les procédures administratives et judiciaires relatives aux organisations terroristes dans l'Union européenne et les pays tiers. Il a pour but de prévenir et d'interdire le financement des actes de terrorisme, et vise des avoirs financiers tels que des fonds, actifs financiers, assurances, prêts etc.

Le principe est que tout actif financier appartenant à ces personnes est gelé. Les banques et institutions financières, ainsi que tous les ressortissants et personnes physiques ou morales des pays de l'Union européenne sont tenus de fournir les informations nécessaires pour faciliter l'observation du règlement, sous réserve de la confidentialité et du secret professionnel.

Ces mesures ont été largement inspirées par certaines initiatives de l'Organisation des Nations Unies. En effet, la résolution 1373 du Conseil de sécurité de l'ONU, adoptée le 28 septembre 2001, vise à lutter contre les moyens financiers du terrorisme en créant une obligation générale de gel des avoirs et des ressources des personnes et entités impliquées dans des actes de terrorisme.

Cependant, la résolution n'établit pas de liste des personnes suspectes, laissant le soin aux Etats d'appliquer ces mesures. Au niveau communautaire, l'Union européenne s'est chargée de l'établissement de la liste, en adoptant des positions communes (930 et 930/1) et le règlement (2580/02) le 27 décembre 2001. La liste de l'Union européenne distingue les personnes et entités externes à l'Union qui tombent sous le coup d'un gel immédiat de leurs avoirs financiers, et les personnes et entités internes à l'Union, ne faisant l'objet que de mesures de coopération policière renforcée.

¹⁶⁸⁸ Cour EDH 17 janv. 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09. Notons que la Cour EDH a ensuite rejeté la demande de renvoi de l'affaire en Grde ch. dans un arrêt du 9 mai 2012 (n° 8139/09). Cette affaire a suscité une vague de critiques de la Cour européenne au Royaume-Uni. Voir par exemple l'article de Charles Moore paru au Telegraph du 20 avril 2012 : *We can't reform the European Court of Human Rights, so let's end this nonsense ; The interminable Abu Qatada affair proves Britain needs to bring home the rule of law* - « Nous ne pouvons pas réformer la Cour européenne des droits de l'homme, alors mettons fin à ces absurdités ; L'interminable affaire Abu Qatada montre que la Grande-Bretagne doit retrouver un droit purement britannique ». Cette condamnation fut en outre l'origine directe des propositions britanniques de réforme du système de Strasbourg présentées lors de la conférence de Brighton le 20 avril 2012, visant notamment à accorder une marge d'appréciation plus vaste aux États.

¹⁶⁸⁹ V. dans le présent rapport, la contribution d'A. Amicelle sur les listes noires de l'Union européenne, p. 165.

Le droit britannique a tenu compte de l'obligation de gel des avoirs dès l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*. Toutefois, certains aspects concrets de cette obligation ont été remis en cause sous l'effet du droit de l'Union. Ainsi, le *Terrorist Asset-Freezing Act 2010* est adopté à la suite de la prise en compte par la Chambre des Lords de l'arrêt *Kadi* de la Cour de justice des communautés européennes du 3 septembre 2008. Dans cet arrêt, la Cour de justice examine un règlement communautaire d'exécution d'une position commune, qui désigne des personnes soupçonnées de terrorisme dont les avoirs doivent être gelés. Cette position fait suite à une résolution du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies imposant le gel des avoirs. En première instance, le TPICE¹⁶⁹⁰ confirme le règlement attaqué, en vertu de la primauté du droit international. La Cour ne juge pas ainsi, en estimant que la résolution du Conseil de sécurité méconnaît le droit de propriété et le droit à un procès équitable. La Cour annule le jugement du TPICE, mais aussi le règlement communautaire d'application de la résolution.

La Chambre des Lords a, contre toute attente, donné plein effet à cette décision dans trois arrêts du 27 janvier 2010¹⁶⁹¹. En l'espèce, la Chambre des Lords devait examiner deux règlements prenant la forme d'*orders in Council* (*Terrorism (United Nations Measures) Order 2006* - "TO" et le *Al-Qaida and Taliban (United Nations Measures) Order 2006* - "AQO"). Ces règlements ont été adoptés sur le fondement d'une loi de 1946 (*United Nations Act 1946*), permettant au gouvernement d'adopter de telles mesures afin de donner plein effet aux résolutions du Conseil de sécurité. Le premier règlement cependant va plus loin que les résolutions de l'ONU, en prévoyant qu'un gel des fonds peut concerner un individu dont une « *suspicion raisonnable* » permet de l'accuser de mener des activités terroristes. Le second règlement indique que toute personne inscrite sur la liste consolidée verra ses avoirs gelés de manière automatique, sans possibilité de recours.

La Chambre des Lords estime dans ses arrêts que ces dispositions doivent être annulées pour excès de pouvoir (*ultra vires*). En réaction contre la décision des Lords, le Parlement vote une validation rétroactive de l'ordonnance de 2006 (*Terrorist Asset-Freezing (Temporary Provisions) Act 2010* expirant le 31 décembre 2010), avant d'adopter la loi définitive (*Terrorist Asset-Freezing Act 2010*), qui crée notamment un droit au recours des individus inscrits sur la liste. Les individus peuvent ainsi contester non seulement la décision d'inscription sur la liste, mais aussi toute mesure financière les concernant. Ce recours doit être porté devant la *High Court* (article 26 de la loi)¹⁶⁹².

Notons qu'un contentieux analogue était né en Suisse s'agissant de ces mêmes résolutions des Nations Unies, fondement d'une série de restrictions frappant un individu inscrit sur une liste noire. Dans cette affaire portée devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*¹⁶⁹³), celle-ci a conclu à une violation de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et de l'article 13 relatif au droit au recours. La Cour estime en effet que la Suisse ne pouvait pas se contenter d'avancer la nature contraignante des résolutions du Conseil de sécurité, mais aurait dû prendre toutes les

¹⁶⁹⁰ TPICE, 21 sept. 2005, *Yusuf et autres c. Conseil et Commission*, aff. jtes T-306/01 et T-315/01.

¹⁶⁹¹ Chambre des Lords, *Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)* ; *Her Majesty's Treasury v Mohammed al-Ghabra (FC)* ; *R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v Her Majesty's Treasury* [2010] UKSC 2.

¹⁶⁹² Deux recours ont été formés sur ce fondement depuis l'entrée en vigueur de la loi. Le recours de M. Ismail Bhuta est devenu sans objet à la suite de son retrait de la liste le 19 novembre 2011, et le recours de M. Zana Rahim introduit en juin 2011 est toujours pendant.

¹⁶⁹³ N° 10593/08.

mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation particulière du requérant.

D'une particulière complexité, ce contentieux révèle ainsi les interactions entre le droit des Nations Unies, le droit de l'Union européenne et le droit de la CEDH. Il apparaît que le droit européen des droits fondamentaux est bien le droit de dernier ressort ou le référentiel au sein de l'Union européenne, ce que confirme la future ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par l'Union européenne.

2- La lutte contre le blanchiment d'argent

La lutte contre le blanchiment d'argent a été engagée par l'Union européenne notamment grâce à la directive du 10 juin 1991 (directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux¹⁶⁹⁴). Celle-ci a été transposée en droit britannique par le *Criminal Justice Act 1991*, le *Drug Trafficking Act 1994* et les *Money Laundering Regulations 1993*. La directive qui la modifie¹⁶⁹⁵ a été transposée par le *Proceeds of Crime Act 2002* et les *Money Laundering Regulations 2003*. Enfin, la troisième directive¹⁶⁹⁶ en la matière traite spécifiquement du terrorisme ; elle est transposée par les *Terrorism Act 2000 (Amendment) Regulations 2007*.

*
* * *

Finalement, le droit anti-terroriste du Royaume-Uni a été largement remanié sous l'influence du droit de l'Union et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est cependant notable qu'en l'absence de contrôle de constitutionnalité et de contrôle de conventionnalité au regard de la CEDH pouvant conduire à l'inapplication ou à la censure de lois contraires aux droits fondamentaux, le Parlement britannique peut décider de maintenir une législation ayant fait l'objet de condamnations au niveau européen, ceci étant d'autant plus dommageable que la future ratification de la CEDH par l'Union européenne confirme la primauté des droits du Conseil de l'Europe sur le droit de l'Union.

Vanessa Barbé

¹⁶⁹⁴ V. dans le présent rapport, la contribution de P. Bertoni sur la lutte contre le blanchiment de capitaux, p. 193.

¹⁶⁹⁵ Parlement européen et Conseil, Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, JO L 344 du 28 déc. 2001, p. 76.

¹⁶⁹⁶ Parlement européen et Conseil, Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JO L 309, 25 nov. 2005, p. 15.

Quelques aspects juridiques des effets du droit de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme en Allemagne

L'Allemagne a dû, et doit toujours, faire face au terrorisme, tant d'extrême gauche que d'extrême droite, et, plus récemment, au terrorisme international. Si, avant le 11 septembre 2001, la politique se concentrait surtout sur la lutte contre le terrorisme d'extrême gauche et d'extrême droite, les autorités estiment que le terrorisme islamiste constitue aujourd'hui la plus grande menace. Le gouvernement allemand a défini cinq objectifs qui déterminent la politique de la lutte contre le terrorisme¹⁶⁹⁷ :

- 1) la destruction des structures terroristes et la prévention d'une attaque terroriste, notamment par l'échange d'informations et la coopération entre les autorités ;
- 2) la prévention du terrorisme en combattant les origines des convictions radicales et en renforçant la démocratie ;
- 3) la protection de la population par la prise des mesures appropriées quant aux éventuels cibles d'une attaque terroriste, y compris le renforcement de la sûreté de l'aviation civile ;
- 4) la préparation des mesures à prendre en cas d'attaque ;
- 5) la coopération européenne et internationale.

Ayant fait l'objet d'attaques terroristes sur son propre territoire, l'Allemagne a, depuis longtemps, instauré une législation et une politique antiterroristes. Après 2001, elle les a développées et adaptées à la menace issue du terrorisme international. Ainsi, une partie de la législation antiterroriste allemande se fonde sur des dispositions adoptées bien avant le 11 septembre 2001 afin de faire face au terrorisme émanant de l'extrême gauche. Dans les années 70, la société allemande fut bouleversée par les attentats commis par la *Rote Armeeaktion* (RAF, Fraction armée rouge) qui visaient des représentants de la vie politique et économique. Dans le cadre de la lutte contre la RAF, l'article 10 de la Loi fondamentale protégeant l'inviolabilité du secret de la correspondance et des télécommunications a été modifié pour pouvoir adopter une loi permettant dans une large mesure de restreindre ce droit fondamental (dite aussi loi sur les écoutes téléphoniques, *Abhörsgesetz*)¹⁶⁹⁸.

Malgré l'amendement de l'article 10 de la Loi fondamentale, la loi sur les écoutes téléphoniques a d'abord été déclarée inconstitutionnelle par le *Bundesverfassungsgericht*, car elle prévoyait certains cas de figure dans lesquels l'intéressé n'était pas informé des mesures prises à son égard, même si une telle information ne compromettrait pas l'objectif de la surveillance. La loi a dû être modifiée par la suite.¹⁶⁹⁹

Mentionnons, par ailleurs, deux mesures, toujours en vigueur, adoptées en réaction aux attentats de la RAF, l'une d'elles est l'introduction des articles 138 *bis* et 138 *ter* dans le Code de la procédure pénale (StPO), selon lesquels un avocat peut être exclu de la procédure lorsqu'il est soupçonné de participer aux activités criminelles des accusés. Dans le même sens, en 1977, en réaction à plusieurs attentats au cours de la même année, une loi interdisant aux condamnés

¹⁶⁹⁷ Consulter le site internet du ministère allemand de l'intérieur : http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Sicherheit/Terrorismus/terrorismus_node.html.

¹⁶⁹⁸ *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses* du 13 août 1968 (BGBl. I S. 949), dernière version du 26 juin 2001 (BGBl. I S. 1254, ber. S. 2298).

¹⁶⁹⁹ L'affaire a été aussi portée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a rejeté le recours. V. Cour EDH, 6 sept. 1978, *Klass c. Allemagne*, req. n° 5029/71.

ou suspects de crime terroriste tout contact avec l'extérieur, y compris avec les avocats fut votée (*Kontaktsperregesetz*)¹⁷⁰⁰.

La législation antiterroriste adoptée avant 2001 visait le terrorisme de l'intérieur, mais n'était pas faite pour le terrorisme international. Après les attentats du 11 septembre 2001, à partir de sa législation existante, l'Allemagne a adopté de nouvelles mesures, dont certaines avaient pour objet de transposer des règles européennes ou de s'y conformer. C'est le cas, par exemple, de la loi visant à transposer la décision-cadre du 13 juin 2002¹⁷⁰¹, de la loi relative à la sûreté de l'aviation civile¹⁷⁰² mettant en œuvre le règlement n° 2320/2002/CE¹⁷⁰³ et de la loi relative à la lutte contre le blanchiment d'argent¹⁷⁰⁴ transposant les mesures européennes dans ce domaine¹⁷⁰⁵.

Les réflexions qui suivent visent, d'abord, à présenter la législation antiterroriste allemande après le 11 septembre 2001, en tenant compte, notamment, de l'influence du droit de l'Union. Ensuite, seront esquissés les problèmes de répartition de compétences des différentes autorités dans la lutte contre le terrorisme liés à la structure fédérale de l'Allemagne. Enfin, seront exposés plusieurs décisions du *Bundesverfassungsgericht* qui ont façonné la lutte antiterroriste en Allemagne.

I- La législation allemande antiterroriste entre la poursuite d'une politique antiterroriste autonome et la transposition des exigences européennes

Le législateur allemand a été très actif dans la lutte contre le terrorisme, et a adopté de nombreuses mesures indépendamment des initiatives européennes. Ainsi, peu après les attentats de New York et Washington, les premières mesures ont été adoptées, et ce dans un délai très bref. Dans le cadre du premier « *paquet de sécurité* », adopté le 19 septembre 2001, la loi relative aux associations (*Vereinsgesetz*) a été modifiée et ouvre désormais la possibilité d'interdire des associations extrémistes.

Le deuxième paquet de sécurité est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002 et comprend une centaine de mesures spécifiques. Les aménagements législatifs jugés nécessaires et portant sur des lois et des matières fort diverses ont été rassemblés dans un seul texte : la loi sur la lutte contre le terrorisme (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*)¹⁷⁰⁶. Les amendements concernent, par

¹⁷⁰⁰ V. les articles 31 à 38 de la loi introductive à la loi sur le système judiciaire (*Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*).

¹⁷⁰¹ *Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze du 20 déc. 2003*, BGBl I, p. 2836.

¹⁷⁰² *Luftsicherheitsgesetz*, BGBl. I S. 78, entrée en vigueur le 15 janv. 2005.

¹⁷⁰³ Parlement européen et Conseil, Règlement n° 2320/2002/CE du 16 déc. 2002 *relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile*, JO L 355 du 30 déc. 2002, p. 1.

¹⁷⁰⁴ *Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsgesetz)* entrée en vigueur le 21 août 2008, BGBl. I, 1690 ; *Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention*, entrée en vigueur le 29 déc. 2011, BGBl. I, 2959.

¹⁷⁰⁵ V. pour exemples : Parlement européen et Conseil Directive 2005/60/CE du 26 oct. 2005 *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 15 ; Commission européenne, Directive 2006/70/CE du 1^{er} août 2006 *portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des personnes politiquement exposées et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée*, JO L 214 du 4 août 2006, p. 29.

¹⁷⁰⁶ *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus* du 9 janv. 2002, BGBl. I p. 361.

exemple, le renforcement des contrôles aux frontières pour prévenir l'entrée de terroristes sur le territoire national, la création d'un passeport biométrique¹⁷⁰⁷, l'autorisation à la police fédérale de faire intervenir des *sky marshals* (agents armés) dans les avions et le renforcement des contrôles de sécurité ainsi que le contrôle annuel de la loyauté du personnel. En 2007, les mesures ont été évaluées et prolongées pour 5 ans¹⁷⁰⁸. En 2011, toutes les mesures ont été de nouveau prolongées pour une période de quatre ans.

Au regard de l'Union européenne, le législateur allemand a estimé que le droit national était en grande partie conforme à la décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002¹⁷⁰⁹ (ci-après décision-cadre 2002) et ne nécessitait que des modifications ponctuelles¹⁷¹⁰. Ainsi a dû être modifié l'article 129 *bis* du Code pénal (*Strafgesetzbuch*, ci-après StGB), qui sanctionne depuis les années 70 le fait de créer une organisation terroriste ou d'en être membre¹⁷¹¹. Cette disposition avait été adoptée pour lutter contre la RAF. Au cours de l'année 2002, l'article 129 *ter* a été introduit dans le Code pénal étendant l'incrimination des organisations terroristes à celles établies à l'étranger. Cette nouvelle disposition dépasse même les exigences du droit de l'Union, puisqu'elle s'applique également aux organisations établies hors de l'Union.¹⁷¹²

Dans le cadre de la transposition de la décision-cadre 2002, le catalogue des crimes prévu à l'article 129 *bis* StGB a été complété par les infractions terroristes énumérées dans les paragraphes 1, b), d), f) et g) de l'article 1 de la décision-cadre 2002, qui jusque là ne figuraient pas dans le droit allemand.¹⁷¹³ De même, l'article 129 *bis*, paragraphe 2 StGB a été modifié pour reprendre le libellé de la décision-cadre 2002 et exige que les actes soient 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 ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale* ». Il convient toutefois de relever que la reprise de ces critères dans le paragraphe 2 de l'article 129 *bis* StGB ne remplit pas entièrement les exigences de la décision-cadre 2002, car les infractions énumérées sous le paragraphe 1 de l'article 129 *bis* StGB, entre autres les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort, ne sont pas visées¹⁷¹⁴.

Au nombre des modifications imposés par la décision-cadre 2002, le législateur a augmenté les sanctions maximales pour certaines crimes, comme par exemple celles pour la participation à une activité terroriste et la direction d'un groupe terroriste.

Autant le législateur allemand avait vu peu de nécessités de modifier le droit allemand, autant la Commission européenne, dans ses rapports d'évaluation, a considéré que la décision-cadre 2002 n'avait pas été correctement transposée en droit allemand¹⁷¹⁵. Elle a ainsi reproché

¹⁷⁰⁷ Un recours constitutionnel est pendant.

¹⁷⁰⁸ *Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz*.

¹⁷⁰⁹ Décision-cadre 2002/475/ du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 164, p. 3.

¹⁷¹⁰ Projet de loi du 8 avril 2003, Ds. 15/813, p. 5.

¹⁷¹¹ L'article 129 *bis* StGB relatif à la formation d'associations de terroristes (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung).

¹⁷¹² Böse, *The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany*, in : Galli, Weyembergh, *EU counter-terrorism offences*, p. 65 (67).

¹⁷¹³ Le catalogue des crimes de l'article 129 *bis* StGB a donc été complété par : les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne ; le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à une infrastructure, un système informatique ; fabrication, possession, acquisition transport ou utilisation d'armes à feu, explosifs, d'armes nucléaires, biologiques, et chimiques ; la libération de substances dangereuses.

¹⁷¹⁴ Böse, *The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany*, *op. cit.*, p. 65 (68).

¹⁷¹⁵ COM(2004) 409 final, p. 7 ; COM(2007), 681 final, p. 8.

au législateur allemand de ne pas avoir créé une disposition autonome reprenant l'intégralité de l'article 1, paragraphe 1 de la décision-cadre 2002. Toutefois, l'on peut relever qu'il s'agit là d'une critique assez formaliste dès lors que le droit allemand punit dans d'autres textes des infractions équivalentes à celles énumérées sous l'article 1, paragraphe 1 (a) à (i) de la décision-cadre 2002.¹⁷¹⁶

En outre, la Commission européenne a reproché à l'Allemagne le fait que l'article 5, paragraphe 2 de la décision-cadre 2002, qui exige que soient imposées des peines privatives plus sévères que pour d'autres infractions, n'ait pas été transposé correctement. Cependant, l'on relèvera que le droit allemand permet d'imposer des sanctions plus sévères sur le fondement de l'article 46, paragraphe 2 StGB.¹⁷¹⁷

D'autres divergences entre le droit national et la décision-cadre peuvent être énumérées. S'agissant de l'article 2, paragraphe 1 de la décision-cadre 2002, il convient de noter qu'en droit allemand la notion d'« association de terroristes » se distingue de la notion de groupe terroriste. En effet, la définition d'association terroriste en droit allemand est plus étroite. Les associations terroristes sont caractérisées par une certaine organisation et la soumission de la volonté de l'individu à la volonté de l'association. Jusqu'à présent le *Bundesgerichtshof* refuse d'aligner la définition d'association terroriste sur la définition donnée par le droit de l'Union et donc, en particulier, de baisser les exigences quant aux critères d'organisation et de volonté¹⁷¹⁸.

Concernant ensuite l'article 3 de la décision-cadre 2002, celui-ci a été sensiblement modifié par la décision-cadre 2008.¹⁷¹⁹ Or, il n'y a pas de loi qui transpose explicitement la décision-cadre de 2008. Toutefois en 2009, la loi relative à la poursuite des actes de violence graves mettant en danger l'État¹⁷²⁰ a introduit trois nouveaux crimes: 1) la préparation des actes de violence mettant l'État en danger¹⁷²¹; 2) la prise de contact pour commettre un acte de violence grave mettant l'État en danger¹⁷²² et 3) l'initiation à commettre un acte de violence grave mettant l'État en danger¹⁷²³.

En ce qui concerne les sanctions relatives au recrutement pour le terrorisme¹⁷²⁴ et pour l'entraînement au terrorisme¹⁷²⁵, il semble que le droit allemand soit conforme à la décision-cadre 2008 ou que d'éventuelles lacunes n'aient pas d'effets en pratique. En revanche, la disposition relative à la provocation publique à commettre une infraction terroriste ne semble pas correctement transposée, et en particulier ni à l'article 111 STGB, ni à l'article 91 StGB¹⁷²⁶.

¹⁷¹⁶ Kreß/Gazeas, §19 *Terrorismus*, dans: Sieber, Brüner, Satzger, von Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden 2011, pt 16 et 20.

¹⁷¹⁷ Projet de loi du 8 avril 2003, Ds. 15/813, p. 6.

¹⁷¹⁸ Bundesgerichtshof, arrêts du 3 déc. 2009, 3 StR 277/09 et du 28 oct. 2010, 3 StR 179/10.

¹⁷¹⁹ Décision-cadre 2008/919/ du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 330, p. 21.

¹⁷²⁰ Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten du 30 juill. 2009, BGBl. I p. 2437.

¹⁷²¹ L'article 89 *bis* Code pénal, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.

¹⁷²² L'article 89 *ter* Code pénal, Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.

¹⁷²³ L'article 91 Code pénal, Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.

¹⁷²⁴ L'article 129, paragraphe 5, phrase 2 StGB.

¹⁷²⁵ L'article 89 *bis* StGB.

¹⁷²⁶ Kreß/Gazeas, §19 *Terrorismus*, dans: Sieber, Brüner, Satzger, von Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden 2011, pt 34.

Un autre problème de transposition concerne la réduction des peines prévue par l'article 6 de la décision-cadre. En effet, le droit allemand va jusqu'à permettre l'exemption totale d'une peine ce qui n'est pas conforme à la décision-cadre¹⁷²⁷.

Dans l'ensemble, l'on peut conclure que les décisions-cadre 2002 et 2008 n'ont pas sensiblement influencé le droit allemand¹⁷²⁸.

II- Les spécificités de la lutte antiterroriste en Allemagne résultant de la structure fédérale du pays

Lors de la construction de l'arsenal allemand de sécurité et de l'adoption de la législation antiterroriste, le législateur s'est trouvé face à une multitude de problèmes : à part la recherche d'un équilibre entre le besoin de sécurité et le respect nécessaire des droits fondamentaux et des principes de l'Etat de droit, il lui faut respecter la répartition des compétences, non seulement entre le Bund et les Länder, mais aussi entre les différentes autorités, notamment entre la police et les services de renseignement. En effet, en Allemagne, les débats sur la politique antiterroriste à mettre en œuvre portaient largement sur des questions de compétence. Les Länder ayant pu conserver leurs compétences, plusieurs mesures adoptées depuis 2001 concernent l'échange d'informations et la coopération entre les différentes autorités.

En effet, un problème particulier de la lutte antiterroriste tient à la structure fédérale de l'Allemagne et à l'existence d'une multitude d'autorités. D'une part, il y a les autorités de police des *Länder* et celles du Bund, notamment l'Office fédéral de la police criminelle (*Bundeskriminalamt*) et la Police fédérale (*Bundespolizei*). D'autre part, mis à part l'Office fédéral de protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), chaque *Land* dispose d'un service de renseignement.

En principe, la lutte anti-terroriste incombe à la police qui exerce sa mission sous le contrôle des Länder. Les *Länder* ayant insisté sur les compétences que leur confère la Loi fondamentale, de nombreuses mesures adoptées après 2001 concernent l'échange d'informations et la coopération entre les différentes autorités¹⁷²⁹. Toutefois les compétences des autorités fédérales ont été étendues. Ainsi, par exemple, l'Office fédéral de police criminelle est désormais compétent pour détourner le terrorisme international dans l'hypothèse où il n'y a pas lien spécifique avec un *Land*.

Les autorités de police et les services de renseignement doivent être indépendants l'un de l'autre, mais néanmoins coopérer de manière très étroite. Cependant, cette coopération n'est pas sans enjeux constitutionnels. En fait, sans être explicitement inscrit dans la Loi fondamentale, le principe de séparation (*Trennungsprinzip*) fait partie de l'ordre constitutionnel allemand. Ce principe tirant les conséquences des expériences vécues sous le régime nazi vise une séparation des compétences de la police et des services de renseignement. Plus précisément, selon ce principe, les services de renseignement ne disposent pas d'un pouvoir de contrainte. Ils ne doivent pas interroger des personnes, saisir des objets ou fouiller des maisons¹⁷³⁰.

¹⁷²⁷ Böse, *The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany*, op. cit., p. 65 (72).

¹⁷²⁸ Ibid, p. 77.

¹⁷²⁹ Ibid.

¹⁷³⁰ R. Bergemann, « Die neue Sicherheitsarchitektur der Bundesrepublik Deutschland », *NJW*, 2007, p. 876 s.

Sous l'angle du principe de séparation, la loi relative à une base de données visant la lutte contre le terrorisme (*Anti-Terror-Datei*), entrée en vigueur le 31 décembre 2006 est fortement critiquée. La base de données contenant des informations sur l'état civil, la religion, l'éducation, les coordonnées bancaires et la possession d'armes par des terroristes ou des personnes suspectes peut être consultée par la police et les services de renseignement. La critique qui lui est faite est qu'elle porte atteinte à la séparation entre ces deux acteurs¹⁷³¹.

III. La législation antiterroriste allemande à l'épreuve du *Bundesverfassungsgericht*

Les lois anti-terroristes touchant de manière sensible les droits fondamentaux, elles font souvent l'objet de recours en constitutionnalité (*Verfassungsbeschwerde*) devant le *Bundesverfassungsgericht*¹⁷³². Le risque qu'une loi soit annulée par le *Bundesverfassungsgericht* n'est pas purement hypothétique. Plusieurs lois anti-terroristes ont fait l'objet de recours en constitutionnalité et ont dû être modifiées par la suite. Dans de nombreux cas, c'est le *Bundesverfassungsgericht* qui a dû trancher les questions hautement délicates et aux forts enjeux politiques.

En ce qui concerne le rôle du *Bundesverfassungsgericht*, on reproche parfois à celui-ci de se substituer au législateur au lieu de simplement veiller à la protection des droits fondamentaux. Sans qu'il soit nécessaire d'approfondir cette question, les exemples suivants démontrent en tout état de cause l'influence considérable de cette haute juridiction allemande sur la législation et la politique antiterroriste du pays.

A- Profilage électronique

Après 2001, les autorités allemandes de police ont couramment eu recours à la recherche de terroristes islamistes par profilage électronique de manière coordonnée à travers l'Allemagne, c'est-à-dire à des recherches globales assistées par ordinateur établissant une trame afin de cerner le cercle des suspects (*Rasterfahndung*). En fait, le profilage vise à déterminer des critères ou indicateurs personnels physiques ou comportementaux qui permettent d'établir un lien éventuel entre un certain type de personne et un crime donné.

Après les attentats du 11 septembre 2001 le profilage était considéré approprié pour détecter des terroristes « dormants » (« *Schläfer* »). Pourtant, ces recherches ne sont pas une nouveauté. En effet, elles étaient appliquées dès les années 70. Une base légale explicite n'a été introduite que dans les années 90 dans les lois de police des *Länder*, qui sont compétents en la matière.

Après 2001, la nouveauté est venue de ce que certains *Länder* envisageaient l'application du profilage en cas de danger général. Par un arrêt du 4 avril 2006 le *Bundesverfassungsgericht*, en s'appuyant sur le principe de proportionnalité, a jugé que, pour que ces recherches soient admissibles, l'existence d'un danger général ne suffit pas mais qu'il faut un danger concret. Il faut donc une probabilité suffisante d'un danger concret et continu dans un avenir proche. Le profilage est admissible, lorsque les autorités de police disposent d'éléments de faits concrets indiquant que des attentats terroristes sont en cours de planification ou de réalisation¹⁷³³.

¹⁷³¹ *Ibid.*

¹⁷³² Cour constitutionnelle fédérale qui peut être saisie par chaque citoyen qui s'estime lésé dans ses droits fondamentaux.

¹⁷³³ *Bundesverfassungsgericht*, 4 avr. 2006, 1 BvR 518/02.

B- Perquisitions en ligne (*on-line Durchsuchungen*)

Dans la lutte contre le terrorisme, certains *Länder* ont également eu recours aux perquisitions en ligne. Ainsi une loi du *Land* de Rhénanie-du-Nord-Westphalie autorisait le service de protection de la Constitution de ce *Land* à intervenir sur les ordinateurs personnels, notamment à s'y introduire secrètement au moyen de « *chevaux de Troie* ». Dans le cadre de l'examen de cette loi, le *Bundesverfassungsgericht* a reconnu et défini un nouveau droit fondamental, celui à la protection de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes informatiques¹⁷³⁴. Tout en admettant que les perquisitions en ligne sont en principe admissibles, la haute juridiction constitutionnelle a posé des conditions précises.

Elle a démontré que les droits fondamentaux traditionnels garantis par la Loi fondamentale et ceux développés par sa propre jurisprudence ne suffisent plus pour faire face aux dangers résultant du développement des nouvelles technologies. Selon le *Bundesverfassungsgericht*, le nouveau droit fondamental, rattaché aux droits de la personnalité, protège l'intérêt de l'utilisateur à ce que les données personnelles enregistrées restent confidentielles et à ce que soit protégée l'intégrité des systèmes informatiques. En d'autres termes, des tiers ne sauraient y avoir accès.

Une loi permettant les perquisitions en ligne doit surtout respecter le principe de proportionnalité. À cet égard, conformément à l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht*, les perquisitions en ligne ne sont admissibles que lorsqu'il y a des indices réels d'une menace concrète pour une valeur d'une importance primordiale comme la vie humaine, la liberté d'une personne ou l'existence de l'Etat. Le législateur doit prendre des mesures afin de protéger la sphère totalement privée. Ainsi, la collecte de ces données particulièrement sensibles doit être évitée ; si cela n'est pas possible, il faut qu'elles soient supprimées dans les meilleurs délais et exclues de toute utilisation. Par ailleurs, une perquisition en ligne doit, en principe, être soumise à l'accord préalable d'un juge. La loi en question, autorisant les perquisitions en ligne, ne satisfaisait pas à ces conditions. Elle a donc été déclarée inconstitutionnelle.

C- Conservation des données générées ou traitées

Par arrêt du 2 mars 2010¹⁷³⁵, le *Bundesverfassungsgericht* a estimé que certaines dispositions de la loi sur les télécommunications et du Code de procédure pénale, qui ont transposé la directive 2006/24/CE 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, ne sont pas conformes à la Loi fondamentale. Partant, il les a déclarées nulles.

Dans son arrêt, le *Bundesverfassungsgericht* a admis qu'en principe, une efficacité accrue des poursuites pénales, la prévention des risques et le fait de permettre aux services de renseignements de remplir leurs tâches sont des objectifs légitimes pouvant justifier la conservation des données. Cependant, le *Bundesverfassungsgericht* a relevé qu'au vu de la gravité de l'atteinte portée au secret des télécommunications par l'enregistrement de données de télécommunication pendant six mois, des mécanismes de protection assurant le respect, malgré cette atteinte, du principe de proportionnalité doivent être prévus. La possibilité d'établir des profils de personnalité des usagers des outils de communication électroniques

¹⁷³⁴ *Bundesverfassungsgericht*, 27 févr. 2008, 1 BvR 370/07 ; 1 BvR 595/07.

¹⁷³⁵ *Bundesverfassungsgericht*, 2 mars 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*.

nécessite, selon les juges de Karlsruhe, des mesures législatives préventives appropriées pour garantir que l'enregistrement constitue l'exception et non la règle.

Le *Bundesverfassungsgericht* a exposé de manière très détaillée les exigences à respecter pour que les nouvelles dispositions à adopter soient désormais compatibles avec la Loi fondamentale. Elles se rapportent notamment à la sécurité des données enregistrées, l'étendue de l'utilisation des données, la transparence, la protection juridictionnelle et les sanctions en cas d'une violation du secret des télécommunications.

A ce jour, l'Allemagne est dans l'attente d'une nouvelle loi qui devra respecter les conditions posées par le *Bundesverfassungsgericht*. En raison de la transposition incorrecte ou incomplète de la directive 2006/24/CE, la Commission européenne a introduit un recours en manquement qui est actuellement pendant devant la CJUE¹⁷³⁶.

D- Sûreté de l'aviation civile

Afin d'adapter les règles allemandes relatives à la sûreté aérienne aux exigences du règlement n° 2320/2002/CE¹⁷³⁷ relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, l'Allemagne a adopté la loi relative à la sécurité aérienne, entrée en vigueur le 15 janvier 2005 (*Luftsicherheitsgesetz*). La constitutionnalité de cette loi, qui a pour but de protéger l'aviation civile de détournements d'aéronefs et d'attentats terroristes, a fait l'objet de vives discussions. Suite à un arrêt du *Bundesverfassungsgericht* qui l'a déclarée nulle pour violation formelle et matérielle de la loi fondamentale, dans la mesure où elle permet aux forces armées d'abattre tout aéronef qui risque d'être employé en tant qu'arme à l'encontre d'êtres humains, elle a dû être modifiée.

Selon le *Bundesverfassungsgericht*, il n'existe aucune justification pour une intervention armée contre un avion, car son crash est provoqué dans pratiquement tous les cas et conduit avec un haut degré de probabilité à la mort de tous les passagers.

La vie et l'intégrité physique, ainsi que la dignité humaine des passagers qui sont étrangers à une telle activité criminelle, seraient violées. Selon la haute juridiction constitutionnelle, il n'est pas concevable que l'Etat puisse, sur la base d'une habilitation législative, tuer intentionnellement des personnes innocentes. De telles interventions des forces armées ne sont pas conciliables avec le droit de chacun à la vie et avec l'obligation de l'Etat de protéger ce droit.

Par une ordonnance du 3 juillet 2012, l'assemblée plénière du *Bundesverfassungsgericht* s'est écartée du raisonnement de cet arrêt dans la mesure où il concerne l'intervention de l'armée sur le territoire allemand. En effet, dans l'arrêt du 15 février 2006, prononcé par la première chambre du *Bundesverfassungsgericht*, il avait été souligné que la Loi fondamentale ne permettait pas une telle intervention. L'assemblée plénière, saisie à la demande de la seconde chambre qui souhaitait adopter une position différente, a maintenant relativisé cette interprétation en estimant qu'une intervention armée sur le territoire allemand pourra avoir lieu dans le respect de conditions très strictes. Il faudrait notamment craindre la production d'un dommage d'ordre catastrophique. Soulignons qu'il est toutefois toujours interdit d'abattre un avion¹⁷³⁸.

¹⁷³⁶ CJUE, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-329/12 en cours, recours introduit le 11 juil. 2012.

¹⁷³⁷ Parlement européen et Conseil, Règlement n° 2320/2002/CE du 16 déc. 2002 *relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile*, JO L 355, 30 déc. 2002, p. 1.

¹⁷³⁸ Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 3 juil. 2012, 2 PBvU 1/11.

E- Mandat d'arrêt

En 2004, l'Allemagne a transposé la décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres¹⁷³⁹. La loi de transposition a été déclarée inconstitutionnelle et nulle par le *Bundesverfassungsgericht*¹⁷⁴⁰ et a été modifiée par la suite¹⁷⁴¹. Selon le *Bundesverfassungsgericht*, le législateur allemand n'avait pas épuisé les marges de transposition de la décision-cadre afin de la transposer d'une manière qui affecte le moins possible les droits fondamentaux.

Le législateur aurait dû prévoir les motifs de non-exécution du mandat européen prévus par l'article 4, n° 7, lettre a et b, de la décision-cadre. Plus précisément, le *Bundesverfassungsgericht* a imposé au législateur allemand d'instaurer la possibilité de refuser une demande d'extradition lorsque les infractions ont été commises en tout ou partie sur le territoire allemand mais que leurs effets se produisent à l'étranger. Au regard du principe de proportionnalité, le *Bundesverfassungsgericht* a relevé qu'une décision relative à l'extradition d'un ressortissant allemand doit au moins être précédée d'un examen concret et approfondi de chaque cas d'espèce.

La nouvelle loi de transposition prévoit maintenant, conformément à l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht*, la possibilité de rejeter une demande d'extradition lorsque le ressortissant allemand concerné est poursuivi en Allemagne pour le même fait que celui qui est à la base du mandat européen, ou lorsque le ministère public allemand a décidé de ne pas engager des poursuites pour l'infraction faisant l'objet du mandat d'arrêt européen ou d'y mettre fin. De cette façon il est assuré qu'un ressortissant allemand qui n'a pas quitté le territoire allemand et qui, selon le droit allemand, n'a pas commis d'infraction ne pourra pas être extradé. Suite à l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht*, le droit allemand prévoit maintenant une possibilité de recours contre la décision admettant l'extradition.

*
* * *

En raison de ses expériences liées au terrorisme interne et la crainte d'être une cible du terrorisme international, l'Allemagne a adopté de nombreuses mesures et dispose d'une législation antiterroriste très étendue. Toutefois, la transposition des décisions-cadre connaît quelques lacunes en droit allemand, car le législateur n'a pas reproduit les dispositions européennes à la lettre, mais les a insérées dans la législation existante. Par ailleurs, seul le futur pourra dire dans quelle mesure certaines notions du droit de l'Union comme celle de « groupe terroriste » aura des répercussions sur le droit allemand.

Même si l'Allemagne poursuit d'une certaine manière, sa propre politique antiterroriste, il ne faudrait pas sous-estimer l'influence du droit de l'Union sur le droit allemand, car les mesures européennes sont souvent à l'origine des lois adoptées.

Notons enfin que les lois antiterroristes faisant souvent l'objet de recours en constitutionnalité devant le *Bundesverfassungsgericht*, c'est celui-ci qui indique au final la façon dont doivent être mises en balance sécurité et liberté.

Anke Geppert

¹⁷³⁹ Loi du 21 juil. 2004, BGBl. 2004 I, 1748, modifiée par la loi du 20 juillet 2006, BGBl. 2006, I, 1721.

¹⁷⁴⁰ Bundesverfassungsgericht, arrêt du 18 juillet 2005, 2 BvR 2236/04.

¹⁷⁴¹ Loi du 20 juil. 2006, BGBl. 2006, I, 1721.

La lutte contre le terrorisme en Espagne : des instruments internationaux au service des intérêts nationaux

Traditionnellement, les études qui s'intéressent à « *la lutte contre le terrorisme dans le droit et dans la jurisprudence de l'Union européenne* » se réfèrent autant aux travaux entrepris au niveau de l'Union européenne qu'à leur incorporation et mise en œuvre au sein des différents droits nationaux. Or, dès lors que le cas de l'Espagne est analysé, une perspective différente mérite d'être adoptée. En effet, en matière de lutte contre le terrorisme, le droit espagnol connaît de longue date une législation très développée qui a en outre été prise en considération lors de la rédaction de différents instruments internationaux de lutte contre le terrorisme, notamment au sein de l'Union européenne.

En Espagne, au niveau sociologique, le terrorisme a longtemps été perçu comme une menace constante, à cause de son impact sur le libre exercice des droits et des libertés. Cela s'explique aisément si l'on considère qu'au cours des quarante dernières années, il y a eu plus de mille morts en Espagne à cause du terrorisme, ainsi que des milliers de blessés, et que le pays a subi le 11 mars 2004, à Madrid, l'attentat terroriste le plus meurtrier qui ait été commis en Europe (191 morts et des centaines de blessés).

Au niveau juridique, le terrorisme est considéré comme un crime au regard du Code pénal et des lois pénales ordinaires. Le Code pénal espagnol actuel date de 1995¹⁷⁴². Il a connu depuis 25 modifications, la dernière datant du 23 décembre 2010¹⁷⁴³. La lutte contre le terrorisme est donc menée au sein de ce cadre juridique.

Une analyse partant du droit interne vers les instruments normatifs internationaux relatifs à la lutte contre le terrorisme permet de mieux comprendre la position particulière de l'Espagne. Cet Etat a en effet habituellement adopté d'abord des dispositions normatives internes pour ensuite en négocier l'internationalisation dans les forums compétents. De manière générale, l'objectif est que les conventions internationales reprennent et harmonisent le plus grand nombre d'éléments normatifs déjà présents dans sa législation nationale. L'Espagne chercherait ainsi à légitimer ses instruments répressifs internes grâce à l'existence d'un parapluie normatif international et notamment européen.

D'ailleurs, la position espagnole lors des négociations internationales est d'introduire dans les instruments normatifs internationaux des dispositions qui sont généralement polémiques au niveau interne. Ainsi, non seulement les droits pénaux internes s'internationalisent (multiplication des définitions d'infractions de nature pénale au niveau international : terrorisme, traite, trafic de stupéfiants...) mais le niveau de répression s'élève également et le moment à partir duquel commence la protection de nature pénale s'anticipe (actes préparatoires, financement des activités criminelles...).

Cette stratégie a une incidence également dans le domaine de la protection internationale des droits de l'Homme. En effet, l'existence d'instruments normatifs reprenant des dispositions du droit interne offre à l'Espagne une couverture législative internationale souvent utilisée lors des différentes procédures internationales de protection des droits de

¹⁷⁴² Loi organique 10/1995, du 23 nov. 1995, BOE 2-3-1996.

¹⁷⁴³ Loi organique 5/2010 du 23 déc. 2010, BOE 23-6-2010.

l'Homme (Comité des droits de l'Homme, Comité contre la Torture...)¹⁷⁴⁴ que les décisions-cadres de l'Union européenne (et d'autres conventions internationales de lutte contre le terrorisme) peuvent fournir. Par ailleurs, lorsqu'une telle couverture internationale n'existe pas, l'on observe que le législateur espagnol s'y réfère néanmoins, moyennant des interprétations larges, voire hasardeuses, des instruments internationaux.

Ainsi, à l'analyse du droit de l'Union européenne au regard de la législation antiterroriste espagnole (I) suivra une réflexion sur la justification d'une telle législation interne au regard du droit de l'Union européenne (II).

I- Le droit de l'Union européenne au regard de la législation antiterroriste espagnol

Le Code pénal espagnol ne propose pas de définition générale du terrorisme¹⁷⁴⁵. Après la réforme de 2010¹⁷⁴⁶, il se réfère, d'une part, aux organisations ou groupes terroristes (article 571) et, d'autre part, à des infractions terroristes concrètes qu'il énumère aux articles 572 à 579. L'article 571.3 précise néanmoins que les organisations ou groupes terroristes sont ceux « *qui ont pour finalité ou objet de subvertir l'ordre constitutionnel ou d'altérer gravement la paix publique* ».

En ce qui concerne le cadre normatif international, la réforme de 2010 précise qu'elle a pour objet, entre autres, d'incorporer le droit de l'Union européenne et cite expressément une liste de décisions-cadres que la loi organique 5/2010 transpose¹⁷⁴⁷. Parmi celles-ci, figure la décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2008¹⁷⁴⁸, qui modifie, précise la loi organique espagnole, la décision-cadre (2002/475/JAI) relative à la lutte contre le terrorisme. Par conséquent, si l'on s'en tient au texte normatif espagnol, la modification du Code pénal de 2010 semble incorporer la décision-cadre 2008/919/JAI. Or, une analyse du Code pénal antérieur à la réforme de 2010 montre qu'aucune modification n'était nécessaire. Il en est allé de même en 2002, lors de l'adoption de la première décision-cadre précitée relative à la lutte contre le terrorisme. Toutefois, la Commission européenne, dans son rapport portant sur la transposition de la décision-cadre (2002/475/JAI) a considéré que le droit espagnol comptait quelques lacunes, ce qui n'a pourtant pas été pris en considération par le législateur espagnol.

En effet, le régime juridique existant en Espagne avant l'adoption des décisions-cadres (2002/475/JAI et 2008/919/JAI) comprenait déjà tous les éléments que de telles décisions harmonisent.

A- L'adoption de la décision-cadre 2002/475/JAI au regard du Code pénal espagnol

L'article premier de la décision-cadre 2002/475/JAI identifie une série de délits constitutifs de terrorisme¹⁷⁴⁹. Contrairement à la plupart des Etats membres de l'Union

¹⁷⁴⁴ V. *infra* pour plus de précisions.

¹⁷⁴⁵ Pour une étude en français de la législation pénale espagnole (antérieure à la réforme de 2010), V. A. Asua Batarrita et M. Alvarez Vizcaya, « La répression du terrorisme en Espagne », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, n° 28, pp. 215-236.

¹⁷⁴⁶ « Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal », *BOE*, n° 152, 23 juin 2010, sec. I., pp. 54811-54883.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, « *Disposición final sexta. Incorporación de Derecho de la Unión Europea* ».

¹⁷⁴⁸ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, article premier, « *Infractions terroristes et droits et principes fondamentaux* ».

européenne, qui ont dû procéder à des modifications de leur législation pénale en matière de terrorisme afin de l'adapter, le Code pénal espagnol incluait déjà tous ces délits même avant l'adoption de la décision-cadre de juin 2002 (articles 572 à 579 du Code pénal espagnol)¹⁷⁵⁰.

L'article premier précise au premier paragraphe : « *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, 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 une organisation internationale* ». Suit une série de délits qui trouvent tous leur corollaire dans le Code pénal espagnol (CP) de la manière suivante :

- a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort (article 572.1 CP, qui sanctionne celui qui cause la mort d'une personne) ;
- b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne (article 572 CP concernant la responsabilité dans les blessures causées à autrui) ;
- c) l'enlèvement ou la prise d'otages (article 572.2 CP) ;
- d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou produire des pertes économiques considérables (la sanction de ces actes est prévue à l'article 346 CP, modifié par l'article 571 CP)
- e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectif ou de marchandises (articles 265 et 266, aggravée par l'article 574 si elle est réalisée à des fins militaires) ;
- f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques ou chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement (article 573 CP) ;
- g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines (article 571 CP) ;
- h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines (article 346 CP, modifié par l'article 571 CP) ;
- i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h) (articles 169 et 170 CP).

Il convient de souligner que le Code pénal espagnol contenait déjà toutes ces dispositions de la décision-cadre avant son adoption en 2002 et que les modifications que le Code pénal a connues par la suite n'avaient aucun rapport avec la transposition de la décision-cadre. Au contraire, il s'agissait toujours de modifications qui allaient au-delà de la décision-cadre, afin de compléter la liste d'infractions terroristes ou d'en élargir les définitions.

B- Les modifications apportées par la décision-cadre 2008/919/JAI au regard du Code pénal espagnol

Lors des négociations de la décision-cadre de 2002, une série d'infractions liées aux activités terroristes avaient été écartées au regard des difficultés qu'elles posaient pour certains Etats. Elles étaient cependant déjà présentes dans quelques droits nationaux et notamment

¹⁷⁵⁰ La définition du droit pénal espagnol a également eu son influence, dans le cadre des Nations Unies, sur les travaux en cours dans la Stratégie mondiale contre le terrorisme du 8 sept. 2006.

dans le droit espagnol. Il s'agissait notamment du cas de l'apologie, incluse dans le Code pénal espagnol, mais que l'Espagne décida de ne pas négocier l'inclusion en 2002, craignant que son refus fasse échouer l'ensemble de la négociation. Ce n'est qu'en 2008 qu'une modification de la décision-cadre de 2002 est adoptée afin d'y introduire les infractions terroristes suivantes : la provocation publique à commettre une infraction terroriste, le recrutement pour le terrorisme et l'entraînement pour le terrorisme, lorsqu'ils sont commis intentionnellement. La décision-cadre 2008/919/JAI vient en effet compléter cette lacune : « [d]es sanctions devraient être prévues à l'encontre des personnes physiques ayant intentionnellement commis, ou des personnes morales jugées responsables, une provocation publique à commettre des infractions terroristes, le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme »¹⁷⁵¹.

La modification de la décision-cadre de 2002, afin d'y inclure de telles infractions, fut défendue dès le départ par l'Espagne, dans la mesure où cet Etat considérait qu'il s'agissait là d'une lacune en la matière mais surtout, dans la mesure où le droit espagnol les comprenait déjà et avait dû faire face, au niveau interne, à une série de difficultés juridiques et politiques¹⁷⁵². En outre, il convient de rappeler que cette décision-cadre est avant tout la suite de la Convention pour la prévention du terrorisme du Conseil de l'Europe, cadre que l'Espagne avait privilégié (par rapport à Bruxelles) et y avait déployé de nombreux efforts afin qu'un certain nombre d'infractions, dont l'apologie, soient incluses.

Or, c'est avec surprise que l'on lit, dans le préambule de la loi organique de 2010 qui modifie le Code pénal, que la loi « *incorpore certaines nouveautés en application des obligations législatives dérivées de la décision-cadre 2008/919/JAI* »¹⁷⁵³ alors même que le droit espagnol en vigueur lors de l'adoption de la décision-cadre semblait être déjà en conformité avec celle-ci. D'ailleurs, lors des négociations, l'Espagne avait veillé à ce que la décision-cadre ne s'éloigne pas de ce qui était déjà prévu aux articles 576 (collaboration dans des activités terroristes) et 579 (provocation, conspiration et proposition) du Code pénal alors en vigueur.

La loi de 2010 ne s'en arrête pas là et donne plus de détails par rapport aux transpositions qu'elle considère comme étant en cours de réalisation :

D'une part, il y est souligné qu'en application de cette décision-cadre, le Code pénal espagnol introduit une nouvelle disposition (l'article 576.3) qui « *élargit le concept de collaboration avec une organisation ou groupe terroriste, en y assimilant des agissements qui posaient jusqu'à présent des difficultés juridiques : il s'agit désormais de pouvoir répondre pénalement de manière adéquate aux agissements de groupes ou cellules - et même à des conduites individuelles - qui ont pour objet le recrutement, l'endoctrinement, l'entraînement ou la formation de terroristes* »¹⁷⁵⁴.

Or, la décision-cadre de 2008 se réfère exclusivement à « *la provocation publique à commettre une infraction terroriste* »¹⁷⁵⁵ (en plus du recrutement et de l'entraînement pour le terrorisme¹⁷⁵⁶ déjà inclus à l'article 576.1). Par conséquent, l'endoctrinement auquel se réfère le Code pénal après la réforme de 2010 ne se trouve pas dans la décision-cadre de 2008, contrairement à ce que laisse entendre le préambule de la loi organique espagnole de 2010. D'ailleurs, la décision-cadre souligne clairement que « [l]a provocation publique à commettre des infractions terroristes, le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme sont des

¹⁷⁵¹ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI, *op. cit.*, § 11.

¹⁷⁵² V. *infra* arrêts de la Cour suprême et de la Cour constitutionnelle.

¹⁷⁵³ "Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", *BOE*, n° 152, 23 juin 2010, sec. I., p. 54823, § XXIX. Traduit par nos soins.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.* Traduit par nos soins.

¹⁷⁵⁵ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI, *op. cit.*, article premier, § 2.a).

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, article premier, §2.b) et c).

infractions intentionnelles. Rien dans la présente décision-cadre ne peut dès lors être interprété comme visant à réduire ou à entraver la diffusion de données à des fins scientifiques, académiques ou d'information. L'expression d'opinions radicales, polémiques ou controversées dans le cadre d'un débat public sur des questions politiquement sensibles, y compris le terrorisme, ne relève pas du champ d'application de la présente décision-cadre ni, en particulier, de la définition de la provocation publique à commettre des infractions terroristes »¹⁷⁵⁷.

Le texte préalable à la réforme de 2010 contenait déjà un large éventail de conduites constitutives d'actes préparatoires aux infractions de terrorisme, telles que la collaboration au maintien de l'infrastructure organisationnelle de groupes terroristes ou les recels. Il pouvait également s'agir d'actes d'information, de surveillance, de logement, d'entrepôt, de dissimulation, de transfert de membres des groupes terroristes, de stages d'entraînement, ou encore de tout autre acte qui aurait la même efficacité et, de manière générale, de tout autre acte équivalent à une coopération, aide ou médiation, notamment de nature économique.

La référence au soutien des « *objectifs* » du groupe armé doit être comprise au sens d'une facilitation de la commission d'infractions de terrorisme, notamment en matière de coordination, information, etc., et non pas comme un simple soutien idéologique. Dans son arrêt 2/1997, du 29 novembre 1997, la Cour suprême espagnole a considéré que la cession par le parti politique *Herri Batasuna* de ses espaces électoraux à la télévision à l'ETA afin d'y diffuser une vidéo dans laquelle le groupe terroriste présentait ses idées politiques était constitutive de l'infraction de collaboration avec le terrorisme.

Bien que la vidéo n'ait finalement pas été diffusée, 23 membres de la « *Table Nationale d'HB* » furent condamnés pour collaboration avec le terrorisme à des peines de 7 ans d'emprisonnement ainsi qu'à une amende. Cependant, par la suite, la Cour constitutionnelle espagnole annula cette condamnation, en déclarant que la règle était inconstitutionnelle. Elle considéra que la peine prévue dans le Code pénal était excessive pour des cas comme ceux qui étaient jugés, et violait par là le principe de proportionnalité¹⁷⁵⁸. L'article 576, avec la condition « *d'équivalence matérielle* » des aides, permet d'exclure le soutien ayant le caractère de propagande.

D'autre part, le préambule de la loi organique de 2010 précise que, toujours en application de la décision-cadre de 2008, le nouveau Code pénal inclut (article 579) « *les conduites de distribution ou diffusion publique, par n'importe quel moyen, de messages ou consignes qui, sans être constitutives d'autres infractions déjà prévues (provocation, conspiration ou proposition pour la réalisation d'une action criminelle concrète), se sont avérées être indéniablement propices à générer un bouillon de culture dans lequel, à un moment donné, peut murir la décision exécutoire de commettre un délit* »¹⁷⁵⁹.

Il y est néanmoins précisé que, tels que l'exigent la décision-cadre et la convention du Conseil de l'Europe sur le terrorisme, ces conduites devront générer ou augmenter un risque certain de commission d'une infraction terroriste. Or la décision-cadre de 2008 ne se réfère qu'à la notion de « *provocation publique à commettre une infraction terroriste* », qui y est définie comme « *la diffusion ou toute autre forme de mise à la disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions énumérées à l'article 1^{er}, § 1, points a) à h), lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions*

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, préambule, considérant 14.

¹⁷⁵⁸ Cour suprême espagnole, 20 juil. 1999, STC 136/1999.

¹⁷⁵⁹ « *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* », *op. cit.*

puissent être commises »¹⁷⁶⁰. Or, l'infraction terroriste de provocation publique était déjà présente dans le Code pénal avant la réforme de 2010 et avant même l'adoption de la décision-cadre de 2008.

En conséquence, la loi organique de 2010 va bien au-delà de la décision-cadre 2008/919/JAI et introduit de nouvelles infractions qu'elle justifie pourtant comme étant des transpositions de la décision-cadre. Il s'agit là de faire passer des élargissements de la catégorie d'infractions terroristes sous couvert d'obligations internationales.

II- La justification de la législation antiterroriste espagnole au regard du droit de l'Union européenne

L'inclusion, dans des textes normatifs internationaux, de dispositions du droit espagnol peut être interprétée comme constitutive d'une reconnaissance internationale de la légalité et de la légitimité des instruments normatifs internes. Celle-ci est notamment fort pratique pour faire face aux éventuelles critiques relatives à la compatibilité des instruments répressifs internes avec les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme. L'Espagne peut donc se protéger désormais, en grande partie, derrière les impératifs de transposition du droit de l'Union européenne dans le droit interne. Les instruments internationaux présentent, de ce fait, un intérêt certain afin de justifier l'adoption de certaines mesures de lutte contre le terrorisme.

A- Les polémiques relatives à la définition du terrorisme

La définition que le Code pénal fournit du terrorisme a souvent suscité des critiques de la part des mécanismes internationaux de protection des droits de l'Homme. Par exemple, lors du dernier examen de l'Espagne par le Comité des droits de l'Homme¹⁷⁶¹, dans ses observations finales, celui-ci « *se déclare préoccupé par la portée potentiellement trop extensive des définitions du terrorisme en droit interne, telles qu'elles figurent dans les articles 572 à 580 du Code pénal espagnol, qui pourrait mener à des violations de plusieurs droits consacrés par le Pacte* »¹⁷⁶². Il recommande en conséquence que : « [l']Etat partie devrait définir le terrorisme de manière restrictive et faire en sorte que les mesures de lutte contre le terrorisme soient pleinement conformes au Pacte. Il devrait notamment envisager de modifier les articles 572 à 580 du Code pénal afin de limiter leur application aux seules infractions qui sont indiscutablement des infractions de terrorisme méritant d'être traitées en tant que telles ».

Dans les commentaires du Gouvernement espagnol concernant de telles observations, l'Espagne critique le fait que le Comité ne précise pas quels articles du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques ni quels droits visés par celui-ci sont violés par la définition du terrorisme telle qu'elle figure dans le Code pénal espagnol et souligne que « *le Gouvernement espagnol ne voit pas sur quelle définition internationale du délit de terrorisme se fonde le Comité, ni dans quelle mesure il entre dans son mandat de proposer une telle définition* »¹⁷⁶³.

¹⁷⁶⁰ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/919/JAI, *op. cit.*, article premier, § 1.a).

¹⁷⁶¹ Comité des droits de l'homme, Quatre-vingt quatorzième session Genève, 13- 31 oct. 2008.

¹⁷⁶² Observations finales du Comité des droits de l'homme, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 janv. 2009, p. 3, §10.

¹⁷⁶³ Commentaires du Gouvernement espagnol concernant les observations finales du Comité des droits de l'homme, CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 26 janv. 2009, p.3, §11.

Par la suite, le Gouvernement espagnol précise que non seulement la définition du terrorisme énoncée dans le Code pénal espagnol est conforme à la légalité internationale mais qu'en outre, « [s]ur le plan régional, l'Espagne s'aligne sur la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme; ce texte, auquel elle est juridiquement liée, respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Tous les articles pertinents du Code pénal s'accordent avec les articles correspondants de la décision-cadre »¹⁷⁶⁴.

Déjà dans ses réponses aux questions écrites du Comité portant sur la définition du terrorisme¹⁷⁶⁵, le gouvernement espagnol avait eu l'occasion de souligner : « Les articles du Code pénal de l'Etat partie ne peuvent pas être compris sans faire référence au cadre de l'Union européenne, dans la mesure où les actes de terrorisme sont définis par la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, modifiée par la décision du Conseil de l'UE du 23 avril 2008 »¹⁷⁶⁶. L'Espagne en déduit : « les définitions pénales prévues par la législation espagnole sont parfaitement conformes à la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil »¹⁷⁶⁷. Elle en conclut ensuite que « [l]e fait de considérer que la législation espagnole ait pu enfreindre les dispositions des articles 2 et 15 du Pacte équivaut à considérer que la législation élaborée dans le cadre de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice serait également contraire à ces dispositions »¹⁷⁶⁸.

Quelques mois plus tard, le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme M. Martin Scheinin, affirme dans son rapport portant sur sa mission en Espagne, qu'il a, en ce qui concerne les articles 572 à 579 du Code pénal espagnol, « quelques réserves sur ces dispositions qui, à son avis, ne respectent pas pleinement les conditions de légalité reconnues à l'article 15 du Pacte »¹⁷⁶⁹. Le Rapporteur manifeste notamment ses doutes par rapport à « l'article 574 qui condamne toute autre infraction commise afin de subvertir l'ordre constitutionnel ou d'altérer la paix publique. Le manque de précision dans la rédaction de cet article court le risque de l'appliquer à des délits qui n'entraînent pas ou n'auraient pas de relation suffisante avec l'élément intentionnel de provoquer la mort ou des lésions corporelles graves »¹⁷⁷⁰.

La question de l'adéquation de la définition du terrorisme dans le Code pénal espagnol aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme s'est posée à nouveau, cette fois-ci dans le cadre de l'examen de l'Espagne par le Comité contre la torture¹⁷⁷¹. Dans les

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 3, §12. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁶⁵ Liste des points à traiter à l'occasion de l'examen du cinquième rapport périodique de l'Espagne, CCPR/C/ESP/Q/5, 7 août 2008, p. 2, question 3 : « Veuillez commenter la signification, la portée et les limites des articles 572 à 580 du Code pénal qui comportent des risques d'élargissement de la notion de terrorisme à des actes de violence graves contre la population en général. Veuillez préciser notamment si les articles 572 à 580 du Code pénal sont compatibles avec les dispositions du Pacte, spécialement celles des articles 2 et 15. Veuillez indiquer si l'Etat partie entend apporter des modifications aux articles 572 à 580 du Code pénal de manière à en assurer la totale compatibilité avec le Pacte ».

¹⁷⁶⁶ Réponses à la liste de questions (CCPR/C/ESP/Q/5) à traiter à l'occasion de l'examen du cinquième rapport périodique du gouvernement espagnol, CCPR/C/ESP/Q/5/Add.1, 14 oct. 2008, question 3, p. 10. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*, p.11. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁶⁹ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, Addendum, Mission to Spain, A/HRC/10/3/Add.2, 16 Dec. 2008, § 8. Traduit par nos soins.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ Comité contre la torture, Quarante-troisième session, Genève, 2-20 nov. 2009.

questions adressées au Gouvernement espagnol, le Comité inclut la suivante : « *Selon les informations dont dispose le Comité, les dispositions des articles 572 à 579 du Code pénal (délits de terrorisme) sont trop vastes et n'observeraient pas explicitement les conditions du principe de légalité bien établi. À ce propos, veuillez aussi indiquer s'il a été réalisé un suivi des recommandations récemment formulées par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme, ayant donné lieu à une procédure d'examen de l'adéquation de ces articles du Code pénal avec les définitions en vigueur par des experts indépendants* »¹⁷⁷².

Le Gouvernement espagnol y répond en employant à nouveau le « *parapluie Union européenne* ». Il commence en effet sa réponse en précisant : « *Le délit de terrorisme est réglementé par les articles 572 à 579 du Code pénal, qui doivent être interprétés en relation avec la décision-cadre 2002/475/JAI de l'Union européenne (UE) de lutte contre le terrorisme, modifiée par la Décision du Conseil de l'UE du 23 avril 2008. Cette décision-cadre de l'UE est, à ce jour, en l'absence d'une convention internationale intégrale en matière de terrorisme, l'unique instrument législatif international qui définit et énumère les actes intentionnés considérés comme des délits de terrorisme. Rappelons que, par sa nature, cette Décision est obligatoire pour tous les Etats membres de l'UE* »¹⁷⁷³.

Pour l'heure, il s'agit là des dernières observations faites à l'Espagne sur ce point. En effet, non seulement le Comité contre la torture n'est pas revenu sur ce point lors de ces observations finales, mais également, lors de l'examen universel périodique de l'Espagne, le 5 mai 2010, aucune référence n'a été faite à la définition du terrorisme dans le droit espagnol. En effet, tous les commentaires que l'Espagne a reçus concernant le terrorisme portaient sur d'autres questions et notamment sur les garanties des détenus et plus particulièrement sur les dispositions normatives prévoyant leur mise au secret¹⁷⁷⁴. Il en va de même, au niveau européen, en ce qui concerne les rapports du Comité européen pour la prévention de la torture¹⁷⁷⁵.

B- L'anticipation de la réponse punitive et la prévention du terrorisme

Une autre question portant sur ce qui est considéré comme infraction terroriste en Espagne a également fait l'objet d'observations, voire d'arrêts, de la part de différentes institutions internationales en charge de la protection des droits de l'Homme. Il s'agit cette fois-ci, au-delà de la définition du terrorisme, d'en limiter la portée et les contours. Or, l'on assiste dans le droit comparé à une tendance à l'anticipation de la réponse punitive ayant pour objet ultime la prévention de la commission d'actes de terrorisme. Ces réactions des ordres juridiques internes ont déjà eu des répercussions au niveau international comme constaté *supra* avec la décision cadre 2008/919/JAI.

D'ailleurs, lors de la négociation de cette décision-cadre, la question de savoir s'il s'agissait par-là de restreindre la liberté d'association et de réunion a été posée par la Suède et a

¹⁷⁷² Liste des points à traiter à l'occasion de l'examen du 5^{ème} rapport périodique de l'Espagne, Comité contre la torture, CAT/C/ESP/Q/5, 24 juil. 2009, p. 2, question 3.

¹⁷⁷³ Réponses à la liste des points à traiter du Comité contre la torture pour le 5^{ème} rapport périodique de l'Espagne, CAT-3/C/ESP/Q/5/Add.1, question 3, p. 10, § 38. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁷⁴ Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel (Espagne), Conseil des droits de l'homme, 15^{ème} session, A/HRC/15/6, 16 juin 2010.

¹⁷⁷⁵ Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), from 19 Sept. to 1 Oct. 2007, CPT/Inf(2011)11, 25 mars 2011.

suscité des débats houleux. En effet, alors que la Suède voulait inclure une disposition (inspirée de la décision-cadre sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal)¹⁷⁷⁶ suivant laquelle l'on ne pouvait pas obliger un Etat à prendre des mesures contraires à ses normes constitutionnelles relatives à la liberté d'association et d'expression et particulièrement contre les libertés de presse et d'expression dans les médias.

L'Espagne s'est opposée dès le départ à l'insertion d'une telle disposition dans la mesure où le texte de la décision-cadre, selon cet Etat, ne tentait en aucun cas de limiter ou restreindre ces droits sinon qu'il s'agissait d'incriminer des conduites qui, de manière significative, s'éloignaient du droit à exprimer librement des idées et des opinions.

D'ailleurs, la décision-cadre ne saurait être contraire à l'article 6.2 TUE relatif au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La solution de compromis a consisté en l'insertion dans la décision-cadre de l'article 2 portant sur les principes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression mais ne se référant pas à la liberté d'association et dont la teneur est la suivante : « [l]a présente décision-cadre n'a pas pour effet d'obliger les Etats membres à prendre des mesures contraires aux principes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression, en particulier à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles ou des règles régissant les droits et responsabilités de la presse ou d'autres médias ainsi que les garanties de procédure en la matière, lorsque ces règles portent sur la détermination ou la limitation de la responsabilité ».

Le Code pénal espagnol réprime, à l'article 576, la collaboration avec les activités ou les finalités d'une organisation ou groupe terroriste. Après avoir énuméré une série d'actes constitutifs de l'infraction de collaboration (« l'information ou la surveillance de personnes, biens ou installations ; la construction, l'aménagement, la cession ou l'utilisation de logements ou de dépôts ; l'occultation ou le transfert de personnes liées à des organisations ou groupes terroristes ; l'organisation de pratiques d'entraînement ou la participation à celles-ci »), il inclut une clause ouverte : « de manière générale, toute autre forme équivalente de coopération, aide ou médiation, qu'elle soit économique ou d'un autre genre ».

C'est sur cette base juridique que furent rendues illégales plusieurs organisations et entreprises du domaine de la communication, en raison de leur lien avec l'ETA, et que 47 personnes furent condamnées en tant que membres, dirigeants de l'ETA ou collaborateurs¹⁷⁷⁷. Dans son arrêt, la *Audiencia Nacional*¹⁷⁷⁸ considéra que la collaboration était une conduite qui impliquait la participation à des activités de l'organisation terroriste, bien qu'il s'agisse d'une infraction résiduelle constituée par des faits qui ne seraient pas en soi criminels mais qui, par simple activité ou risque abstrait, pouvaient acquérir un caractère criminel.

Dans ce même arrêt, il y est considéré qu'une organisation terroriste se caractérise non seulement par l'emploi direct de moyens violents et un certain degré de permanence dans le temps de sa structure et ses activités, mais qu'elle peut également se composer d'une pluralité de personnes non armées mais qui se concertent afin de réaliser une activité coordonnée avec les actions violentes d'une organisation terroriste, dont la finalité ultime est la commission d'infractions. Au contraire, dans une autre affaire concernant la fermeture du journal basque *Egunkaria* de par les liens qu'il aurait pu avoir avec l'organisation terroriste ETA, la même

¹⁷⁷⁶ Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/913/JAI du 28 nov. 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, JO L 328 du 6 déc. 2008, p. 55.

¹⁷⁷⁷ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n° 5, arrêt n° 73 du 19 déc. 2007, p. 632.

¹⁷⁷⁸ Tribunal compétent pour connaître de certains crimes, notamment de ceux concernant la criminalité organisée, dont le terrorisme.

Audiencia Nacional a considéré cette fois-ci qu'il n'y avait pas d'infraction¹⁷⁷⁹.

C'est précisément sur cet article 576 du Code pénal espagnol que le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme a exprimé son inquiétude. D'après lui, l'élargissement du crime de collaboration, déjà défini vaguement dans le Code pénal, pourrait atteindre des comportements qui n'auraient pas de relation avec des activités violentes. Il avertit à cet égard : « *Si une conduite constitue un délit dans la mesure où elle suppose un soutien au terrorisme, les éléments de cette conduite qui la convertissent en délit de terrorisme doivent être clairs* »¹⁷⁸⁰.

Il s'est également référé à l'arrêt de la *Audiencia Nacional* de 2003, en exprimant sa crainte par rapport à la qualification d'organisation terroriste pour des actions qui, selon lui, ne pourraient pas être qualifiées de terroristes. Il rappelle : « *any restriction on fundamental human rights must be lawful, proportionate and efficient in relation to the goal of countering terrorism. This is of particular importance in a context where the activities of several associations, including media enterprises, political groups and grass-roots organizations, have been subject to court proceedings because of alleged links to terrorism* »¹⁷⁸¹.

Par ailleurs, la loi organique n° 6/2002 du 27 juin 2002, remplaçant la loi relative aux partis de 1978, a établi le régime en vigueur pour les partis politiques, en tant qu'instruments fondamentaux de la participation politique, développant par-là les dispositions de l'article 6 de la Constitution. Elle établit notamment que les partis politiques qui agissent d'une manière incompatible avec la démocratie, notamment en soutenant la violence politique et les activités de groupes terroristes, peuvent être dissouts à travers une procédure qui n'est pas de nature pénale. La constitutionnalité de cette loi organique a été confirmée¹⁷⁸² par un arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol n° 48/2003 du 12 mars 2003.

C'est en application de cette loi que le Tribunal suprême a déclaré illégaux les partis *Herri Batasuna*, *Euskal Herriarrok* et *Batasuna*, en considérant qu'ils menaient des activités de soutien au terrorisme¹⁷⁸³. La Cour EDH a confirmé la conformité de cet arrêt et de la loi espagnole avec la Convention européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 30 juin 2009¹⁷⁸⁴, dans lequel elle a estimé que, bien que la dissolution d'une formation politique constitue une mesure exceptionnelle, elle était totalement justifiée pour défendre la démocratie, dans la mesure où le fonctionnement d'un parti ne pouvait mettre en danger la démocratie elle-même. Plus récemment, les partis politiques *Acción Nacionalista Vasca* et *Partido Comunista de las Tierras Vascas* ont également été rendu illégaux pour les mêmes raisons. A nouveau, la Cour EDH a considéré qu'il n'y avait pas de violation de la Convention¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁷⁹ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera, arrêt n°27, du 12 avr. 2010, notamment pp. 5-8.

¹⁷⁸⁰ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, Addendum, Mission to Spain, A/HRC/10/3/Add.2, 16 déc.2008, p. 7, § 9. Traduit par nos soins.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 9, § 13.

¹⁷⁸² Tribunal constitutionnel espagnol, Arrêt du 12 mars 2003, n° 48/2003, disponible sur le site internet :

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8016>.

¹⁷⁸³ Tribunal suprême, salle spéciale article 61, affaires 6/2002 et 7/2002, arrêt du 27 mars 2003.

¹⁷⁸⁴ Cour EDH, 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, req. n° 25803/04 et 25817/04. V. également Cour EDH, 30 juin 2009, *Herritarren Zerrenda c. Espagne*, req. n° 43518/04 ; 30 juin 2009, *Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et Autres c. Espagne*, req. n° 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03.

¹⁷⁸⁵ Cour EDH, 7 déc. 2010. *Affaire, Eusko Abertzale Ekintza - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne*, req. n° 51762/07 et 51882/07.

Il convient en outre de remarquer le contrôle strict exercé au préalable par le Tribunal constitutionnel espagnol ces dernières années. En effet, celui-ci a lui-même considéré, dans certaines affaires, que l'application de la loi organique n° 6/2002 par le Tribunal suprême avait été excessive, permettant, en conséquence, à des partis politiques initialement délégalisés de se présenter aux élections¹⁷⁸⁶.

Avant que l'arrêt de la Cour EDH ne soit rendu, le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme avait émis des doutes vis-à-vis de la loi en question, en craignant que certaines de ses dispositions puissent être interprétées de manière à inclure tout parti politique qui, à travers des moyens politiques pacifiques, tente d'atteindre des objectifs politiques similaires à ceux poursuivis par les groupes terroristes¹⁷⁸⁷.

*
* * *

Par conséquent, bien que certaines des mesures de lutte contre le terrorisme adoptées par l'Espagne suscitent des doutes par rapport à leur compatibilité avec les instruments de protection des droits de l'homme, à ce jour, il n'est possible de constater que quelques hésitations mesurées par rapport à la définition du terrorisme.

En revanche, dans un domaine qui s'éloigne des mesures de lutte contre le terrorisme *stricto sensu*, des critiques plus virulentes, voire même des condamnations de la Cour EDH, vont avoir lieu. C'est en effet sur les droits et garanties des détenus que la plupart des observations des comités de protection des droits de l'homme ont porté et qui ont même donné à certaines condamnations de la part de la Cour EDH. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une question qui concerne exclusivement la lutte contre le terrorisme mais, de manière générale, les droits procéduraux des détenus en matière pénale, certaines mesures prévues dans la procédure pénale en Espagne ont été appliquées essentiellement à des détenus dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, notamment la détention avec mise au secret et des conditions plus strictes pendant la garde à vue.

A plusieurs reprises, des détenus accusés de terrorisme ont affirmé avoir subi des mauvais traitements au cours de la détention. Plusieurs affaires sont arrivées jusqu'à la Cour EDH qui a condamné l'Espagne, non pas pour violation, d'un point de vue substantiel, de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, relative à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants mais sous son volet procédural. En effet, par exemple, dans une affaire récente, la Cour « *eu égard à l'absence d'une enquête approfondie et effective au sujet des allégations défendables du requérant selon lesquelles il avait subi des mauvais traitements au cours de la détention, [...] estime qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention sous son volet procédural* »¹⁷⁸⁸.

Le domaine des droits procéduraux dans le cadre des procédures pénales fait également l'objet de négociations et de l'adoption de décisions-cadre depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Peut-être s'agira-t-il là d'une nouvelle occasion pour certains Etats, et

¹⁷⁸⁶ Tribunal constitutionnel, 21 mai 2009, *Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos (IISP)*; 5 mai 2011, *Bildu*, 20 juin 2012, *Sortu*.

¹⁷⁸⁷ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, *op. cit.*

¹⁷⁸⁸ Cour EDH, 8 mars 2011, *Beristain Ukar c. Espagne*, req. n° 40351/05, § 34. Il s'agit là de la même conclusion que dans les affaires *San Argimiro Isasa c. Espagne* du 28 sept. 2010, req. n° 2507/07, et *Martínez Sala et autres c. Espagne* du 2 nov. 2004, req. n° 58438/00.

notamment pour l'Espagne, très active dans les négociations, de bénéficier à nouveau de la légitimité que donne le « *parapluie européen* » auprès des différentes institutions internationales pour la protection des droits de l'Homme.

Ana Peyró Llopis

L'implication du droit de l'Union européenne et du droit international dans la lutte contre le terrorisme en Grèce

Etant donné que la Grèce n'a jamais été à l'abri des actes terroristes et a connu des jours noirs à cause des événements tragiques, des mesures antiterroristes ont été prises très tôt dans le but de renforcer la sécurité interne et de réprimer les actes de violence grave. Les mesures adoptées concernaient divers domaines du droit et visaient non seulement à prévenir les attaques terroristes mais, aussi, à faire face à leurs conséquences.

Les textes juridiques de nature purement interne en la matière portaient, par exemple, sur la répression pénale (lois n° 774/1978¹⁷⁸⁹ et n° 1916/1990¹⁷⁹⁰), l'interdiction de publier dans la presse des avis, des communications et des déclarations des organisations terroristes et de leurs membres (loi n° 1916/1990 susmentionnée), la politique sociale par l'attribution des retraites et des allocations spéciales (lois n° 1897/1990¹⁷⁹¹ et n° 1977/1991¹⁷⁹²)¹⁷⁹³, ainsi que des exonérations spéciales (loi n° 4038/2012¹⁷⁹⁴) aux victimes des actes terroristes et à leurs familles ou par le traitement favorisé des étudiants enfants des victimes du terrorisme concernant leur accès aux établissements universitaires (loi 3966/2011¹⁷⁹⁵ et 4071/2012¹⁷⁹⁶) et leur transfert éventuel dans des établissements universitaires d'autres villes (loi n° 3282/2004¹⁷⁹⁷), l'organisation administrative des services de police et le recrutement des agents de police¹⁷⁹⁸ (loi n° 2721/1999¹⁷⁹⁹), ainsi que sur *le contenu des émissions radiotélevisées* (régulation n° 2/1991 du Conseil national de la radiotélévision relative aux émissions radiotélevisées¹⁸⁰⁰).

L'application de toutes ces mesures antiterroristes a mis en lumière la relation fragile et complexe entre le terrorisme et la préservation des droits fondamentaux. Le problème qui s'est posé est notamment celui de la conciliation de la sécurité avec la liberté. La mise en œuvre de

¹⁷⁸⁹ Journal officiel A' 64 du 4 mai 1978. Ladite loi a été abrogée par l'article 9 de la loi n° 1366/1983 sans être remplacée par d'autres dispositions antiterroristes analogues jusqu'à l'adoption de la loi n° 1916/1990.

¹⁷⁹⁰ Journal officiel A' 187/1990. Ladite loi a été adoptée à la suite d'une nouvelle attaque de l'organisation terroriste appelée « 17 Novembre » et a été abrogée par l'article 35, § 1 de la loi n° 2172/1993 (Journal officiel A' 207/1993). Pour une approche critique des dispositions de ladite loi, V. G. Papadimitriou, « Les questions de constitutionnalité de l'article 6, § 1 de la loi n° 1916/1990 » (en grec) *Applications de Droit Public* (en grec) 1992, pp. 32 et s., A. Xanthaki, « Faits à l'origine de la loi antiterroriste (loi n° 1916/1990) » (en grec) *in Applications de Droit Public* (en grec), 1992, pp. 37 et s.

¹⁷⁹¹ Journal officiel A' 120 du 11 sept. 1990.

¹⁷⁹² Journal officiel A' 185 du 5 déc. 1991

¹⁷⁹³ Voir, à titre indicatif, les arrêts n° 1364/2008, 4345/2009 et 1902/2010 du Conseil d'Etat.

¹⁷⁹⁴ Journal officiel A' 14 du 2 févr. 2012, articles 21, § 3 et 23.

¹⁷⁹⁵ Journal officiel A' 118/2011, article 59, § 11.

¹⁷⁹⁶ Journal officiel A' 85 du 11 avr. 2012

¹⁷⁹⁷ Journal officiel A' 208 du 1^{er} nov. 2004.

¹⁷⁹⁸ V. à titre indicatif, les arrêts n° 622/2004 et 2367/2010 du Conseil d'Etat, dans lesquels il a été jugé qu'étant donné que le personnel de certains services de police pourrait faire face, entre autres, à des actes terroristes, il n'est pas contraire au principe de l'égalité d'exclure les femmes de l'occupation de ces postes.

¹⁷⁹⁹ Journal officiel A' 112/1999.

¹⁸⁰⁰ L'article 4 de cette Régulation prévoit : « ...2. *Les crimes, le terrorisme, la violence et d'autres actes cruels ou inhumains ne doivent pas être ni célébrés ni promu...* ». Voir, à cet égard, Conseil d'Etat, arrêt n° 3728/2006.

Les dispositions de l'article 4 de ladite Régulation ont été reprises par l'article 13 du décret présidentiel n° 77/2003 portant sur le Code de déontologie des émissions d'information et des émissions politiques. Voir, à cet égard, l'arrêt n° 1230/2011 du Conseil d'Etat.

la législation antiterroriste susmentionnée s'est ainsi trouvée dans une relation tendue avec nombre de droits individuels consacrés par la Constitution hellénique, par exemple la liberté d'expression, la liberté de la presse, le droit à une vie privée et familiale¹⁸⁰¹, le droit à un procès équitable, etc.¹⁸⁰²

Par ailleurs, hormis les initiatives adoptées au niveau purement national, la Grèce, s'inscrivant dans le contexte de l'effort entrepris à l'échelle européenne et internationale pour lutter contre le terrorisme, a adopté les mesures nécessaires en vue de respecter ses engagements en tant qu'Etat membre de l'Union européenne et de l'Organisation des Nations Unies. Sur ce plan, elle a adopté des textes législatifs et des actes réglementaires par lesquels lesdites obligations ont été transposées dans le droit interne.

A cet égard, il convient d'emblée de signaler la dispersion des dispositions en cause et la nécessité de leur codification, qui n'a été que très récemment entamée par le législateur grec en matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme¹⁸⁰³. Qui plus est, l'appartenance de la Grèce, comme de tout pays de l'Union européenne, aux Nations Unies se traduit en l'obligation de mettre en place parallèlement des mesures fixées par ces deux institutions internationales, ce qui risque de soulever des questions délicates concernant les rapports, aussi bien entre le droit européen et les résolutions du Conseil de sécurité¹⁸⁰⁴, qu'entre le droit national et les droits européen et international.

Dans le but de présenter l'état actuel du droit grec et faire le bilan des progrès accomplis en matière de respect des obligations de lutte contre le terrorisme découlant des droits européen et international, il convient de présenter les principaux domaines de l'implication du droit de l'UE et du droit international (I) avant d'aborder les enjeux de cette implication (II).

I- Domaines de l'implication du droit de l'Union européenne et du droit international

Après une analyse de la problématique de la définition du terrorisme et des actes terroristes (A), nous allons entamer une présentation des stratégies de lutte contre le terrorisme adoptées à la suite de l'incorporation des dispositions européennes et internationales dans le droit interne (B).

A- La définition du terrorisme et des actes terroristes

La première loi antiterroriste (loi n° 774/1978) qui a criminalisé les actes préparatoires et la création d'un groupe terroriste, ainsi que le fait de commettre un acte parmi ceux définis dans l'article 1 de ladite loi dans un but terroriste, a provoqué de sérieuses objections de la part de la doctrine. Comme le soulignait à l'époque la Commission des droits constitutionnels et des libertés individuelles du Barreau d'Athènes¹⁸⁰⁵, les dispositions de la loi n° 774/1978 fournissaient « *une définition imprécise et vague* » des nouvelles infractions¹⁸⁰⁶. Plus

¹⁸⁰¹ V., à titre indicatif, l'arrêt n° 3335/2007 du Conseil d'Etat.

¹⁸⁰² V., entre autres, G. Papadimitriou, « Les questions de constitutionnalité de l'article 6, § 1 de la loi n° 1916/1990 », *op.cit.*

¹⁸⁰³ V., notamment, la loi n° 3691/2008 « Prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme » (Journal officiel A' 166/05.08.2008).

¹⁸⁰⁴ V. CJCE, 3 sept. 2008, aff. *Kadi et Al Barakaat*, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-06351.

¹⁸⁰⁵ V. sa décision in *Tribune Juridique* (en grec) 1978, pp. 259 et s.

¹⁸⁰⁶ L'article 1, § 1 de ladite loi prévoit que le crime de la création d'un groupe terroriste est commis lorsque, par exemple, une personne crée un groupe ou y participe « *dans le but de commettre : a) un meurtre...* », tandis que,

précisément, ces dispositions criminalisaient des actes qui constituaient déjà des crimes de droit commun prévus dans d'autres dispositions du Code pénal, qui sont de même restées en vigueur.

Par ailleurs, cette criminalisation était fondée sur l'identification du caractère « *terroriste* » aussi bien des groupes criminels¹⁸⁰⁷ que du but criminel des particuliers¹⁸⁰⁸. A cet égard, en dehors du risque de créer un « *chaos juridique* » à cause de l'imprécision de ces nouvelles dispositions et, notamment, de l'absence de précision législative de l'adjectif « *terroriste* », on a aussi mis l'accent sur l'inconstitutionnalité desdites dispositions, étant donné que, les définitions de ces actes criminels devaient être conformes aux exigences de la Constitution hellénique, parmi lesquelles figurent la protection de la dignité humaine (article 2, § 1) et le respect de la légalité des délits et des peines (article 7, § 1).

Les mêmes problèmes d'imprécision ont été soulevés à l'occasion de la législation antiterroriste suivante (loi n° 1916/1990), qui a été finalement abrogée par l'article 35, § 1 de la loi n° 2172/1993. Suite à cette abrogation, due notamment aux réactions juridico-politiques, il a fallu attendre quelques temps pour que la question de la conception du terrorisme soit mise sous la lumière des obligations découlant des droits international et européen, dans le cadre desquels la définition du terrorisme semble faire l'objet d'un plus ample consensus, sans toutefois éviter entièrement les controverses.

La loi n° 2928/2001¹⁸⁰⁹, adoptée à la suite de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme en décembre 2000, a introduit dans le Code pénal l'article 187 (intitulé « *Groupe criminel* »). Ainsi, on a criminalisé la création ou l'appartenance à un groupe avec une structure et une action coordonnée dans le but de commettre de crimes du droit pénal commun.

Par ailleurs, de la formulation de ce nouvel article 187 du Code pénal résultait que, dans le cas où le groupe criminel n'avait commis qu'un seul crime de ceux définis dans le même article, son action ne pouvait pas être qualifiée d'acte de groupe criminel, ladite qualification présupposant qu'au moins deux actes soient commis. L'objectif du législateur était de lutter contre la criminalité de groupe quelle que soit son appellation ou son but avoué. Autrement dit, il s'agissait d'utiliser le même cadre législatif pour lutter contre le crime organisé et le terrorisme à la fois¹⁸¹⁰. Ce choix passait pourtant outre les actes commis individuellement, c'est-à-dire en dehors d'une organisation criminelle. Les actes terroristes commis par des individus ne pouvaient pas être punis en tant que tels mais seulement en tant que crimes du droit commun. C'était une lacune importante à laquelle a remédié la législation postérieure.

Ainsi, l'article 2 de la loi n° 3034/2002¹⁸¹¹, portant ratification de la Convention des Nations Unies de 1999 pour la répression du financement du terrorisme, a introduit en droit interne une définition assez large de l'infraction en cause, étant donné que l'article 2 de ladite Convention prévoit que « *1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et*

selon le § 3 du même article, « *Au sens de la présente loi, pour qu'il y ait un groupe terroriste, il suffit l'entente de deux personnes au minimum* ».

¹⁸⁰⁷ V. l'usage du terme « *groupe terroriste* » dans les articles 1, 3 et 5 de la loi n° 774/1998.

¹⁸⁰⁸ V. l'usage du terme « *but terroriste* » dans l'article 2 de la loi n° 774/1998.

¹⁸⁰⁹ « *Modification des dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale et autres dispositions pour la protection du citoyen à l'égard des crimes commis par des organisations criminelles* » (Journal officiel A' 141 du 27 juin 2001).

¹⁸¹⁰ V. Ch. Mylonopoulos, « *La loi n° 2928/2001 sur la protection du citoyen par des actes illégaux commis par des groupes criminels* » (en grec) in *Raison Pénale* (en grec) 2001, pp. 793 et s.

¹⁸¹¹ « *Ratification de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* » (Journal officiel A' 168 du 19 juill. 2002).

délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre : a) un acte qui constitue une infraction... b) tout autre acte destiné à tuer ou blesser gravement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement 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 accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque... ».

La conception maximaliste desdites infractions est confirmée par l'article 14 de la Convention ratifiée, qui prévoit qu'«...aucune des infractions visées à l'article 2 n'est considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques...» et, en conséquence, «une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire fondée sur une telle infraction ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle concerne une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques». Il en résulte que, dans le cadre de l'application de la législation en cause, le mobile politique de l'auteur de l'infraction n'était pas pris en compte et l'extradition de la personne recherchée ne pouvait pas être exclue. Cela étant, cette législation pourrait soulever, le cas échéant, des questions d'incompatibilité avec l'article 5, § 2 de la Constitution hellénique, qui prévoit que « L'extradition d'un étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté est interdite »¹⁸¹².

La conception du terrorisme et des actes terroristes évoquée par la loi n° 3034/2002 n'a pas été substantiellement modifiée par la loi n° 3116/2003¹⁸¹³, par laquelle la Grèce a ratifié la Convention des Nations Unies de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif¹⁸¹⁴. C'est plutôt le droit de l'UE qui a fait encore évoluer la conception des actes terroristes en droit interne, en systématisant et rapprochant le régime juridique des Etats membres en matière de lutte contre le terrorisme. Il est à noter d'emblée que l'UE a choisi en principe d'adopter des décisions-cadres régissant la matière dans le cadre du troisième pilier. Ainsi, les Etats membres ont été obligés de se conformer aux lignes directrices définies par lesdites décisions n'entraînant pas d'effet direct et comportant des obligations de résultat et non pas de forme ou de moyen.

Tout d'abord, selon l'exposé des motifs (n° 6) de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 « relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI) », « [l]a définition des infractions terroristes devrait être rapprochée dans tous les Etats membres, y compris celle des infractions relatives aux groupes terroristes ». Conformément à cette décision-cadre, une infraction terroriste a été donc définie comme un des actes intentionnels visés à l'article 1 de ladite décision-cadre (meurtres, blessures corporelles, prise d'otages, extorsion, fabrication d'armes,

¹⁸¹² V. A. Loverdos, *Pour le terrorisme et le crime politique (en grec)*, Interbooks, 1987, I. Manoledakis, « Sécurité d'Etat ou liberté » in A. Manidakis et A. Takis (sous la dir.), *Terrorisme et droits. De la sécurité de l'Etat à l'insécurité juridique*, Editions Savvalas, Athènes, 2004, pp. 23 et s., notamment pp. 35 et s.

¹⁸¹³ « Ratification de la Convention Internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif » (Journal officiel A' 48 du 27 févr. 2003).

¹⁸¹⁴ A titre d'exemple, l'article 2 de la loi n° 3116/2003 prévoit : « 1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui illicitement et intentionnellement livre, pose ou fait exploser ou détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public, une installation gouvernementale ou une autre installation publique, un système de transport public ou une infrastructure : a) Dans l'intention de provoquer la mort ou des dommages corporels graves ; ou b) Dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu, cette installation, ce système ou cette infrastructure, lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables... ». Par ailleurs, la loi n° 3116/2003 contient une disposition identique avec l'article 14 de la Convention ratifiée par loi n° 3034/2002 *op. cit.*

attaques ou menaces de commettre les actes précités) qui peut «porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque elle est commise dans le but de gravement intimider une population ou contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale ;...».

De plus, la même décision-cadre exigeait que des infractions relatives au fonctionnement d'un groupe terroriste, telle sa direction ou la participation à ses activités, soient rendues punissables dans les Etats membres¹⁸¹⁵. A cet égard, aux fins de cette décision-cadre, on entendait par «*groupe terroriste*» l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes¹⁸¹⁶. Enfin, ladite décision-cadre envisageait, dans son article 7, la responsabilité éventuelle des personnes morales impliquées¹⁸¹⁷.

Le texte a été modifié par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 dans le souci de rendre le droit européen conforme, d'une part, aux exigences de la résolution 1624(2005) du Conseil de sécurité des Nations Unies qui a invité les Etats à adopter les mesures nécessaires et appropriées pour interdire légalement l'incitation à commettre un ou plusieurs actes terroristes et pour prévenir une telle incitation et, d'autre part, aux provisions de la Convention du Conseil de l'Europe signée à Varsovie le 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme. Cette décision-cadre a renforcé l'idée du «*terrorisme individuel*» en incluant dans la définition des infractions terroristes les actes de provocation publique à commettre une infraction terroriste, ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme, lorsqu'ils sont commis intentionnellement par des personnes physiques ou sont imputés à des personnes morales¹⁸¹⁸.

La Grèce s'est expressément conformée à la décision-cadre 2002/475/JAI susmentionnée¹⁸¹⁹ par l'adoption de la loi n° 3251/2004¹⁸²⁰. Selon son exposé des motifs, cette loi exprimait la volonté de la République Hellénique de contribuer à l'élaboration d'une politique européenne commune contre le terrorisme international dans le cadre du but poursuivi par

¹⁸¹⁵ V. l'article 2, § 2 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 « relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI) », en annexe au présent rapport.

¹⁸¹⁶ V. l'article 2, § 1 de la décision-cadre *op. cit.* Le terme « *association structurée* » désigne une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ Les § 10 et 11 de l'exposé des motifs de ladite décision-cadre indiquent : « (10) *Il conviendrait de rapprocher davantage la définition des infractions terroristes, y compris celles liées aux activités terroristes, dans tous les Etats membres de façon à inclure la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme, lorsqu'ils sont commis intentionnellement. (11) Des sanctions devraient être prévues à l'encontre des personnes physiques ayant intentionnellement commis, ou des personnes morales jugées responsables, une provocation publique à commettre des infractions terroristes, le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme...* ».

¹⁸¹⁹ La décision-cadre « *modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme (2008/919/JAI)* » n'a pas, jusqu'aujourd'hui, fait l'objet de nouvelles mesures d'application nationales, étant donné que les dispositions nationales en vigueur semblent couvrir les obligations prévues dans ladite décision-cadre [Voir M. Kaiafa-Gbandi, « La prévention du terrorisme et le nouveau droit pénal de la répression préventive : De nouvelles infractions pour la lutte contre le terrorisme dans l'UE » (en grec), in *Annales pénales* (en grec) 2009, pp. 385 et s., E. Simeonidou-Kastanidou, « La radicalisation violente dans la cible de l'Union Européenne » (en grec), in *Annales pénales* (en grec) 2009, pp. 583 et s.].

¹⁸²⁰ « Mandat d'arrêt européen, modification de la loi n° 2928/2001 concernant les groupes terroristes et autres dispositions », Journal officiel A' 127 du 9 juil. 2004.

l'Union européenne en vue de conserver et développer « *un espace de liberté, de sécurité et de justice* ».

La plus importante innovation de ladite loi en matière de définition des actes terroristes a été l'incorporation dans le Code pénal de l'article 187A (intitulé « *Actes terroristes* »), qui énumère désormais les actes de terrorisme afin qu'ils soient traités explicitement comme tels¹⁸²¹. Il s'agit des crimes de droit commun (homicide, coups et blessures graves, etc.) dont l'identification comprend un élément objectif (ils sont commis de façon, à une ampleur ou dans des conditions telles qu'ils rendent ces actes susceptibles d'être préjudiciables à un pays ou à un organisme international) et un élément subjectif (ils sont 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 ou détruire les structures fondamentales constitutionnelles, politiques ou économiques d'un pays ou une organisation internationale).

Ainsi, la loi n° 3251/2004 a introduit, pour la première fois dans la législation pénale grecque¹⁸²², l'institution du « *terroriste individuel* » proprement dit, conformément aux exigences de la décision-cadre « *relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI)* », qui ne pose, pour son application, aucune condition autre que celle d'avoir commis une des infractions prévues, nonobstant la qualité de l'auteur des celles-ci (en groupe ou individuellement). En d'autres termes, la participation à un groupe terroriste ne constitue plus une condition nécessaire à la punition de l'auteur des infractions commises¹⁸²³. Enfin, selon les § 4 et 5 de l'article 187A du Code pénal, tant la création que le fonctionnement d'un groupe terroriste sont passibles de peines sévères¹⁸²⁴.

L'adoption de la loi n° 3251/2004 a suscité de vives critiques de la part de la doctrine concernant des questions juridiques déjà soulevées par le Service Juridique du Parlement qui avait examiné le projet de ladite loi avant son adoption.

Plus précisément, le fait de faire prévaloir l'élément subjectif du « *but* » de l'auteur dans la qualification d'une infraction d'acte terroriste s'est heurté à de sérieuses objections, compte tenu du fait que le fondement du démerite de la conduite délictueuse sur le « *but* » de l'auteur constitue une question traditionnellement controversée en droit pénal¹⁸²⁵. Certes, le nouvel article 187A du Code pénal a restreint cette subjectivité en incorporant un élément objectif, selon lequel l'infraction doit être « *susceptible d'être préjudiciable à un pays ou à un organisme international* ». Toutefois, des critiques portaient toujours sur l'élément subjectif du « *but* » de l'auteur de l'infraction, étant donné que le même article 187A prévoit des crimes de droit commun qui « *se transforment* » en actes terroristes du seul fait qu'ils sont 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*

¹⁸²¹ V. l'article 40, § 1 de la loi n° 3251/2004.

¹⁸²² Il convient de rappeler que jusqu'à l'adoption de ladite loi, les actes terroristes n'étaient pas visés expressément comme tels par le Code Pénal, qui prévoyait, dans son article 187 (loi n° 2928/2001), seulement des infractions liées à des groupes criminels. Certes, l'article 2 de la loi n° 774/1998 *op. cit.* régissait les cas d'un seul particulier commettant un crime commun dans un but « *terroriste* ». Or, cette dernière loi ne précisait pas en quoi consiste ce genre de but.

¹⁸²³ Le service juridique du Parlement grec, qui avait examiné le projet de loi avant son adoption, avait accueilli favorablement l'introduction de cette disposition.

¹⁸²⁴ Ce groupe est défini comme un groupe qui se compose de trois personnes au minimum, avec une structure et une action coordonnée dans le but de commettre les crimes susmentionnés.

¹⁸²⁵ V. I. Manoledaki, M. Kaiafa-Gbandi, « Observations sur le projet initial de proposition de la Commission pour l'adoption par le Conseil d'une décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme » (en grec), in *Justice pénale* (en grec) 11/2001, pp. 1112 et s.

gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales constitutionnelles, politiques ou économiques d'un pays ou une organisation internationale».

En outre, tant le service juridique du Parlement que la doctrine ont souligné l'imprécision et le champ d'application très étendu de la loi n° 3251/2004¹⁸²⁶. Le service juridique a relevé que la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI) et, par conséquent, les dispositions de la loi n° 3251/2004 qui les reproduisent pratiquement à la lettre font preuve d'un « *intolérable recours à des termes imprécis* ». A cet égard, le Service s'est, par exemple, posé la question de savoir quel est le contenu exact de la notion d'une « *grave* » atteinte à un pays, quand une population est intimidée « *gravement* » par un acte, etc. Force est donc de constater que ces remarques évoquent une violation du principe de la légalité des délits et des peines (« *nullum crimen nulla poena sine lege certa* »), qui veut qu'un comportement criminel ne puisse être considéré comme une infraction que s'il est préalablement caractérisé comme tel par la loi, et cela, avec suffisamment de précision pour éviter toute application arbitraire. Cela étant, certains crimes ou délits risquent d'être englobés dans la catégorie d'actes terroristes alors qu'ils seraient en réalité d'une autre nature.

Le § 8 de l'article 187A du Code pénal, introduit aussi par l'article 40, § 1 de la loi n° 3251/2004 susmentionnée, a ainsi servi de contrepoids à la conception extensive des actes terroristes. Plus particulièrement, il a été prévu que les infractions mentionnées dans l'article 187A ne constituent pas un acte de terrorisme si elles visent à défendre une liberté, à établir, sauvegarder ou restaurer un régime démocratique, si elles ont pour objectif l'exercice d'une liberté individuelle, politique ou syndicale essentielle ou même l'exercice de tout autre droit garanti par la Constitution ou la CEDH¹⁸²⁷.

Cette disposition était en pleine conformité avec l'esprit de la décision-cadre « *relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI)* », qui, dans son article 1, § 2, disposait d'ailleurs qu'elle « *ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* ». En effet, la portée de la disposition du § 8 de l'article 187A était très importante, compte tenu du fait que, pendant sa lutte livrée contre le terrorisme, l'Etat doit toujours être attaché à la sauvegarde du droit des citoyens à exercer leurs droits constitutionnels librement, sans craindre qu'ils puissent être accusés pour participation à des organisations terroristes.

A cet égard, il n'est pas sans importance que, l'exposé des motifs (n° 10) de la décision-cadre susvisée, précisait que « *(r)ien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache* ». Néanmoins, ladite disposition de l'article 187A a été abrogée par le § 2 de l'article 2 de la loi n° 3875/2010¹⁸²⁸, ce qui a suscité de sérieuses interrogations¹⁸²⁹.

¹⁸²⁶ V. E. Simeonidou-Kastanidou, « La loi pour le mandat d'arrêt européen et la lutte contre le terrorisme. Caractéristiques principales et première approche interprétative » (en grec), in *Justice pénale* (en grec) 7/2004, pp. 773 et s.

¹⁸²⁷ Il convient d'opposer à cette disposition celles des dispositions contraires des Conventions des Nations Unies ratifiées par les lois n° 3034/2002 et 3116/2003 *op. cit.*

¹⁸²⁸ « Ratification et application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de ses deux protocoles, ainsi que d'autres dispositions » (Journal officiel A' 158 du 20 sept. 2010).

¹⁸²⁹ V. Ch. Georgiou, « Les élites et la peur de l'ennemi interne » (en grec), *Eleftherotypia* (Liberté de presse - journal quotidien grec), 31 oct. 2010.

Enfin, il y a lieu d'insister sur la responsabilité des personnes morales envisagée par l'article 7 de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI)¹⁸³⁰. D'après le droit grec et, plus précisément, les articles 2, § 1 et 7, § 1 de la Constitution, la responsabilité pénale présuppose normalement la culpabilité de la personne visée, ce qui est concevable seulement pour les personnes physiques¹⁸³¹. C'est la raison pour laquelle l'article 41 de la loi n° 3251/2004 prévoit que la responsabilité d'une entité juridique peut être établie seulement si un acte de terrorisme est commis en son nom par une personne habilitée à la représenter et l'établissement de cette responsabilité conduit principalement à des mesures administratives contre l'entité, telles que l'abrogation définitive ou provisoire de sa licence de fonctionnement, la condamnation à une amende ou l'exclusion des activités publiques¹⁸³².

A titre de conclusion, il convient de signaler que le législateur grec a reproduit les dispositions des textes européens et internationaux sans apporter des innovations. Toutefois, l'adoption des décisions-cadres se fondait sur l'article 34, § 2 du Traité sur l'Union Européenne (avant son abrogation par le Traité de Lisbonne) qui prévoyait « *le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres* » et non l'uniformisation absolue des législations nationales. C'est-à-dire que les décisions-cadres liaient les Etats membres quant au résultat à atteindre mais laissaient aux autorités nationales une marge quant à la forme et aux moyens de leur mise en œuvre.

Le résultat à atteindre dans le cas de la décision-cadre 2002/475/JAI susmentionnée était même expressément précisé dans son exposé des motifs selon lequel : « *La définition des infractions terroristes devrait être rapprochée dans tous les Etats membres...* », ce qui n'imposait pas aux Etats une obligation de prévoir des infractions identiques. Bien que le législateur grec ait donc disposé d'une marge de manœuvre importante, qui lui permettait de concrétiser toutes les exigences du droit pénal interne afin que les principes constitutionnels soient respectés, il a préféré procéder à une simple reproduction pratiquement à la lettre des dispositions de la décision-cadre en question. Cela a provoqué un risque pénal considérable au détriment des libertés fondamentales des individus.

B- Les stratégies de la lutte contre le terrorisme

La mise en œuvre des mesures de lutte contre le terrorisme qu'impliquent le droit européen ou le droit international a influencé la politique antiterroriste grecque surtout dans les trois domaines suivants : la répression pénale, qui comprend les peines imposées et la procédure pénale suivie (1), la police économique, qui cible notamment le blanchiment de capitaux (2), la police des étrangers et, plus particulièrement, l'octroi d'asile (3).

1- La répression pénale

La qualification d'un acte de « terroriste » a pour conséquence non seulement une aggravation des peines (a), mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun (b).

¹⁸³⁰ V. aussi l'article 10 de la Convention ratifiée par la loi n° 3875/2010, *op. cit.*

¹⁸³¹ V. I. Manoledaki, M. Kaiafa-Gbandi, *op.cit.*, pp. 1112 et s.

¹⁸³² Il doit être noté que de telles mesures administratives étaient prévues aussi dans l'article 8 de la loi n° 2928/2001. Dans le même sens, les lois n° 3691/2008 (article 51) et 3875/2010 (article 9) ont aussi prévu de telles mesures administratives à l'encontre de personnes morales.

a) Les peines

La transposition en droit interne du droit dérivé de l'UE a influencé non seulement la définition des infractions visées par le droit antiterroriste mais aussi les peines qu'encourent les personnes ayant commis de telles infractions.

La loi n° 2331/1995¹⁸³³, qui a transposé la directive 91/308/CEE du Conseil « *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux* », prévoyait des infractions passibles de peines particulières sans les différencier selon les conditions particulières du crime ou les qualités de l'auteur¹⁸³⁴. La seule nuance résidait dans l'aggravation de la peine ; étaient particulièrement pris en compte le fait que l'auteur commettait de tels actes à titre professionnel ou le fait qu'il était particulièrement dangereux ou multirécidiviste¹⁸³⁵.

Ce n'est que la loi n° 3251/2004 susmentionnée qui a imposé que les peines et les sanctions correspondent à la gravité des infractions et évoluent par seuils¹⁸³⁶. A cet égard, il doit être souligné que l'article 5, § 1 de la décision-cadre (2002/475/JAI), sur laquelle est fondée ladite loi, exigeait qu'afin de punir les actes terroristes les Etats membres devaient prévoir dans leur législation nationale des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives. D'un intérêt particulier est la disposition du § 7 de l'article 40 de la loi n° 3251/2004 qui prévoit l'aggravation des peines pour les infractions de vol aggravé, de chantage et d'établissement de faux documents administratifs, dans le cas où ces crimes seraient commis en vue de la préparation d'un acte terroriste, sans qu'il soit nécessaire que cet acte ait effectivement lieu. Il est évident que dans ces cas, l'aggravation des peines est liée au « *but* » de l'auteur et n'a rien à voir avec l'élément objectif de l'acte en soi.

Ensuite, s'agissant du crime de blanchiment de capitaux, la rationalisation des peines encourues conformément au principe de proportionnalité, a été établie par la loi n° 3424/2005¹⁸³⁷, qui a remplacé les dispositions de la loi n° 2331/1995. En effet, ce nouveau texte a prévu des peines différenciées en fonction de la gravité de chaque infraction, des qualités de l'auteur et des circonstances spécifiques, aggravantes ou atténuantes¹⁸³⁸.

Enfin, il convient de rappeler qu'en ce qui concerne les personnes morales, seules des sanctions administratives peuvent être infligées en raison des particularités susmentionnées du droit pénal interne.

b) La procédure

La qualification d'un crime de terroriste permet, d'un côté, le recours aux méthodes d'enquête dérogatoires et, de l'autre côté, conduit à l'application du dispositif relatif à l'extradition des personnes recherchées entre les Etats membres de l'Union européenne :

¹⁸³³ « Prévention et suppression de blanchiment de capitaux et autres dispositions pénales » (Journal officiel A' 173/1995).

¹⁸³⁴ V. l'article 2, § 1 de ladite loi.

¹⁸³⁵ V. l'article 2, § 1 b de la même loi.

¹⁸³⁶ V. l'article 40, § 1 de ladite loi, qui a ajouté l'article 187A dans le code pénal.

¹⁸³⁷ « Modification, complément et remplacement des dispositions de la loi 2331/1995 (Journal officiel A' 173/1995) et adaptation de la législation grecque à la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et autres dispositions » (Journal officiel A' 305 du 3 déc. 2005).

¹⁸³⁸ V. l'article 3, § 1 de ladite loi.

- **Les méthodes d'enquête** : Le fait que les infractions terroristes sont d'une gravité particulière justifie le recours à des méthodes spéciales utilisables pour collecter tous les éléments de preuve nécessaires.

Selon la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qui a été signée à Palerme en décembre 2000, les Etats signataires se voient imposer l'obligation d'introduire dans leur régime juridique des techniques d'enquête spéciales¹⁸³⁹. La Grèce s'est conformée à cette obligation en ajoutant, par la loi n° 2928/2001, dans le Code de procédure pénale l'article 253A, applicable dans les cas des infractions prévues dans l'article 187, § 1 et 2 du Code pénal. Les mesures spéciales d'enquête prévues peuvent comporter, par exemple, le contrôle des transports, la suppression de la confidentialité, l'enregistrement d'une activité ou d'autres événements à l'extérieur d'une résidence à l'aide d'appareils audio, vidéo ou d'autres moyens techniques spécifiques, des éléments de correspondance ou des comparaisons de données personnelles¹⁸⁴⁰.

Ensuite, l'article 42 de la loi n° 3251/2004, tout en ajoutant le nouvel article 187A dans le Code pénal, a modifié l'article 253A du Code de procédure pénale susmentionné afin d'étendre l'application des méthodes d'enquête spéciales en matière d'actes terroristes. De plus, la loi n° 3251/2004 a introduit une nouvelle disposition dans l'article 253A du Code de procédure pénale, selon laquelle les techniques d'enquête spéciales stipulées dans ledit article ne peuvent être appliquées que si deux conditions soient réunies, à savoir a) s'il y a de sérieuses indications qu'une infraction parmi celles stipulées dans les articles 187, § 1 et 2 et 187A du Code pénal a été commise, et b) si le démantèlement d'un groupe terroriste ou l'enquête des actes terroristes sont impossibles ou particulièrement difficiles faute d'application de telles techniques¹⁸⁴¹.

Parmi les différentes techniques d'enquête, l'analyse ADN présente un intérêt particulier¹⁸⁴² qui a été prévue pour la première fois dans le Code de procédure pénale¹⁸⁴³ suite à l'adoption de l'article 5 de la loi n° 2928/2001 susmentionnée¹⁸⁴⁴. Selon les dispositions de cette loi, l'analyse ADN ne pouvait être utilisée que dans des cas des crimes spécifiques et, donc, l'usage de ce moyen de preuve restait très limité. C'est la loi n° 3783/2009¹⁸⁴⁵ qui a changé les termes du débat et a considérablement étendu la possibilité de collecter des empreintes génétiques comme moyens de preuve.

Plus précisément, l'article 12, § 3 de ladite loi a remplacé l'article 200A du Code de procédure pénale afin que le droit national se conforme à la décision 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 (2008/615/JAI)* ». Cette disposition, qui ne fait pas expressément mention des actes terroristes, porte sur la collecte et le traitement des empreintes génétiques dans le but de l'identification d'auteurs d'actes criminels en général et prévoit la création d'un fichier d'empreintes génétiques. Plus particulièrement, il a été prévu que, dès qu'il y a des indications solides selon lesquelles une personne a commis un crime ou un délit passible d'une peine d'emprisonnement de trois mois au minimum, les services

¹⁸³⁹ V. Th. Samiou, « Mesures d'instruction relatives aux groupes criminels » (en grec), in *Annales pénales* (en grec) NA/2001, pp. 1034 et s.

¹⁸⁴⁰ V. D. Spirakos, « L'établissement de correspondances ou des comparaisons entre données personnelles pour la répression du crime organisé » (en grec), in *Annales pénales* (en grec) 2001, pp. 1030 et s.

¹⁸⁴¹ V. l'article 253A, § 2 du code de procédure pénale.

¹⁸⁴² L'analyse ADN constitue, en même temps, un moyen de preuve de la procédure pénale.

¹⁸⁴³ V. l'article 200A du Code de procédure pénale.

¹⁸⁴⁴ V. l'avis n° 15/2001 de l'Autorité indépendante chargée de la protection des données à caractère personnel qui avait exprimé ses observations sur le projet de ladite loi et mis en lumière ses insuffisances et faiblesses.

¹⁸⁴⁵ « Identification des propriétaires et utilisateurs d'équipements et services de téléphones mobiles et autres dispositions » (Journal officiel A' 136 du 07 août 2009).

compétents collectent obligatoirement des empreintes génétiques dans le but de vérifier l'identité du contrevenant. De plus, les données collectées sont conservées dans un fichier spécial tenu par la Direction des Enquêtes Criminelles de la Police.

- **Le mandat d'arrêt européen**¹⁸⁴⁶ : L'instauration par la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 « *relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI)* » d'un système simplifié de remise des personnes condamnées ou soupçonnées aux fins d'exécution des jugements ou de poursuites en matière pénale a conduit à l'adoption de la loi n° 3251/2004 susmentionnée. Par cette dernière, la procédure de remise des personnes condamnées ou soupçonnées entre la Grèce et les autres Etats membres a été simplifiée et accélérée¹⁸⁴⁷. D'un côté, les conditions d'extradition des personnes recherchées ont été assouplies par la levée de l'exigence de la double incrimination qui constituait une condition pour traduire la personne recherchée. De l'autre côté, toute procédure politique ou administrative intermédiaire a été supprimée au profit d'une procédure purement judiciaire.

Des objections ont été soulevées pendant le débat parlementaire ayant précédé l'adoption de cette loi puisque le projet initial de celle-ci ne prévoyait pas en détail les qualités de la personne au détriment de laquelle le mandat d'arrêt européen pourrait être émis¹⁸⁴⁸. C'est la raison pour laquelle, dans la version finale de la loi, il a été précisé que le mandat concerne une personne à laquelle une infraction spécifique peut être imputée¹⁸⁴⁹. La proposition faite selon laquelle le mandat n'aurait pu être émis qu'au détriment d'une personne qui est qualifiée de « *personne poursuivie* » a été rejetée en prenant en compte le fait que la procédure de persécution diffère d'un pays à un autre et que cette restriction allait à l'encontre de l'efficacité du dispositif.

Par ailleurs, l'abrogation de la condition de double incrimination est un aspect vivement critiqué par la doctrine comme contraire à la règle primordiale « *nulla poena sine lege* » établie par l'article 7, § 1 de la Constitution hellénique. A cet égard, le service juridique du Parlement a conclu dans son rapport que l'abrogation du principe de double incrimination permettrait l'extradition d'une personne afin qu'elle soit punie pour un acte qu'elle peut commettre librement sans être punie dans le territoire de l'Etat où cet acte a été effectivement commis. Le service juridique a souligné que punir une personne pour un tel acte viole le principe « *nulla poena sine lege* » et, donc, n'est pas conforme à la Constitution. Il est à signaler que la constitutionnalité de ladite disposition n'a pas été jugée jusqu'à présent par les instances juridictionnelles.

Enfin, il doit être souligné que par une série de dispositions de la loi n° 3251/2004, des garanties de la protection des droits fondamentaux de la personne recherchée ont été établies. Par exemple, lorsqu'une personne recherchée est arrêtée, elle doit être informée de l'existence et du contenu du mandat d'arrêt européen, ainsi que de la possibilité qui lui est offerte de consentir à sa remise à l'autorité judiciaire d'émission. Qui plus est, la personne en cause a le droit de bénéficier des services d'un avocat et d'un interprète et de percevoir des copies du dossier¹⁸⁵⁰.

2- La police économique

¹⁸⁴⁶ V. la contribution de A. Mégie « Adoption et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen : entre exploitation du contexte politique et institutionnalisation d'un espace pénal européen », p. 129.

¹⁸⁴⁷ Sur le régime précédent, V. les lois n° 2718/1999 et 2787/2000.

¹⁸⁴⁸ E. Simeonidou-Kastanidou, *op.cit.*, p. 774.

¹⁸⁴⁹ V. l'article 5 de ladite loi.

¹⁸⁵⁰ V. notamment l'article 15 de ladite loi.

Couper les sources de financement des terroristes est jugé par les instances européennes comme un des moyens les plus efficaces pour lutter contre le phénomène du terrorisme. D'ailleurs, un certain nombre d'actions concrètes adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU concernant la lutte contre le terrorisme impose l'interdiction de toute forme de financement d'actes et d'organisations terroristes ou suspects de terrorisme.

La loi n° 2331/1995 a été la loi de principe permettant le gel des fonds des terroristes et interdisant de financer des activités terroristes par des fonds, des capitaux ou toute autre ressource économique. Elle a été adoptée par le législateur grec en vue de l'incorporation dans le droit interne de la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux¹⁸⁵¹.

Le contenu de ladite loi pourrait se résumer à des obligations particulières imposées aux établissements de crédit et aux institutions financières qui doivent examiner avec une attention particulière toute transaction qu'ils considèrent particulièrement susceptible, par sa nature, d'être liée au blanchiment de capitaux, exiger l'identification de leurs clients lorsqu'ils nouent avec eux des relations d'affaires ou effectuent des transactions dépassant certains seuils, conserver pendant une durée déterminée toute copie ou référence aux documents d'identification exigés, ainsi que toute pièce justificative et d'enregistrement, concernant de telles transactions, qui puissent servir d'élément de preuve dans une éventuelle enquête en matière de blanchiment de capitaux.

Il est à noter qu'à côté des obligations que les établissements de crédit et les institutions financières doivent respecter dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, l'article 2 de la loi n° 2331/1995 a prévu que des actions visant au blanchiment d'argent constituent des crimes passibles de peines particulières. En plus, l'article 7 de la même loi a créé une autorité administrative dite indépendante qui avait comme mission de collecter et évaluer toutes les informations transmises à elle relatives aux actions de blanchiment de capitaux qui sont décrites aux articles 4 et 6 de ladite loi.

Ensuite, c'est plutôt la loi n° 3424/2005 qui a encore apporté des modifications significatives au régime juridique relatif au blanchiment de capitaux¹⁸⁵². Cette loi visait non seulement l'adaptation de la législation interne aux dispositions de la directive 2001/97/CE et de la décision-cadre 2001/500/JAI, mais aussi l'adoption de certaines recommandations du GAFI.

L'article 2 de la loi n° 3424/2005 a remplacé l'article 1 de la loi n° 2331/1995 concernant la définition des actes criminels afin que les définitions données par l'article 1, § 1 de la directive 2001/97/CE soient adoptées. Dans ce sens, le champ d'application des actions qui entrent dans la notion de crimes de blanchiment d'argent s'est élargi considérablement. Plus précisément, la notion des « *principales infractions* » (« *predicate offences* ») qui génèrent des recettes dont le blanchiment est puni par les dispositions de ladite loi s'est élargie. A cet égard, il existe deux catégories de « *principales infractions* ».

La première comprend seize infractions spéciales correspondant aux infractions prévues par des textes internationaux (conventions, textes du droit européen, etc.), tandis que la deuxième catégorie comprend chaque acte ayant généré des recettes de 15.000 euros au minimum, passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins six mois. Le crime du financement du terrorisme, défini dans la recommandation II du GAFI se révèle être d'une

¹⁸⁵¹ V. sur ce point la contribution de P. Bertoni, « La lutte contre le blanchiment de capitaux à des fins terroristes », p. 193.

¹⁸⁵² V. aussi les lois n° 2479/1997, 2656/1998, 2803/2000, 2928/2001, 3064/2001 et 3028/2002.

importance particulière et figure ainsi parmi les « *principales infractions* » (« *predicate offences* ») liées au blanchiment de capitaux.

De plus, les obligations particulières déjà prévues par la loi n° 2331/1995 pour des établissements de crédit et des institutions financières sont étendues à d'autres catégories de personnes par l'article 4 de la loi n° 3424/2005.

Il convient de signaler que la loi n° 3424/2005 a suscité des critiques principalement du fait qu'elle procède à une reproduction automatique des dispositions européennes sans aucune prise en compte des particularités juridiques et de la nature du droit pénal national qui devaient normalement inspirer la procédure de leur transposition. Ainsi, la doctrine a souligné que ladite loi restreignait les droits et libertés garantis par les principes généraux du droit pénal¹⁸⁵³.

Ensuite, l'article 55 de la loi n° 3691/2008 a abrogé les dispositions des articles 1-8 de la loi n° 2331/1995, qui avaient été modifiées et complétées par les articles 1-9 et 11 de la loi n° 3424/2005, l'article 17 de la loi n° 3472/2006 et 34, § 1 et 2 de la loi n° 3556/2007. La loi n° 3691/2008, portant transposition de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005¹⁸⁵⁴, ainsi que de la directive 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006¹⁸⁵⁵, a codifié toutes les dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans un texte consolidé. Le législateur a opté pour le choix de la codification afin d'éviter l'effet rétroactif des nouvelles dispositions qui irait à l'encontre de la disposition de l'article 7, § 1 de la Constitution interdisant la rétroactivité des lois pénales plus sévères.

En ce qui concerne les exigences découlant du droit international, qui sont comprises dans les résolutions adoptées au sein des Nations Unies, la problématique se résume à une volonté d'interdire toute forme de financement d'actes et d'organisations terroristes ou suspectées de terrorisme. A titre d'exemple, il convient de citer la résolution 1373(2001), adoptée par le Conseil de sécurité à la suite des attentats du 11 septembre 2001 et publiée au Journal officiel¹⁸⁵⁶, suivant l'article 1 de la loi n° 92/1967¹⁸⁵⁷.

En établissant les principes fondamentaux régissant la lutte contre le terrorisme, ladite résolution prévoit : « *tous les Etats*

a) Préviennent et répriment le financement des actes de terrorisme ;

¹⁸⁵³ A titre indicatif, il a été souligné que la formulation des dispositions de la loi créait des difficultés de compréhension quant au niveau de culpabilité requise pour chaque infraction, de sorte que, par exemple, une tentative pourrait être assimilée à l'acte criminel accompli etc. (voir S. Paulou, « Blanchiment de capitaux. De la loi n° 2331/1995 à la loi n° 3424/2005 : l'évolution et la croissance d'un détournement dogmatique et répressif » (en grec), *in Annales pénales* (en grec) 2006, pp. 342 et s.

¹⁸⁵⁴ Parlement européen et Conseil, Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 15.

¹⁸⁵⁵ Commission européenne, Directive 2006/70/CE du 1^{er} août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée, JO L 214 du 4 août 2006, p. 9.

¹⁸⁵⁶ Journal officiel A' 257 du 2 nov. 2001.

¹⁸⁵⁷ V. aussi la publication des résolutions du Conseil de sécurité n° 1267(1999) (Journal officiel A' 136 du 6 juin 2000), 1636(2005) (Journal officiel A' 292 du 1^{er} déc. 2005), 1735(2006) (Journal officiel A' 86 du 24 avr. 2007), 1904(2009) (Journal officiel A' 41 du 16 mars 2010), ainsi que les décrets présidentiels n° 56/2005 (Journal officiel A' 86 du 07 avr. 2005), 7/2006 (Journal officiel A' 4 du 11 janv. 2006) et 173/2006 (Journal officiel A' 184 du 5 sept. 2006).

b) Erigent en crime la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme ;

c) Gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tendent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles, et des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités, y compris les fonds provenant de biens appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles ;

d) Interdisent à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tendent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes ;... »¹⁸⁵⁸.

3- Police des étrangers

La lutte contre le terrorisme aux niveaux des droits internes, européen et international a influencé de multiples façons la police des étrangers et, notamment, en matière d'octroi d'asile. A cet égard, il convient de noter que, par le décret législatif 3989/19-26.09.1959¹⁸⁵⁹, la Grèce avait ratifié la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés¹⁸⁶⁰. D'après l'article 1, § F de ladite Convention : « *Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser: a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées; c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies* ». Chaque demande de statut de réfugié doit, par conséquent, être traitée sous la lumière de l'exception ainsi formulée, ce qui relève des obligations quant à la lutte contre le terrorisme¹⁸⁶¹. Toutefois, la question relative à l'application de ladite disposition par les organes administratifs compétents n'a pas donné lieu à une jurisprudence abondante.

Par ailleurs, selon l'article 12, § 2 du décret présidentiel 96/2008¹⁸⁶² portant transposition de la directive 2004/83/CE, « *Tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride est exclu du statut*

¹⁸⁵⁸ V. aussi, en ce sens, la décision du Ministre des finances n° 36190/B.1821/2010 (Journal officiel B' 1334 du 30 août 2010) pour l'application des règlements 423/2007/CE et 668/2010/CE.

¹⁸⁵⁹ Journal officiel A' 201/1959.

¹⁸⁶⁰ Selon l'article 1 A, § 2 de ladite Convention, le terme « *réfugié* » s'appliquera à toute personne « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays...* ». La jurisprudence grecque a interprété de façon assez stricte cette condition. Elle exige que la personne qui souhaite être soumise au régime de protection très favorable ait prouvé qu'elle subisse des persécutions comme le prévoit la disposition susmentionnée. De l'autre côté, selon la même jurisprudence, pour que la demande d'un étranger d'être reconnu comme réfugié au sens de la Convention de Genève soit légalement rejetée, il faut que l'organe compétent motive d'une manière spécifique sa décision de rejet (voir les arrêts n° 817/2009, 1628/2007, 3335/2005, 2659/2004 du Conseil d'Etat).

¹⁸⁶¹ Pour la procédure d'octroi d'asile, V. les lois n° 1975/1991, 3386/2005 et 2910/2010.

¹⁸⁶² « Décret portant adaptation de la législation grecque aux dispositions de la directive n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avr. 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui,

de réfugié lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser: a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'il a commis un crime grave de droit commun en dehors de l'Etat avant d'être admis comme réfugié, c'est-à-dire avant la date d'obtention du titre de séjour délivré sur la base du statut de réfugié; (...) c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies tels qu'ils figurent dans le préambule et aux articles 1 et 2 de la charte des Nations unies»¹⁸⁶³.

Il est à noter que selon la jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union Européenne, « *la convention de Genève constitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés et que les dispositions de la directive relatives aux conditions d'octroi du statut de réfugié ainsi qu'au contenu de ce dernier ont été adoptées pour aider les autorités compétentes des Etats membres à appliquer cette convention en se fondant sur des notions et des critères communs* ». Dans ce sens, « *l'interprétation des dispositions de la directive [2004/83/CE] doit, dès lors, être effectuée à la lumière de l'économie générale et de la finalité de celle-ci, dans le respect de la convention de Genève et des autres traités pertinents visés à l'article 63, premier alinéa, point 1, CE, devenu article 78, paragraphe 1, TFUE. Cette interprétation doit également se faire, ainsi qu'il découle du dixième considérant de la directive, dans le respect des droits fondamentaux et des principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux* »¹⁸⁶⁴.

En même temps, la Grèce a transposé en droit interne les décisions prises au sein des Nations Unies pour lutter contre le terrorisme. Plus précisément, les résolutions des Nations Unies, obligatoires pour les Etats membres de l'ONU comme l'indique l'article 25 de la Charte, sont appliquées en Grèce selon l'article 1 de la loi n° 92/1967. Leur champ d'application s'étend également en matière de refus d'octroi d'asile à toute personne impliquée dans des actes terroristes et en matière de mesures restrictives destinées à empêcher que les personnes liées aux actes terroristes entrent sur le territoire des Etats membres ou qu'ils transitent par leur territoire. Par exemple, la résolution n° 1373(2001) prévoit : « *tous les Etats (...) c) Refusent de donner asile à ceux qui financent, organisent, appuient ou commettent des actes de terrorisme ou en recèlent les acteurs ;...* ».

Ce qui est d'une importance primordiale et qui démontre, par ailleurs, la géométrie variable entre le droit européen et le droit international en matière de lutte contre le terrorisme c'est le fait que le Conseil de sécurité parte du principe que les actes de terrorisme international sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Ainsi, la résolution n° 1373(2001) précitée constitue un élément indicatif de cette conception du terrorisme international. Il s'ensuit que si les résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité concernent certaines personnes particulières ou des catégories de personnes, on pourrait éventuellement penser qu'il y a lieu d'appliquer automatiquement les dispositions de l'article 12, § 2 de la directive 2004/83/CE et les dispositions respectives du décret n° 96/2008 et, donc, d'exclure ces personnes du statut de réfugié.

Or, la Cour de justice vient d'adopter une approche beaucoup plus favorable auxdites personnes, en admettant : « *l'article 12, paragraphe 2, sous b) et c), de la directive 2004/83/CE doit être interprété en ce sens que: a) le fait, pour une personne, d'avoir appartenu à une*

pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (L 304/30.9.2004)» (JO A' 152 du 30 juil. 2008).

¹⁸⁶³ V. le texte identique de l'article 12, § 2 de la directive 2004/83/CE.

¹⁸⁶⁴ V. CJUE (Grde ch.), 9 nov. 2010, *Bundesrepublik Deutschland c. B et c. D*, aff. jtes C-57/09 et C-101/09, pts 77-78, Rec. p. I-10979. V. aussi : CJUE (Grde ch.), 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla*, aff. jtes C-175/08, 176/08, et 179/08, pts 52-54, Rec. p. I-01493 ; CJUE (Grde ch.), 17 juin 2010, *Bolbol*, aff. C-31/09, pts 37-38, Rec. p. I-05539.

organisation inscrite sur la liste constituant l'annexe de la position commune 2001/931 en raison de son implication dans des actes de terrorisme et d'avoir activement soutenu la lutte armée menée par cette organisation ne constitue pas automatiquement une raison sérieuse de penser que cette personne a commis un «crime grave de droit commun» ou des «agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies»; b) le constat, dans un tel contexte, qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'une personne a commis un tel crime ou s'est rendue coupable de tels agissements est subordonné à une appréciation au cas par cas de faits précis en vue de déterminer si des actes commis par l'organisation concernée remplissent les conditions établies par lesdites dispositions et si une responsabilité individuelle dans l'accomplissement de ces actes peut être imputée à la personne concernée, compte tenu du niveau de preuve exigé par ledit article 12, paragraphe 2»¹⁸⁶⁵. Il est à noter que, dans son arrêt récent n° 3328/2011, le Conseil d'Etat grec a expressément mentionné cette jurisprudence pour préciser les compétences des autorités nationales en matière d'octroi d'asile.

II- Enjeux de l'implication du droit de l'Union européenne et du droit international

La mise en œuvre du dispositif antiterroriste formulé à la lumière des droits européen et international a révélé des questions juridiques complexes parmi lesquelles se distinguent la conciliation entre mesures antiterroristes et protection des droits fondamentaux (A) et la nécessité de moderniser l'organisation administrative en vue de renforcer l'efficacité de l'application des mesures en vigueur (B).

A- La protection des droits fondamentaux

Malgré les réaffirmations tant des instances européennes que des organes de l'ONU que l'engagement stratégique de lutte contre le terrorisme doit se faire dans le respect des droits de l'homme, l'équilibre recherché n'est pas toujours facile à établir. Au niveau national, la question de savoir si la sécurité, en tant que fondement légitime des mesures antiterroristes, prime aussi bien sur l'idée générale de la liberté (1) que sur les différentes «libertés» constitutionnellement garanties (2) a alimenté le débat au sein de la doctrine ainsi que la jurisprudence.

1- Défendre la liberté

Le terrorisme a pour effet – et parfois comme objectif ultime – d'annihiler les principes de démocratie, de liberté et d'humanité¹⁸⁶⁶. Devant cette menace qui, depuis quelques années, s'est amplifiée et répandue, l'engagement dans la lutte contre le terrorisme constitue sans aucun doute une préoccupation légitime et nécessaire des Etats modernes. Le fondement conceptuel de leur démarche est la notion de sécurité qui fait partie du « *noyau dur* » de la souveraineté étatique¹⁸⁶⁷ et est devenue un enjeu stratégique devant la montée du terrorisme international imposant la mise en place d'une politique antiterroriste globale et cohérente.

¹⁸⁶⁵ V. CJUE, 9 nov. 2010, *Bundesrepublik Deutschland contre B et D*, aff. jtes C-57/09, C-101/09), *op. cit.*, pt 99.

¹⁸⁶⁶ V. à titre indicatif, le rapport de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, « *L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité* », in A. Manitakis et A. Takis (sous la dir.), *Terrorisme et droits. De la sécurité de l'Etat à l'insécurité juridique*, *op. cit.*

¹⁸⁶⁷ V. A. Papakonstantinou, « Les droits fondamentaux dans le champ actuel de tension entre liberté et sécurité » (en grec), in *Journal de droit administratif*(en grec) 2/2010, pp. 230 et s.

Bien que la doctrine internationale se réfère souvent à un «droit à la sécurité», dans l'ordre juridique grec cette approche de la sécurité ne semble pas prévaloir, car la plupart des juristes ne reconnaissent pas l'existence d'un tel droit¹⁸⁶⁸. Pourtant, certains soutiennent que le droit à la sécurité est fondé sur la protection de la dignité humaine, consacrée par l'article 2, § 1 de la Constitution¹⁸⁶⁹. Par ailleurs, dans l'exposé des motifs de la loi n° 2928/2001, on mentionne la sécurité « *...qui correspond aussi à des droits de l'homme* », ce qui pourrait laisser penser que le législateur érige la sécurité en droit individuel. En tout état de cause, il va sans dire que la protection de la sécurité revendique une certaine valeur constitutionnelle¹⁸⁷⁰.

A cet égard, l'Etat a non seulement le droit, mais aussi, le devoir de prendre toute mesure appropriée pour lutter contre le terrorisme qui met en cause la sécurité des individus et des institutions. Mais, la question controversée qui se pose est celle de savoir si la lutte contre le terrorisme et pour la sécurité l'emporte sur la liberté. La doctrine a mis en évidence ce dilemme délicat et récurrent. Le débat pourrait se résumer autour de la question de savoir si et dans quelle mesure l'objectif de sécurité légitime la restriction (ou même la violation) des droits fondamentaux. A cet égard, la quasi-unanimité de la doctrine semble refuser de reconnaître à la menace terroriste la faculté d'engendrer une dénaturation des libertés fondamentales consacrées par la Constitution, même si elle reconnaît la possibilité, voire la nécessité, de concilier, le cas échéant, la liberté et l'exigence de sécurité. Autrement dit, il s'agit d'assurer la sécurité dans un cadre de liberté plutôt que d'assurer une liberté dans un cadre de sécurité.

2- Défendre les libertés

Les libertés et les droits fondamentaux les plus susceptibles d'être restreints au regard des diverses mesures anti-terroristes sont le droit à la vie et, plus particulièrement, le droit à la vie privée et familiale, le droit à un procès juste et équitable, les garanties liées au respect de la vie privée, les libertés d'expression et d'association et le droit à la propriété privée. Dans le cadre du présent rapport, nous mettrons l'accent sur les interrogations soulevées en droit grec autour de deux droits fondamentaux qui ont fait l'objet d'un débat particulier auprès des autorités compétentes : le droit à la vie privée et familiale (a) et le droit - plus spécifique - à la protection des données à caractère personnel (b).

a) Le droit à la vie privée et familiale

Le droit de la vie privée et familiale requiert une place primordiale dans notre système juridique car l'absence de vie privée est synonyme d'absence de liberté.

A cet égard, il convient de citer les arrêts n° 248/2009 et 3335/2007 du Conseil d'Etat grec, rendus à la suite de deux recours pour excès de pouvoir à l'encontre des sanctions infligées par le Conseil national de l'audiovisuel à deux chaînes télévisées. Par lesdits arrêts, la Haute juridiction administrative a admis que la protection du « *noyau dur* » des droits

¹⁸⁶⁸ V. I. Kamtsidou, « Le droit à la sécurité : notion inutile ou dangereuse ? » (en grec), *Eleftherotypia* (Liberté de presse - journal quotidien grec), 19 juil. 2004.

¹⁸⁶⁹ P. Pararas, *La Constitution et la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (en grec), Ed. Ant. N. Sakkoula, 2001, p. 16.

¹⁸⁷⁰ Th. Ziamou, « Le renforcement de la démocratie via la lutte contre le terrorisme » (en grec), *in* Journal de droit administratif (en grec) 2/2010, pp. 224 et s.

fondamentaux à la vie privée et familiale est consacrée par l'article 9 de la Constitution¹⁸⁷¹ pour toute personne, y compris les personnes qui sont éventuellement accusées de participation à un groupe terroriste.

b) Le droit à la protection des données à caractère personnel

Des questions juridiques particulières ont été posées à propos des dispositions de l'article 12, § 3 de la loi n° 3783/2009 précitée qui a excessivement élargi l'applicabilité des mesures de collecte, de stockage et d'utilisation des empreintes génétiques en relation tant avec les personnes et les délits concernés qu'avec leur traitement dans le temps. Il convient de rappeler que, selon ces dispositions, il est obligatoire d'ordonner une analyse ADN pour déterminer l'identité d'une personne, s'il y a de sérieuses raisons de penser que cette personne a commis un crime ou un délit passible d'une peine de trois mois *au minimum*. Cette mesure d'investigation est prise conformément aux garanties expressément stipulées dans l'article susmentionné de la loi n° 3783/2009.

Plus précisément, a) l'analyse doit être limitée exclusivement aux données qui sont nécessaires pour l'identification de l'identité de la personne, b) si l'analyse s'avère négative, les données ADN et les empreintes génétiques sont détruites immédiatement, et c) si l'analyse s'avère positive, les données ADN sont détruites, mais les empreintes génétiques de l'auteur de l'infraction sont conservées dans un fichier spécial tenu la Direction des Enquêtes Criminelles de la Police.

Les dispositions susmentionnées qui ont été incorporées dans l'article 200A du Code de procédure pénale ont été examinées dans l'avis n° 2/2009¹⁸⁷² de l'Autorité indépendante chargée de la protection des données à caractère personnel. Il est à noter que le législateur grec a finalement adopté les dispositions en cause (21 juillet 2009) sans attendre l'avis de l'Autorité (29.07.2009). Cette dernière a soulevé certaines interrogations quant à la compatibilité de ces dispositions avec la Constitution et les libertés fondamentales consacrées par le droit européen.

Plus particulièrement, il a été admis que les empreintes génétiques constituent des « *données personnelles* » entrant dans le champ d'application de l'article 9A de la Constitution¹⁸⁷³ et de l'article 8 de la CEDH¹⁸⁷⁴. En effet, pour qu'une restriction à ce droit au moyen de collecte, stockage, utilisation et traitement de telles données soit légitime, il faut que certaines garanties soient respectées : avant tout, le « *noyau dur* » du droit ne doit pas être

¹⁸⁷¹ « 1. *Le domicile de chacun constitue un asile. La vie privée et familiale de l'individu est inviolable. Aucune perquisition domiciliaire n'est opérée, sinon dans les cas et les formes déterminés par la loi, et toujours en présence de représentants du pouvoir judiciaire. 2. Les contrevenants à la disposition précédente sont punis pour violation de l'asile du domicile et pour abus de pouvoir, et sont tenus de dédommager entièrement la personne lésée, ainsi qu'il est prévu par la loi* ».

¹⁸⁷² Ledit avis de l'Autorité indépendante chargée de la protection des données à caractère personnel a été suivi par l'avis du 10 févr. 2010 de la Commission Nationale pour les Droits de l'Homme qui a aussi examiné les mêmes dispositions. V. aussi Ch. Moukiou, « De Schengen à Prüm et à l'Union européenne: un itinéraire sur les traces de l'identité génétique des individus en Europe ? » *Journal de droit administratif*(en grec) 5/2010, pp. 729 et s.

¹⁸⁷³ « *Chacun a droit à la protection contre la réunion, le traitement et l'utilisation, notamment par des moyens électroniques, de ses données personnelles, ainsi qu'il est prévu par la loi. La protection des données personnelles est garantie par une autorité indépendante, qui est constituée et fonctionne comme la loi le prévoit* ».

¹⁸⁷⁴ A cet égard, l'Autorité indépendante chargée de la protection des données à caractère personnel a évoqué la décision de la Cour EDH du 4 déc. 2008, dans l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni* (n° 30562/04 et 30566/04), selon laquelle le stockage des données ADN pour une durée illimitée constitue une « *atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée...* ».

violé, les principes de légalité et de proportionnalité ainsi que la présomption d'innocence devant aussi être respectées.

Cela étant, en examinant la constitutionnalité de l'article 200A du Code de procédure pénale, l'Autorité indépendante chargée de la protection des données à caractère personnel a exprimé de très sérieuses préoccupations et a mis en exergue plusieurs lacunes des dispositions concernées. Les constatations de l'Autorité sont cruciales et doivent être prises en compte dans le cas de toute réglementation qui poursuit des objectifs sécuritaires, voire antiterroristes, susceptible de porter atteinte aux libertés fondamentales des individus. En effet, l'Autorité a admis que toute mesure limitant le droit de l'individu à la protection de ses données à caractère personnel doit être prise dans le respect des principes de légalité et de proportionnalité, dans ses aspects différents, ainsi que de certaines règles procédurales, telle la possibilité pour l'Autorité elle-même ou le pouvoir judiciaire d'intervenir.

- **Le principe de légalité** : Toute atteinte aux droits de l'individu doit être fondée sur la loi nationale. Le principe de la légalité est une règle primordiale et une condition à respecter à chaque fois. D'ailleurs, l'Autorité a souligné que compte tenu de la nature des empreintes génétiques, les exigences relatives aux qualités spécifiques de la loi sont élevées.

En ce qui concerne les dispositions de l'article 200A du Code de Procédure Pénale, l'Autorité a constaté que l'analyse ADN et ses conditions de mise en œuvre sont prévues par la loi ce qui est conforme au principe de légalité.

- **Le principe de proportionnalité** : Tout d'abord, le principe de proportionnalité impose la limitation des objectifs poursuivis dans le cadre des mesures restrictives. A cet égard, l'Autorité a reconnu que parmi les aspects de la loi qui vont dans la bonne direction figure la limitation de la finalité de l'analyse ADN à la seule identification de l'auteur de l'acte incriminé. Cette approche semble satisfaire aux exigences de l'article 8, § 2 de la CEDH qui consacre le principe de limitation de l'objectif poursuivi dans le cadre des mesures restrictives.

En outre, le principe de proportionnalité impose que toute ingérence d'une autorité publique dans l'exercice d'un droit garanti est légale lorsqu'elle est strictement nécessaire. En appliquant dans son avis susmentionné ce critère de nécessité, l'Autorité a conclu que la loi doit se formuler de manière telle que l'analyse ADN soit permise seulement lorsque l'identité de la personne ne résulte pas d'autres moyens de preuve.

Enfin, le fait qu'en vertu de la loi n° 3783/2009 le champ d'application de l'analyse ADN s'est élargi sans prendre en compte les conditions spéciales relatives à l'infraction, les circonstances de ladite infraction ou la personnalité de l'auteur, est considéré comme portant atteinte au principe de proportionnalité. Qui plus est, la conservation d'empreintes génétiques par les autorités policières pour une durée illimitée et sans distinguer entre les données des personnes condamnées et innocentes, ainsi qu'entre les données des mineurs et des adultes a été critiquée par l'Autorité. Plus précisément, cette dernière a considéré que la formulation trop générale de la disposition et l'absence de critères spécifiques concernant le stockage des empreintes génétiques portent atteinte au principe de proportionnalité. D'ailleurs, s'agissant du fichier des empreintes génétiques, l'Autorité a souligné que les caractéristiques les plus importants de celui-ci doivent être prévues par la loi ou par décret présidentiel.

- **L'intervention nécessaire du pouvoir judiciaire** : D'après l'Autorité, la condition d'une autorisation préalable de la part du conseil judiciaire compétent pour la collecte des données ADN est supprimée par la loi n° 3783/2009 et, par conséquent, l'analyse ADN est traitée comme un procédé d'enquête ordinaire. Néanmoins, l'Autorité suggère que

la collecte des données ADN constitue une «*ingérence importante*» qui ne peut être effectuée qu'après autorisation du conseil judiciaire compétent ou, au moins, du procureur.

- **Le rôle de l'Autorité indépendante** : L'Autorité a par ailleurs considéré que la priver d'un droit de regard sur le fichier des empreintes génétiques - qui naturellement lui reviendrait - constituait une violation directe de l'article 9A de la Constitution, qui érige l'Autorité en garant institutionnel du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel¹⁸⁷⁵.

De plus, l'Autorité a souligné que l'exclusion du droit de regard sur le fichier allait à l'encontre des obligations de la Grèce selon la décision-cadre 2008/615/JAI invoquée par le législateur dans l'exposé des motifs de la loi n° 3783/2009.

Après avoir constaté les insuffisances susmentionnées, l'Autorité a fait certaines propositions pour que les dispositions législatives en cause se rendent conformes aux exigences supra législatives. A titre d'exemple, elle a proposé la suppression des empreintes génétiques des personnes qui ont été jugées innocentes ou la conservation des données seulement pour une durée limitée au terme d'une éventuelle peine d'emprisonnement.

A titre de conclusion, on pourrait affirmer que l'avis de l'Autorité a mis en lumière le fait qu'il existe des principes-clés qui permettent la mise en balance et la complémentarité entre le respect des droits fondamentaux et la lutte contre le terrorisme. La relation fragile et complexe entre liberté et sécurité et les tensions considérables entre elles ne conduisent qu'à une fausse et apparente contradiction entre la lutte anti-terroriste et la préservation des droits et libertés fondamentaux car les deux impératifs peuvent bien être conciliés.

B- La modernisation de l'organisation administrative

La recherche d'une efficacité accrue dans le but de lutter contre le terrorisme lors de la mise en œuvre des dispositions déjà examinées a justifié la création de nouvelles structures administratives (1), ainsi que le renforcement de l'indépendance des autorités chargées de telles missions (2).

1- La structure des autorités chargées de la lutte contre le terrorisme

Par la loi n° 3691/2008, on a essayé de remédier aux carences organisationnelles et fonctionnelles du système juridique national quant à la lutte contre le blanchiment de capitaux. Plus particulièrement, cette loi :

a) a réformé la « *Commission de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme* », créée par l'article 7 de la loi n° 2321/1995 avec des compétences et pouvoirs renforcés¹⁸⁷⁶.

b) a créé la « *Commission d'élaboration des stratégies et des politiques pour la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme* » au sein du Ministère de l'économie et des finances. Ses membres sont des cadres provenant des ministères et des autorités publiques qui participent au mécanisme de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ladite Commission est chargée de suivre la politique et la

¹⁸⁷⁵ V. Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/977/JAI 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*, article 25, JO L 350 du 30 déc. 2008, p. 60.

¹⁸⁷⁶ V. l'article 7 de ladite loi.

stratégie générale dans les domaines de ses attributions, d'apprécier d'éventuelles faiblesses et de proposer des nouveaux procédés à mettre en place¹⁸⁷⁷.

c) a créé le « *Comité consultatif du secteur privé* » afin de sensibiliser les acteurs économiques privés et renforcer leur vigilance en cas de transactions éventuellement suspectées d'être liées au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme¹⁸⁷⁸.

La récente loi n° 3932/2011 a réformé le modèle organisationnel de l'autorité compétente d'appliquer la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux. Quant à la structure de la nouvelle Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux, et le financement du terrorisme et de contrôle des déclarations de situation patrimoniale, il est à signaler qu'elle est composée de trois directions distinctes auxquelles sont attribuées des compétences spécifiques. L'une d'entre elles, la direction chargée d'infliger des sanctions économiques aux suspects de crimes terroristes¹⁸⁷⁹, assume désormais toutes les compétences relatives à l'application des mesures de gel des fonds et des autres sanctions imposées par les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU et par des règlements de l'UE. La disposition de l'article 49 de la loi n° 3691/2008, qui prévoyait une décision ministérielle obligatoire pour l'application desdites mesures a été abrogée, du fait qu'elle avait été considéré comme faisant obstacle à l'applicabilité desdites résolutions et règlements.

Par ailleurs, la loi n° 3932/2011 a introduit un nouvel article 49A dans la loi n° 3691/2008, selon lequel la direction chargée d'infliger des sanctions économiques aux suspects de crimes terroristes est investie de la compétence de prendre toutes les mesures nécessaires et d'imposer des sanctions aux personnes liées à des actions terroristes par la création d'un système efficace de gel des fonds, selon les dispositions de la résolution 1373(2001) du Conseil de sécurité de l'ONU et les dispositions de la recommandation III du groupe d'action financière de GAFI¹⁸⁸⁰. En plus, la nature des sanctions et la notion de gel utilisées dans ledit article correspondent à celles prévues dans l'article 1 du règlement 2580/2001/CE du Conseil.

Dans le but de garantir les droits constitutionnels de l'individu dans le cadre de tels procédés, il est prévu que toute personne intéressée a droit à un recours devant les tribunaux administratifs contre la décision de ladite Direction par laquelle les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU et les règlements de l'UE sont appliquées à des personnes spécifiques. De plus, toute personne intéressée a le droit de demander le retrait de la décision prise par l'Autorité sur le fondement de l'article 49A par recours administratif préalable ou juridictionnel.

Enfin, il est aussi prévu que la personne intéressée soumise à un procédé de gel des fonds peut demander le dégel de certains fonds¹⁸⁸¹ soit auprès de la Direction elle-même soit auprès des tribunaux administratifs compétents, qui jugent l'affaire en priorité.

2- L'indépendance des autorités chargées de la lutte contre le terrorisme

¹⁸⁷⁷ V. l'article 9 de ladite loi.

¹⁸⁷⁸ V. l'article 11 de ladite loi.

¹⁸⁷⁹ Ladite direction se compose de deux membres de l'Autorité, l'un provient du quartier général de la police et est recommandé par le Ministre de la protection des citoyens et l'autre est cadre du Ministère des affaires étrangères et est recommandé par le Ministre compétent.

¹⁸⁸⁰ V. l'exposé des motifs de ladite loi.

¹⁸⁸¹ Le droit de demander le dégel de certains fonds est prévu dans la résolution n° 1452(2002) du Conseil de sécurité de l'ONU, qui a été transposée en droit interne par le décret présidentiel n° 56/2005 (Journal officiel A' 86/2005).

Dès l'adoption de la loi n° 2331/1995, une Commission (qualifiée d'autorité administrative indépendante) avait été créée avec la mission de collecter et évaluer toutes les informations transmises à elle relatives aux actions de blanchiment de capitaux qui sont décrites aux articles 4 et 6 de la même loi. Ensuite, par la loi n° 3424/2005 qui a modifié, complété et remplacé des dispositions de la loi n° 2331/1995, la Commission susmentionnée a été remplacée par une autorité administrative, qualifiée elle aussi d'indépendante et dénommée « *Autorité nationale de lutte contre le blanchiment de capitaux* ». Sa composition a été modifiée et ses compétences élargies, ce qui pourtant ne lui assurait pas non plus une véritable indépendance.

L'indépendance nécessaire de l'organe compétent pour le suivi de la lutte contre le blanchiment des capitaux est néanmoins véritablement assurée par la récente loi n° 3932/2011¹⁸⁸². Des modifications ont été apportées aux dispositions en cause dans le but d'atteindre une efficacité accrue dans l'application des mesures de gel des fonds et des autres sanctions imposées aux personnes physiques ou morales par les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU et par des règlements de l'Union européenne.

Plus précisément, l'article 2 de la loi n° 3932/2011 a remplacé l'article 7 de la loi n° 3691/2008 et, donc, l'ex-Commission de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme a été supprimée et remplacée désormais par la nouvelle « *Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de contrôle des déclarations de situation patrimoniale* ». Cette dernière Autorité est effectivement indépendante au niveau tant organique que fonctionnel¹⁸⁸³ : le Ministre ne peut exercer aucun contrôle ni tutelle quant à son fonctionnement et conserve la seule compétence de fixer le budget de l'Autorité et de définir son siège¹⁸⁸⁴.

Par ailleurs, il a été admis que le manque d'indépendance de l'organe compétent et la participation du Ministre de l'économie et des finances dans la procédure de gel des fonds créait des retards et nuisait au caractère directement exécutoire des décisions adoptées au sein de l'ONU et des règlements de l'Union européenne. A cet égard, la recherche d'une plus grande efficacité de la procédure régissant le gel des fonds et les autres sanctions économiques a davantage renforcé l'indépendance de l'Autorité dans la mesure où elle est désormais chargée de toutes les missions relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux.

*
* * *

Tout d'abord, il convient de souligner que la Grèce, participant à l'effort entrepris à l'échelle européenne et internationale de lutte contre le terrorisme, a démontré une détermination remarquable afin de procéder à l'alignement de son droit interne aux exigences des droits européen et international. Cela étant, outre la Constitution nationale, le fondement juridique des mesures nationales adoptées en matière de lutte contre le terrorisme n'est pas seulement le droit de l'Union européenne, mais aussi le respect des obligations prévues par des conventions internationales et des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU. A cet égard, en tenant compte des arrêts de la Cour de justice « *Foto Frost* »¹⁸⁸⁵, « *Kadi et Al*

¹⁸⁸² Loi portant création de l'Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, et le contrôle des déclarations de situation patrimoniale, Journal officiel A' 49 du 10 mars 2011.

¹⁸⁸³ V. l'article 7, § 2 de la loi n° 3691/2008 comme le dernier est en vigueur après son remplacement par l'article 2 de la loi n° 3932/2011.

¹⁸⁸⁴ V. l'exposé des motifs de la loi n° 3932/2011.

¹⁸⁸⁵ V. l'arrêt du 22 oct. 1987, 314/85.

Barakaat »¹⁸⁸⁶ et « *Bundesrepublik Deutschland contre B et D* »¹⁸⁸⁷, il paraît que la géométrie variable existant entre le contrôle de constitutionnalité, le contrôle « *d'unionité* » et le contrôle de conventionalité de ces mesures nationales ne garantit pas une clarté suffisante du cadre juridique.

Par ailleurs, du point de vue de la technique législative en matière d'adaptation du droit interne aux exigences du droit dérivé de l'Union européenne, le législateur grec, malgré la marge d'appréciation dont il bénéficiait, a opté en principe pour le choix d'une reproduction à la lettre des dispositions européennes sans faire preuve de flexibilité et sans tenir compte des particularités juridiques nationales et, notamment, des règles et principes constitutionnels qui trouvent, le cas échéant, à s'appliquer. Les questions de constitutionnalité des dispositions ainsi adoptées ont été souvent relevées tant par la doctrine que par les autorités compétentes.

Plus particulièrement, les stratégies mises en place afin de lutter contre le terrorisme, qui interviennent surtout dans le domaine de la répression pénale, de la police économique et de la politique des étrangers, ont soulevé des questions d'incompatibilité avec plusieurs dispositions de la Constitution ou de la CEDH, notamment celles qui concernent les principes de légalité et de proportionnalité ou celles qui consacrent le droit à la vie privée et familiale et le droit, plus spécifique, à la protection des données à caractère personnel.

Sur ce plan, il convient de mettre en exergue la contribution des droits européen et international à un certain encadrement de la notion de terrorisme et d'actes terroristes, qui n'est pourtant pas exempte de toute critique.

En outre, il ne faut pas sous-estimer le fait que les différentes exigences des droits européens et international ont incité le législateur national à procéder à la modernisation de l'organisation des autorités administratives nationales chargées de la lutte contre le terrorisme et, plus particulièrement, au renforcement de l'indépendance desdites autorités.

Enfin, malgré l'apparente contradiction entre sécurité et liberté, les conclusions de l'Autorité indépendante chargée de la protection des données à caractère personnel, exposées dans son avis n° 2/2009, peuvent servir de modèle dans la recherche des pistes de conciliation entre ces deux impératifs, toujours afin d'assurer la sécurité dans un cadre de liberté. Ce dernier objectif devient de plus en plus important d'autant plus que, dans la cadre de la profonde crise économique et financière qui touche la Grèce depuis trois ans, des instruments initialement conçus en vue de la lutte contre le terrorisme sont désormais également utilisés en vue de la lutte contre l'évasion fiscale et le redressement financier du pays¹⁸⁸⁸.

Constantin Yannakopoulos

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ V. à cet égard, l'implication de l'« *Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux, et le financement du terrorisme et de contrôle des déclarations de situation patrimoniale* » dans les programmes économiques inclus dans les Annexes V 1 et V 2 de la loi n° 4026/2012, Journal officiel A' 28/14 févr. 2012.

La lutte contre le terrorisme en République tchèque sous l'influence du droit de l'Union européenne et du droit international

La République tchèque, Etat successeur de la République fédérale tchèque et slovaque, peut être considérée comme un pays calme, sans graves perturbations politiques, sociales ou socio-criminelles. Depuis sa naissance en 1993, elle n'a pas connu un seul crime qui pourrait être qualifié d'acte de terrorisme.

Des changements politiques dans les années 1990 ont cependant modifié l'approche géopolitique du pays. Les relations politiques avec des dirigeants libyens ou palestiniens ont été interrompues. De nouvelles relations avec de nouveaux alliés (Etats-Unis, pays de l'Europe de l'Ouest) se sont d'emblée manifestées aussi par de nouveaux ennemis. Plusieurs menaces d'attaques terroristes ont été, par exemple, répertoriées lorsque la station « *Free Europe* » a commencé les émissions vers l'Iraq et l'Iran depuis la République tchèque. Pareilles menaces se sont reproduites après l'adhésion de l'Etat dans des structures OTAN.

L'atmosphère antagoniste d'antan et la situation de sécurité actuelle a bel et bien mené la Tchécoslovaquie et son successeur à prendre, au plan international (universel et régional), des engagements liés à la prévention et la répression des actes de terrorismes. Sur le plan national, la répression des actes pouvant être caractérisés comme terroristes a connu des modifications dans la législation pénale.

Dans cette contribution, seront présentés, d'abord les grandes lignes du système normatif tchécoslovaque (et tchèque) de répression pénale des actes mettant en danger la sécurité nationale (I), puis la législation de prévention et de lutte contre le terrorisme adossée à la réglementation européenne (II), ensuite la jurisprudence nationale (III), et enfin les engagements internationaux de la République tchèque en matière de lutte contre le terrorisme (IV).

I- La lutte contre le terrorisme dans la législation pénale tchèque : un aperçu historique

Dans le système politique introduit en Tchécoslovaquie après le coup d'Etat en février 1948 et construit sur les idées communistes, l'une des pierres angulaires était la lutte contre l'impérialisme international. Ce dernier présentait un ennemi extérieur pouvant mettre en danger le succès de la révolution socialiste dans chaque pays communiste (satellites de l'URSS inclus, comme la Tchécoslovaquie).

Le système juridique répondait à ces besoins de protection contre un ennemi « *international* » en privilégiant, dans le cadre de la répression pénale, les crimes contre la république qui figuraient à la première place, bien avant les crimes contre les personnes. Cette position privilégiée des crimes contre la république se réitérait dans les deux codes pénaux¹⁸⁸⁹ et restait jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 2010 (loi n° 40/2009 Coll).

¹⁸⁸⁹ Loi n° 86/1950 Coll. - Code pénal : Titre premier - Crimes contre la République, sous-titre 1^{er} - Crimes contre les fondements de la République, sous-titre 5^{ème} - crimes compromettant l'ordre dans les affaires

Si le terme « *terrorisme* » ne figurait pas dans les dispositions des codes pénaux de 1950 et de 1961 et n'est apparu qu'après 2002¹⁸⁹⁰, des valeurs principales ont été protégées surtout au travers des crimes contre la république.

Pour le Code pénal de 1950, c'est la protection du système d'Etat populaire et démocratique, de l'ordre social, des acquis du peuple travailleur atteints lors de l'édification du socialisme, de l'indépendance de la république, son intégrité territoriale et sa capacité de défense qui se présentaient être des valeurs majeures. Des crimes, tels que la haute trahison, l'association contre la république, la subversion ou les atteintes contre des groupes d'habitants¹⁸⁹¹ sont des exemples illustratifs.

L'amendement du Code pénal de 1950 opéré en 1956 a apporté une modification majeure en ajoutant le crime de terreur¹⁸⁹² qui englobait déjà quelques éléments de la définition actuelle du terrorisme, à savoir l'intention d'intimider¹⁸⁹³, l'emploi de la violence, l'atteinte à la santé ou à la propriété.

Le Code pénal du 29 novembre 1961 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1962 reprenait en matière de « *lutte contre le terrorisme* » une bonne partie des crimes du code pénal précédant. Dans le Code pénal de 1961, la valeur principale protégée à travers la répression des crimes contre la république était le système d'Etat et de régime socialiste. Si la haute trahison du Code pénal de 1950 n'exigeait pas une condition de lien d'extranéité, le Code pénal de 1961 a requis que les crimes de désorganisation de la république, de terreur et de sabotage soient commis avec une puissance étrangère ou un acteur étranger. De même, la modification du crime de terreur a apporté une restriction consistant en une seule exigence d'atteinte volontaire à la vie dans l'intention de détériorer le système d'Etat et de société socialiste.

Aux côtés des crimes contre les fondements de la république, d'autres crimes pouvaient couvrir les actes de terrorisme : les crimes de péril général¹⁸⁹⁴ (crime du risque général, détérioration et atteinte au fonctionnement de l'installation d'intérêt général, armement illégal), les crimes perturbant gravement la cohabitation civile¹⁸⁹⁵ (violence contre un groupe d'habitants ou un individu, diffusion de faux messages d'alerte) et les atteintes à la vie et à l'intégrité physique de la personne¹⁸⁹⁶.

Le caractère général du Code pénal tchécoslovaque se limitait à ce que ses dispositions visent surtout la protection de l'organisation constitutionnelle de l'Etat et omettaient donc la protection des organisations internationales. De même, la question de la répression de financements des activités terroristes n'était point réglée par l'ordre juridique socialiste de l'époque.

Si l'intérêt majeur de l'ordre juridique du pays communiste a surtout été de protéger la forme d'Etat populaire et démocratique (le système d'Etat et de société socialiste depuis 1961) contre les interventions extérieures et intérieures, cela ne limitait pas les dirigeants tchécoslovaques à coopérer avec des groupes occidentaux de subversion ayant pour but la

publiques ; loi n° 140/1961 Coll.) et restait jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal moderne en 2010 (loi n° 40/2009 Coll.

¹⁸⁹⁰ La loi n° 537/2004 Coll.

¹⁸⁹¹ Parmi différents groupes protégés par l'art. 116 – Atteintes contre des groupes d'habitants, figure aussi le groupe des adhérents de l'ordre populaire démocratique.

¹⁸⁹² V. l'article 80a de la loi n° 86/1950 Coll.

¹⁸⁹³ Il est intéressant de noter que cette intention d'intimider n'avait pas pour caractéristique une pure provocation par la peur, mais avait pour finalité d'intimider quelqu'un dans sa participation active à l'édification d'une république populaire démocratique.

¹⁸⁹⁴ Titre 4 de la loi n° 140/1961 Coll.

¹⁸⁹⁵ Titre 5 de la loi n° 140/1961 Coll.

¹⁸⁹⁶ Titre 7 de la loi n° 140/1961 Coll.

révolution communiste dans des pays tels que l'Italie, l'Espagne ou autres. A cette fin, des centres d'éducation et de formation de l'ancienne Tchécoslovaquie (les facultés de la Sécurité d'Etat à Brno et à Prague), ont accueilli des étudiants de différents pays (Italiens - Brigades rouges, les Palestiniens, Vietnamiens). Le plus célèbre est Ramirez Sanchez, plus connu sous le nom de Carlos, qui est venu en Tchécoslovaquie à deux reprises¹⁸⁹⁷.

Des changements politiques survenus en Europe de l'Est à la fin des années quatre-vingt se sont manifestés aussi dans la transformation du régime politique tchécoslovaque. La révolution de velours de 1989 a fait passer le système populaire et socialiste à une démocratie parlementaire fondée sur l'état de droit et le respect des principes de l'humanité. L'euphorie révolutionnaire alimentée par le sentiment de la liberté nouvellement acquise s'est vite transformée en un besoin de (re)construction de l'ordre juridique et en l'affermissement de la position d'un Etat libre dans des structures géopolitiques internationales.

Certains rapports politiques avec des pays communistes ou socialistes ont été profondément modifiés. Sur le plan international, la Tchécoslovaquie a ratifié plusieurs conventions universelles¹⁸⁹⁸ réprimant les actes de terrorisme sans pour autant changer en profondeur la législation nationale.

II- La législation tchèque en matière de prévention et de lutte contre le terrorisme

Après sa naissance et déjà en tant que membre associé des Communautés européennes¹⁸⁹⁹, la République tchèque, dans le respect de ses engagements internationaux, a dû rapprocher sa législation de celle de l'Union européenne. Lors d'un référendum, en juin 2003, les citoyens tchèques se sont prononcés pour l'adhésion à l'Union européenne. Le traité d'adhésion signé en avril 2003 à Athènes est entré en vigueur un an plus tard, le 1^{er} mai 2004. Le résultat positif du référendum a conduit le gouvernement tchèque à réaliser un travail laborieux de transposition de l'acquis communautaire dans l'ordre juridique tchèque.

En matière de répression pénale contre le terrorisme, deux modifications majeures sont liées à la transposition des décisions-cadre sur la lutte contre le terrorisme (A) et le mandat d'arrêt européen (B). Ultérieurement, en qualité d'Etat membre, la République tchèque a procédé à la transposition de la réglementation européenne en matière du financement de terrorisme par une adoption de la directive de 2005 (C).

A- La transposition de la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme dans l'ordre juridique tchèque

Un amendement du Code pénal tchèque de 1961 a modifié l'intitulé du titre premier de la partie spéciale (Crimes contre la république, Etat étranger et organisation internationale)¹⁹⁰⁰ et ajouté un nouveau crime d'attentat terroriste (art. 95 CP) qui définit aussi les sanctions

¹⁸⁹⁷ Consulter le site officiel du Ministère de l'intérieur : <http://www.mvcr.cz/clanek/bezpecnostni-hrozby-337414.aspx>.

¹⁸⁹⁸ A titre d'exemple : Convention de Tokyo de 1963, Convention pour la répression de capture illicite d'aéronefs de 1970, Convention de Montréal de 1971, Convention de New York de 1973, Convention internationale contre la prise d'otages, Convention sur la protection physique des matières nucléaires, Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de navigation maritime. Pour un aperçu plus détaillé, v. partie IV du rapport.

¹⁸⁹⁹ L'accord d'association a été signé en oct. 1993 et est entré en vigueur 1^{er} févr. 1995, publication n° 7/1995 Coll.

¹⁹⁰⁰ Même pour la première section du titre premier du CP - Crimes contre les fondements de la république, de l'Etat étranger et de l'organisation internationale.

relatives au financement du terrorisme. Cette disposition reprend à la lettre le texte du crime d'attentat terroriste défini dans des positions communes et dans la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil de l'Union européenne. Le crime d'attentat terroriste était ultérieurement repris dans le nouveau Code pénal¹⁹⁰¹ et figure à côté du crime de terreur (art. 312 du nouveau CP)¹⁹⁰².

Le projet de la loi (devenu loi n° 537/2004 Coll.¹⁹⁰³) a été présenté par le gouvernement tchèque à l'Assemblée des députés en novembre 2003. Dans son rapport, le gouvernement a insisté sur les menaces actuelles qui proviennent de la criminalité organisée internationale, sur les attentats récents du 11 septembre et la position de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme. Le rapport fait notamment référence à la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI) et la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI).

Le rapport mentionne aussi d'autres textes à transposer : l'action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé (98/742/JAI), la décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (2002/629/JAI), la décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (2001/413/JAI) et la décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (2002/946/JAI).

Deux modifications majeures ont été apportées par cet amendement du Code pénal : d'abord le champ de protection des valeurs et principes démocratiques est élargi, au-delà de la république, à l'Etat étranger et aux organisations internationales¹⁹⁰⁴ et un nouveau crime d'attentat terroriste est incorporé. Le texte législatif reprend largement la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, à quelques nuances près – dues surtout à des questions terminologiques et institutionnelles.

Les atteintes contre la vie et l'intégrité physique de la personne – ainsi que les menaces – sont réunies au premier alinéa du § 1^{er} (l'article 95 du Code pénal de 1961 et 311 du Code pénal de 2009).

Il est intéressant de noter que le gouvernement tchèque a motivé l'inclusion des faits visant à causer des destructions massives d'une plate-forme fixe située sur le plateau continental¹⁹⁰⁵ parmi les comportements criminels, mais pas du fait de la transposition de la décision-cadre européenne. Il a souligné, par contre, l'importance pour la République tchèque d'accéder aux traités internationaux relatifs à la répression des faits illégaux contre la sécurité de la navigation maritime et la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental.

A côté des plates-formes sur le plateau continental, d'autres installations sont protégées par l'alinéa c du § 1^{er} qui figurent dans le texte de la décision-cadre, sachant que les installations publiques englobent les installations gouvernementales qui ne sont pas mentionnées expressément. Le texte législatif parle aussi dans la liste *in fine* « *des autres installations*

¹⁹⁰¹ V. la loi n° 40/2009 Coll.

¹⁹⁰² Titre 9 de la loi n° 40/2009 Coll.

¹⁹⁰³ La loi 537/2004 Coll. apportant une modification du Code pénal en ajoutant les dispositions sur l'attentat terroriste et le mandat d'arrêt européen.

¹⁹⁰⁴ Voir § 18.

¹⁹⁰⁵ Article 95, § 1 alinéa c du Code pénal de 1961.

importantes » qui ouvrent, selon le gouvernement tchèque, la possibilité d'accéder à d'autres traités internationaux à l'avenir sans pour autant modifier à chaque fois le Code pénal.

Si l'incrimination de l'attentat terroriste n'a pas posé de grands problèmes en ce qui concerne la responsabilité individuelle des personnes physiques, la transposition des règles relatives aux comportements criminels des personnes morales et leur responsabilité pénale s'est montrée difficile pour plusieurs raisons, suscitant de longues discussions et débats dans le milieu des juristes. Mais c'est finalement la responsabilité pénale « classique », et non une responsabilité pénale administrative¹⁹⁰⁶ des personnes morales qui a été retenue.

Le projet de loi relative à la responsabilité pénale de personnes morales n'a été présenté par le gouvernement tchèque à l'Assemblée des députés qu'en mars 2011. Dans son rapport, le gouvernement avance les motifs et la nécessité d'adopter cette loi au vu notamment des engagements internationaux et européens. Le gouvernement souligne que la République tchèque était le dernier Etat-membre de l'Union européenne à ne pas avoir une réglementation relative à la responsabilité pénale des personnes morales pour couvrir des comportements dont l'incrimination provient des textes européens¹⁹⁰⁷. Parmi différentes options, le gouvernement tchèque a choisi celle de la responsabilité pénale qui ouvre la possibilité de punir une personne morale même si le comportement d'aucun individu n'est prouvé.

Outre la transposition de la législation européenne, la République tchèque a dû respecter ses engagements internationaux et légiférer en matière de responsabilité pénale des personnes morales. La ratification de certains traités internationaux n'a pu aller jusqu'au bout en raison de l'absence de dispositions relatives à la responsabilité pénale des personnes morales. Parmi les traités internationaux liant la République tchèque, on trouve notamment : la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales¹⁹⁰⁸, la Convention pénale sur la corruption¹⁹⁰⁹ et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme¹⁹¹⁰. Dans son rapport, le gouvernement tchèque a également présenté d'autres traités internationaux qui, signé ou prêts

¹⁹⁰⁶ Le droit tchèque connaît une stricte différenciation même structurelle du droit pénal et le droit pénal administratif. La terminologie fait donc une différence entre les infractions (crimes et délits) et les contraventions qui ne sont connus que par des organes administratifs.

¹⁹⁰⁷ Références sont notamment faites à : la décision-cadre du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (2001/413/JAI), la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI) et la décision-cadre (2008/919/JAI) modifiant cette dernière, la décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (2002/629/JAI), la décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (2002/946/JAI), la décision-cadre du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé (2003/568/JAI), la décision-cadre du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (2004/68/JAI), la décision-cadre du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information (2005/222/JAI), la décision-cadre du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée (2008/841/JAI), la directive du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (2008/99/CE) et la directive du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (2009/52/CE), les décisions-cadres relatives à la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale envers des personnes morales- (2006/783/JAI), (2005/214/JAI), (2003/577/JAI).

¹⁹⁰⁸ Notification du MAE n° 25/2000 Coll. traités internationaux.

¹⁹⁰⁹ Notification du MAE n° 70/2002 Coll. traités internationaux. Le protocole additionnel n'a pas été signé par la République tchèque.

¹⁹¹⁰ Notification du MAE n° 18/2006 Coll. traités internationaux révisée par la notification du MAE n° 9/2010 Coll. traités internationaux.

à signés, n'ont pas pu être ratifiés car l'obligation de la responsabilité pénale des personnes morales ne figurait pas dans l'ordre juridique tchèque¹⁹¹¹.

Le projet de loi sur la responsabilité pénale des personnes morales a suscité la réticence du président de la République. Convaincu du caractère strictement individuel des infractions pénales, le Président de la République a exercé son pouvoir de veto et s'est opposé au projet de la loi¹⁹¹², lequel veto a finalement été surpassé par le vote des députés à la majorité qualifiée, ce qui a permis à la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales d'entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2012.

La décision-cadre du Conseil sur le mandat d'arrêt européen (2002/584/JAI) a également entraîné l'amendement de dispositions du Code pénal et du Code de la procédure pénale.

B- La transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen dans l'ordre juridique tchèque

Il a été dérogé au principe constitutionnel interdisant l'extradition des citoyens tchèques à l'article 21, alinéa 2 du Code pénal - « *Le citoyen tchèque peut être remis dans un autre Etat-membre de l'Union européenne uniquement sur la base du mandat d'arrêt européen* » - disposition reprise dans le nouveau Code pénal de 2009 à l'article 10, alinéa 2.

La loi du 29 juillet 2004¹⁹¹³, modifiant le Code de procédure pénale pour la transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, a introduit dans le cadre du titre 25 (De l'entraide judiciaire avec l'étranger) une nouvelle section - Section 3, Dispositions propres à la remise des personnes entre des Etats-membres de l'Union européenne sur la base du mandat d'arrêt européen¹⁹¹⁴ qui reprend notamment du Code pénal la possibilité de la remise des citoyens tchèques dans un autre Etat-membre de l'Union européenne sur la base du principe de réciprocité¹⁹¹⁵ et du principe de la double incrimination¹⁹¹⁶.

L'infraction de terrorisme constitue l'une des trente-deux exceptions au principe de la double incrimination. Si l'applicabilité du mandat d'arrêt européen est construite, dans l'article 2 de la décision-cadre, sur la règle générale (alinéa 1) et la règle spéciale (alinéa 2), le Code de procédure pénale tchèque est construit sur une règle générale (la double incrimination) et sur des exceptions pour les faits punissables d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans ou des mesures de protection privative de liberté.

Il convient de noter que le processus législatif de transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen a suscité, ici aussi, une approche réticente de la part du président de la République qui a émis son veto à l'adoption des lois modifiant le Code pénal et le Code de

¹⁹¹¹ Le deuxième protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, obligatoire pour la République tchèque en raison de l'Acte d'adhésion ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée – signée par la RT en 2000 ; la Convention des Nations Unies contre la corruption – signée par la RT en 2005 ; la Convention sur la cybercriminalité – signée par la RT en 2005 ; Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme – non-signée par la RT ; la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme – la RT envisage la signature.

¹⁹¹² Veto présidentiel de 18 nov. 2011.

¹⁹¹³ Loi n° 539/2004 Coll. transposant la décision-cadre (2002/584/JAI) dans le code de la procédure pénale. Et aussi : Loi n° 537/2004 Coll. transposant la décision-cadre (2002/584/JAI) dans le code pénal. V. *supra*.

¹⁹¹⁴ La terminologie tchèque de procédure pénale fait une stricte différence entre l'extradition « générale » (*vydání*) et la remise (*předání*) au sens du mandat d'arrêt européen.

¹⁹¹⁵ Loi n° 141/1961 Coll., Code de procédure pénale, art. 403, alinéa 2.

¹⁹¹⁶ Loi n° 141/1961 Coll., Code de procédure pénale, art. 412.

procédure pénale, aux motifs allégués de l'inconstitutionnalité de la modification proposée et notamment sur la question du principe de l'interdiction d'extrader ses propres citoyens – principe incorporé dans l'article 14 de la Charte tchèque des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁹¹⁷.

C- La transposition de la directive sur le financement du terrorisme

Plusieurs textes législatifs ont été adoptés à partir des années 1990 en vue de prévenir et/ou de réprimer les mouvements de capitaux de provenance ou à finalité criminelle. Au début, c'était surtout la législation relative au blanchiment des capitaux (les dispositions « AML »)¹⁹¹⁸, puis, les textes ayant pour objet de transposer les engagements internationaux mettant en œuvre les sanctions internationales (sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou par le Conseil de l'Union européenne)¹⁹¹⁹.

Après les attentats terroristes du début des années 2000 et en tant que membre de l'Union européenne, la République tchèque a peiné à harmoniser son ordre juridique et transposer des textes sur le financement du terrorisme.

Ce n'est qu'en 2008 que le Parlement tchèque a légiféré en matière de prévention du blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme¹⁹²⁰. La loi n° 253/2008 du 5 juin 2008 sur certaines mesures contre la légalisation¹⁹²¹ des profits issus de l'activité criminelle et sur le financement du terrorisme transpose la législation européenne en question¹⁹²², en continuité avec d'autres textes européens¹⁹²³.

¹⁹¹⁷ Il est intéressant de noter que le gouvernement tchèque, conscient de ce conflit entre le principe d'interdiction d'extrader ses propres citoyens et les obligations qui découlent de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, a proposé un amendement de l'article 14 de la Charte, lors de la présentation des propositions de lois relatives au mandat d'arrêt européen. Mais le Parlement n'a pas approuvé en 2^{ème} lecture le texte du gouvernement et la Charte n'a donc pu être révisée en avril 2004. Pour cette raison, le gouvernement tchèque a dû procéder à une interprétation élargie et « *pro-européenne* » de l'article 14 (dont l'alinéa 3 dispose notamment : « *Tout citoyen a un droit d'entrée libre sur le territoire de la République Tchéque et Slovaque. Aucun citoyen ne peut être forcé de quitter son propre pays* ».)

¹⁹¹⁸ La loi n° 61/1996 Coll. sur certaines mesures contre la légalisation des profits issus des activités criminelles.

¹⁹¹⁹ La loi n° 98/2000 Coll. sur l'application des sanctions internationales pour le maintien de la paix et sécurité internationale. Loi abrogée par une nouvelle loi n° 69/2006 Coll. sur l'application des sanctions internationales. V. aussi la loi n° 69/2006 du 3 février 2006 sur l'application des sanctions internationales qui régit certaines obligations des personnes physiques et morales lors de la réalisation des sanctions internationales ayant pour but le maintien ou l'établissement de la paix et la sécurité internationales et ceci en continuité et conformité avec la législation européenne notamment le règlement du Conseil n° 2580/2001.

¹⁹²⁰ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive 2005/60/CE du 26 oct. 2005 *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, JO L 309 du 25 nov. 2005, p. 15.

¹⁹²¹ Même si le vocabulaire francophone n'utilise de préférence que le terme de « *blanchiment* », l'auteur de ce texte préfère garder le mot officiel (*legalizace* en tchèque) dans le titre de la loi en question pour marquer la différence entre la nomenclature officielle et le langage courant qui utilise le terme de blanchiment d'argent sale.

¹⁹²² Le règlement du Conseil de l'Union européenne 2580/2001 et la directive du Parlement européen, *op. cit.*

¹⁹²³ Commission européenne, Directive 2006/70/CE du 1^{er} août 2006 *portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des personnes politiquement exposées et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée*, JO L 214 du 4 août 2006 ; Parlement européen et Conseil, Règlement 1889/2005/CE du 26 oct. 2005 *relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté*, JO L 309 du 25 nov. 2005 ; Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement 1781/2006/CE du 15 nov. 2006 *relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds*, JO L 345 du 8 déc. 2006.

Cette loi repose sur les bases institutionnelles de la loi n° 61/1996 du 15 février 1996 qui a créé notamment une Unité d'analyse financière¹⁹²⁴ fonctionnant dans les structures du Ministère des finances comme une autorité de service de renseignement et de surveillance financière. La loi de 2008¹⁹²⁵ a apporté de nombreuses modifications d'autres textes législatifs et ce notamment en ce qui concerne un groupe important de personnes à l'égard desquelles découlent les obligations relatives au blanchiment des capitaux et au financement du terrorisme.

L'on peut structurer ces nombreuses modifications législatives en trois tranches. Une première relative aux mouvements des capitaux, telles que : la loi sur des loteries¹⁹²⁶, la loi sur l'assurance complémentaire de retraite¹⁹²⁷, le Code des devises¹⁹²⁸, la loi sur l'investissement collectif¹⁹²⁹, la loi sur le commerce aux marchés des capitaux¹⁹³⁰, la loi sur le traitement des pierres précieuses¹⁹³¹, la loi sur les transactions de paiement¹⁹³².

Un deuxième ensemble de lois imposant des obligations relatives aux mesures contre le blanchiment aux différentes personnes qui sont ou peuvent être en contact (régulier) avec de grandes sommes d'argent : la loi sur les banques¹⁹³³, la loi sur l'artisanat et profession libérales¹⁹³⁴, la loi sur le notariat¹⁹³⁵, la loi sur la profession d'avocat¹⁹³⁶, la loi sur les conseils fiscaux et la chambre des conseillers fiscaux¹⁹³⁷, le Code de procédure d'exécution¹⁹³⁸, la loi sur les commissaires aux comptes¹⁹³⁹, le Code de procédure fiscale¹⁹⁴⁰.

Enfin, les lois relatives à l'accès à l'information : la loi sur l'accès libre aux informations¹⁹⁴¹, la loi sur l'asile¹⁹⁴² ou la loi relative au séjour des étrangers¹⁹⁴³.

Bien que fixé au 15 décembre 2007, le délai de transposition de la directive 2005/60/CE a été dépassé puisque la loi n° 254/2008a été publiée en juillet 2008 et n'est entrée en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2009.

Si la directive définit le financement du terrorisme en faisant référence à la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, la loi n° 253/2008 se réfère aux infractions pénales de terreur¹⁹⁴⁴ et de terrorisme¹⁹⁴⁵ (définies *per se* dans le Code pénal) ou à l'infraction liée aux activités terroristes, à l'infraction d'incitation ou de complicité ou encore des actes visant à rémunérer ou indemniser ces infractions.

¹⁹²⁴ Finanční analytický útvar (FAÚ), Financial Intelligence Unit (FIU).

¹⁹²⁵ La loi n° 254/2008 Coll. modifiant certaines lois en conséquences de l'adoption de la loi sur la légalisation des profits issus des activités criminelles.

¹⁹²⁶ Loi n° 202/1990 Coll.

¹⁹²⁷ Loi n° 42/1994 Coll..

¹⁹²⁸ Loi n° 219/1995 Coll.

¹⁹²⁹ Loi n° 189/2004 Coll.

¹⁹³⁰ Loi n° 256/2004 Coll.

¹⁹³¹ Loi n° 440/2003 Coll.

¹⁹³² Loi n° 284/2009 Coll.

¹⁹³³ Loi n° 21/1992 Coll.

¹⁹³⁴ Loi n° 455/1991 Coll.

¹⁹³⁵ Loi n° 358/1992 Coll.

¹⁹³⁶ Loi n° 85/1996 Coll.

¹⁹³⁷ Loi n° 523/1992 Coll.

¹⁹³⁸ Loi n° 120/2001 Coll.

¹⁹³⁹ Loi n° 93/2009 Coll.

¹⁹⁴⁰ Loi n° 280/2009 Coll.

¹⁹⁴¹ Loi n° 106/1999 Coll.

¹⁹⁴² Loi n° 325/2009 Coll.

¹⁹⁴³ Loi n° 326/2009 Coll.

¹⁹⁴⁴ Actuellement l'art. 312 du Code pénal.

¹⁹⁴⁵ Actuellement l'art. 311 du Code pénal.

Si les dispositions dans le cadre de la lutte contre le terrorisme sont plutôt nombreuses et influencées par la législation européenne, il en est autrement avec la jurisprudence.

III- La jurisprudence tchèque sur la prévention et la lutte contre le terrorisme

L'activité jurisprudentielle des tribunaux tchèques correspond à la rareté des activités terroristes sur le territoire de la République tchèque. S'il n'existe donc pas de grands arrêts en matière de terrorisme ou relatifs à celui-ci, l'on peut citer quelques décisions qui mentionnent le terrorisme ou font référence aux mesures de prévention et de lutte contre le terrorisme international.

Dans un premier groupe, il faut citer les décisions¹⁹⁴⁶ de la Cour suprême administrative relatives à l'octroi de l'asile ou la protection internationale où le terrorisme figure en tant qu'un des éléments de la persécution¹⁹⁴⁷.

D'autre part, les décisions de la Cour constitutionnelle tchèque qui, en examinant la constitutionnalité des traités internationaux à ratifier par la République tchèque, ont eu à se prononcer sur la conformité du Traité de Lisbonne avec l'ordre constitutionnel tchèque¹⁹⁴⁸. Il était, entre autres question de savoir si l'article 83 du TFUE permettant de définir de nouvelles infractions pénales et des sanctions dans des domaines de dimension transfrontières était ou non conforme à la notion de l'Etat de droit, qui est un des principes constitutionnels clés sur lesquels repose l'ordre constitutionnel tchèque¹⁹⁴⁹.

Dans ses décisions, la Cour constitutionnelle concluant à la constitutionnalité a jugé qu'il ne s'agissait pas d'un exemple d'élargissement arbitraire des compétences de l'Union européenne, mais que l'Union européenne, tout en respectant les principes de subsidiarité et de proportionnalité, disposait ainsi des moyens qui lui permet de mieux, et de façon plus effective, réagir aux menaces sur la sécurité et aux infractions d'une extrême dangerosité. Le terrorisme en est un exemple.

Enfin, quelques décisions ont porté sur l'application de la loi sur le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme où ce dernier n'apparaît que de manière anecdotique¹⁹⁵⁰. L'on peut donc constater que l'on manque à l'heure actuelle de jurisprudence où la prévention ou la lutte contre le terrorisme figureraient comme des éléments clés.

Après avoir présenté l'état actuel de la législation et la jurisprudence nationales, il ne reste qu'à s'intéresser aux engagements internationaux de la République tchèque en matière de lutte contre le terrorisme.

¹⁹⁴⁶ Une soixantaine depuis 2003, La Cour suprême d'administration a été introduite par la loi n° 150/2002 Coll. - code de procédure des tribunaux administratifs.

¹⁹⁴⁷ A titre d'exemple les décisions de la Cour suprême administrative du 29 mars 2012 - 4 Azs 19/2011 - 42 ; du 19 janv. 2012 - 7 Azs 47/2011 - 60 ; ou du 7 mai 2010 5 Azs 22/2008 - 161.

¹⁹⁴⁸ Cour constitutionnelle, 26 nov. 2008, décision Pl. ÚS 19/08 et Cour constitutionnelle, 3 nov. 2009, décision Pl. ÚS 29/09. V. X. Magnon « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2010, n° 82, p. 417-442.

¹⁹⁴⁹ Art. 1 de la Constitution tchèque.

¹⁹⁵⁰ A titre d'exemple : Cour constitutionnelle, 13 déc. 2004, décision I. ÚS 416/04 ; Cour suprême administrative, 23 févr. 2011, arrêt 1 Afs 91/2010 - 45, ou encore Cour suprême administrative, 31 oct. 2008, arrêt 7 Afs 27/2008 - 46.

IV- Les obligations internationales en matière de prévention et de lutte contre le terrorisme

Depuis sa naissance en 1993, la République tchèque s'est orientée vers les pays occidentaux respectant d'une part l'Etat de droit et les droits de l'homme et protégeant d'autre part les valeurs fondamentales démocratiques sur le plan international ; et ceci notamment par des initiatives de lutte contre le terrorisme, de lutte contre l'impunité dans le domaine du désarmement et de la non-prolifération des armes de destruction massive.

La réception des normes du droit international dans l'ordre juridique tchèque se fait en général par deux voies constitutionnelles. L'article 1, § 2 de la Constitution tchèque dispose : « *la République tchèque observe les obligations qui lui incombent du droit international* ». Cette disposition de nature plutôt déclarative permet de recevoir les normes de coutume internationale.

Par contre, la réception des normes conventionnelles dans l'ordre juridique tchèque, depuis l'amendement de 2001¹⁹⁵¹, se fait au moyen d'une norme d'incorporation générale sur la base de l'article 10 de la Constitution. « *Les traités internationaux publiés dont la ratification a été autorisée par le Parlement et qui lient la République tchèque font partie de l'ordre juridique ; si le traité international en dispose autrement que la loi, c'est le traité international qui s'applique* ». Par une interprétation élargie, cette disposition est applicable aussi aux parlements précédant le Parlement tchèque (fonctionnant depuis le 1^{er} janvier 1993) et assure une position bien définie aux traités internationaux dans l'ordre juridique tchèque, ce qui est donc valable pour la normativité internationale en matière de prévention et lutte contre le terrorisme.

La République tchèque est une partie contractante de la totalité des quatorze conventions et protocoles des Nations Unies relatives au terrorisme¹⁹⁵², quand une partie de

¹⁹⁵¹ Un grand amendement de la Constitution a été adopté par le Parlement tchèque en 2001 en vue d'établir un rapport plus clair entre l'ordre juridique tchèque et le droit international. Rapport qui n'existait pas dans la version originelle de la Constitution de 1993. Cet amendement a aussi apporté une règle régissant le rapport entre l'ordre juridique tchèque et le droit européen, ceci avant l'entrée de la République tchèque dans l'Union européenne.

¹⁹⁵² La Convention de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs - publiée par le Règlement du MEA n° 96/1974 Coll., la Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile - publiée par le Règlement du MEA n° 16/1974 Coll., la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, la Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages - publiée par le Règlement du MEA n° 36/1988 Coll., la Convention de 1980 sur la protection physique des matières nucléaires - publiée par le Règlement du MEA n° 114/1996 Coll. et encore publiée par la notification du MAE n° 27/2007 Coll. traités internationaux, le Protocole de 1988 pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale - publié par la notification du MAE n° 132/2002 Coll. traités internationaux, la Convention de 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime - publiée par la notification du MAE n° 100/2005 Coll. traités internationaux, le Protocole de 1988 à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental - publié par la notification du MAE n° 101/2005 Coll. traités internationaux, la Convention de 1991 sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection - publiée par la notification du MAE n° 6/2003 Coll. traités internationaux, la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif - publiée par la notification du MAE n° 80/2001 Coll. traités internationaux, la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme - publiée par la notification du MAE n° 18/2006 Coll. traités internationaux, la Convention internationale de 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire - publiée par la notification du MAE n° 57/2007 Coll. traités internationaux, la Convention de 2010 sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile

ces traités a été signée et ratifiée déjà par la Tchécoslovaquie, l'Etat prédécesseur. Les obligations découlant pour la République tchèque de ces traités multilatéraux sont des obligations clés dans la lutte contre le terrorisme et définissent surtout les questions de compétences juridictionnelles lors de la répression des crimes de terrorisme.

Il en est autrement en ce qui concerne les traités internationaux signés au sein du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre le terrorisme¹⁹⁵³. Si la République tchèque est une partie contractante de la Convention pour la répression du terrorisme de 1977 avec sa ratification juste au début des années 1990 après l'accession à la démocratie, elle n'est qu'un Etat signataire du protocole d'amendement de ladite Convention. Les deux autres conventions sur la prévention du terrorisme et sur le blanchiment et le financement du terrorisme n'ont même pas été signées par la République tchèque.

Aux côtés des traités multilatéraux, ont été contractés par la République tchèque ou son prédécesseur de nombreux accords bilatéraux qui sont relatifs à la prévention ou à la lutte contre le terrorisme. Il s'agit notamment des accords bilatéraux de coopération judiciaire¹⁹⁵⁴ qui, de façon très générale, établissent une obligation de coopération lors de la répression de la criminalité organisée, notamment le terrorisme.

D'autres traités bilatéraux¹⁹⁵⁵ en matière de coopération judiciaire sont plus spécifiques et introduisent des obligations de coopération judiciaire en matière pénale où le domaine du terrorisme et son financement figurent aux premières places. Il s'agit des traités ou accords sur la coopération dans la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme (et souvent aussi contre le trafic des stupéfiants). La plupart de ces traités ont été signés après 2001 avec l'exception de l'Accord avec la Lettonie signé en novembre 2000¹⁹⁵⁶. A titre exceptionnel, l'on peut mentionner un accord conclu avec les Etats-Unis sur l'attribution d'aides dans la lutte contre le terrorisme et lors des opérations militaires ou de stabilisation¹⁹⁵⁷. Cet accord, de nature financière, spécifie les obligations de la République tchèque en tant que bénéficiaire de l'aide financière du budget américain de 2007.

*
* * *

internationale – actuellement examinée au sein du Parlement. En mai 2012 le Sénat s'est prononcé pour la ratification, on attend la décision de l'Assemblée des députés.

¹⁹⁵³ Convention européenne pour la répression du terrorisme, STCE no. : 090, Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme STCE no. : 190, Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme STCE no. : 196, Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme STCE no. : 198.

¹⁹⁵⁴ Par exemple : Règlement du MEA n° 40/1982 Coll. sur l'Accord entre la République socialiste tchécoslovaque et la République démocratique d'Afghanistan sur la coopération judiciaire en matière civile et pénale, ou Notification du MAE n° 98/1998 Coll. publiant le Traité entre la République tchèque et la République italienne sur les relations amicales et la coopération.

¹⁹⁵⁵ Notification du MAE n° 105/2006 Coll. traités internationaux publiant le Traité entre la République tchèque et la Confédération suisse sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, notification du MAE n° 81/2006 Coll. traités internationaux publiant l'Accord entre la République tchèque et l'Ukraine sur la coopération dans la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme et trafic illicite des stupéfiants.

¹⁹⁵⁶ Notification du MAE n° 44/2001 Coll. traités internationaux publiant l'Accord entre le gouvernement de la République tchèque et le gouvernement de la Lettonie sur la coopération dans la lutte contre le terrorisme trafic illicite des stupéfiants.

¹⁹⁵⁷ Notification du MAE n° 75/2007 Coll. traités internationaux publiant l'Accord entre le Ministère de la défense de la République tchèque et le Ministère des affaires étrangères des Etats-Unis sur l'attribution d'aide dans la lutte contre le terrorisme et lors des opérations militaires ou de stabilisation.

La lutte contre le terrorisme dans la législation tchèque est, de façon très accentuée, influencée par le droit européen et le droit international. L'ordre juridique tchèque a connu dans cette matière de grandes modifications liées à la transposition de la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme et la directive sur le financement du terrorisme. La transposition de ces dispositions s'est projetée directement dans des dispositions du Code pénal (de 1961) introduisant un nouveau crime d'attentat terroriste – dispositions qui seront ultérieurement reprises dans le nouveau Code pénal de 2009. Il en est de même pour les règles procédurales sur la coopération judiciaire en matière pénale introduisant dans la procédure pénale tchèque le mandat d'arrêt européen. Si ces modifications sont intervenues en 2004, il a fallu beaucoup attendre pour qu'il soit légiféré sur la responsabilité pénale des personnes morales (janvier 2012).

Respectant toujours son obligation de transposition dans l'ordre juridique national, la République tchèque s'est toujours montrée comme « un bon élève ». Les dispositions nationales reprennent souvent à la lettre la réglementation européenne, en prenant en compte la terminologie spécifique surtout du droit pénal et de la procédure pénale.

Du fait du défaut de jurisprudence nationale importante en la matière, il est difficile de voir et de mesurer si les textes nationaux ont été transposés de façon suffisante et conforme au droit européen. Mais il est satisfaisant de constater que la République tchèque soumise aux engagements provenant des droits européen et international, transpose la réglementation, s'engage dans la coopération judiciaire de prévention et répression des actes de terrorisme, sans pour autant de connaître sur son sol (par bonheur) de tels actes.

Pavel Bureš

Conclusion générale

Le développement d'une Stratégie de l'Union européenne de lutte contre le terrorisme, s'inscrit sans surprise dans un processus de production normative largement sous une influence post-11 septembre 2001. Mais un tel constat constitue pour l'essentiel la face émergée d'un phénomène et d'un processus réactif auxquels certains États membres se sont historiquement confrontés.

La diversité des actions et des domaines (prévention, protection, réaction, garantie des libertés, répression, coopération extérieure, financement), ainsi que des acteurs impliqués (législateur européen, juridictions européennes, États membres, juridictions nationales, organisations et juridictions internationales, États tiers) ne facilite pas une lecture homogène.

Le premier volet de la recherche a mis en relief les acteurs et les actions entreprises par l'Union européenne, lesquels oscillent entre prévention, réaction et répression. L'Union européenne, par sa législation et sa jurisprudence, a établi un cadre juridique permettant à ses États membres de combattre à différents niveaux le terrorisme, sous quelque forme qu'il se présente, tout en maintenant un équilibre certain, mais encore précaire, entre les objectifs sécuritaires et de garantie des libertés individuelles.

En effet, de manière globale, si ces actions témoignent de la réelle volonté européenne de se saisir de la question du terrorisme, elles sont pour certaines véritablement insuffisantes dans le cadre de la lutte contre ce phénomène. Par exemple, les instruments de droit commun de lutte contre les infractions financières telles que le blanchiment d'argent sont inadaptés face au terrorisme dont le financement est effectué à travers des canaux alternatifs que le droit encadre difficilement. En outre, l'action des agences Europol et Eurojust est limitée par leur nature d'agences de coopération ne pouvant se substituer aux services nationaux compétents, lesquels se sentent également concurrencés par une fonction *ad hoc*, le Coordinateur de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme. Enfin, la question de l'indemnisation des victimes du terrorisme au sein de l'Union européenne n'est pas réglée.

En outre, la question de l'équilibre entre l'objectif sécuritaire et la protection des libertés individuelles a constitué l'une des grandes controverses de la politique européenne de lutte contre le terrorisme ; la jurisprudence audacieuse, mais contestée, de la Cour de justice de l'Union européenne faisant pencher la balance en faveur de la garantie des libertés individuelles.

Toutefois, cette jurisprudence très protectrice des libertés individuelles ne saurait être interprétée comme une négation de la nécessité pour les autorités nationales de se défendre

contre ou de prévenir les attaques des groupements terroristes. D'ailleurs, au niveau des Etats membres le recours de plus en plus fréquent au mandat d'arrêt européen en témoigne.

Elle matérialise par ailleurs l'importance des interactions existantes entre l'Union européenne, ses Etats membres, les Etats tiers et les organisations internationales, universelles ou régionales, dans la lutte contre le terrorisme qui est désormais perçu comme une menace contre la paix et la sécurité internationales.

Le second volet de la recherche tend donc à démontrer que les productions normative et jurisprudentielle européennes, sans en contester les aspects *sui generis*, découlent en partie des interactions réciproques entre l'ordre européen, les ordres nationaux des Etats membres et l'ordre international. Autrement dit, il y a, d'une part, des influences réciproques entre le droit de l'Union européenne et le droit international et, d'autre part, entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux de ses Etats membres.

Ces interactions constituent sans doute les limites ontologiques du droit et la jurisprudence d'une Union européenne partagée entre les tentations ultra-sécuritaires de quelques partenaires extérieurs, les réticences nationales de certains Etats membres ou à l'inverse, l'enthousiasme des autres Etats, les « *bons élèves* », à lui accorder quasiment « *carte blanche* » et la protection de ses principes constitutionnels affirmée, au final avec moins de vigueur qu'il n'avait paru, par sa juridiction suprême.

D'un point de vue global, l'aboutissement à une conciliation acceptable des intérêts en présence se rapproche certes, mais demeure encore éloigné. Les jurisprudences protectrices des libertés individuelles ne masquent pas les difficultés du contrôle juridictionnel des mesures anti-terroristes. Une procédure claire d'inscription sur les listes noires n'est pas établie, et l'indemnisation des personnes inscrites reste difficile à obtenir.

Bibliographie indicative

Ouvrages¹⁹⁵⁸

- **J. Alix**, *Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010, 662 p.
- **J. Auvret-Finck** (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme. Etat des lieux et perspectives*, Larcier, Bruxelles, 2010, 331 p.
- **E. Barbe**, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne : un espace de liberté, de sécurité et de justice*, La Documentation française, 2002, 190 p.
- **A. Cammilleri-Subrenat**, *Le droit de la politique européenne de sécurité et de défense dans le cadre du traité de Lisbonne*, Edictions Tec et Doc, 2010, 293 p.
- **N. Chomsky**, *Autopsie des terrorismes : les attentats du 11 septembre et l'ordre mondial*, Agone, 2011, 216 p.
- **Conférence internationale des juristes**, *Les listes des groupes terroristes : l'approche du droit européen et international*, L'Harmattan, 2004, 157 p.
- **E. David**, *Eléments de droit pénal international et européen*, ULB, Bruylant, 2009, Bruxelles, 1616 p.
- **M. Delmas-Marty et H. Laurens** (sous la dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS, 2010, 342 p.
- **M. Delmas-Marty**, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010, 273 p.
- **J. Derrida, J. Habermas**, *Le « concept » du 11 septembre. Dialogues à New-York (octobre-décembre 2001) avec G. Borradori*, Galilée, 2004, 244 p.
- **A. Fabre**, *Politique et droit de la sécurité face au bioterrorisme*, L'Harmattan, 2005, Paris, 217 p.
- **Ch. Girard** (dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruylant, 2012, 332 p.
- **G. Giudicelli-Dèlage, S. Manacorda** (sous la dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Société de législation comparée, 2005, 383 p.
- **L. Hennebel, D. Vandermeersch** (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, 2009, 541 p.
- **S. Huntington**, *Le choc des civilisations*, Odile Jacob, 2009, 545 p.
- *La sécurité internationale entre rupture et continuité. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Guilhaudis*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 638 p.
- **J.-L. Marret**, *Techniques du terrorisme ; méthodes et pratiques du « métier terroriste »*, PUF, 2002, 2^{ème} éd., 177 p.
- **J.-C. Martin**, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, 2006, Bruylant, Bruxelles, 589 p.
- **J. Molinier** (sous la dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, Bruxelles, 264 p.
- **J. Pérez Royo** (sous la dir.) et **M. Carraseao Duran** (coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, 248 p.
- **V. Ramraj, M. Hor, K. Roach, G. Williams** (ed.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2012, 691 p.
- **J. Rideau, C. Grewe, L. Balmond, M. Arcari** (sous la dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne : équilibres et déséquilibres de la balance*, Bruylant, 2011, 414p.

¹⁹⁵⁸ Dans la présente bibliographie, comme dans les notes infra-paginales du rapport, sauf mention contraire, le lieu d'édition des ouvrages est : Paris.

- **K. Roudier**, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation anti-terroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, thèse Toulouse 2011, prix de thèse du Conseil constitutionnel 2012, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 140, 524 p.
- **A. M. Salinas de Frias, K. Lh Samuel, Nigel D. White** (ed.), *Counter-terrorism. International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, 1156 p.
- **B. Saul**, *Terrorism*, Hart Publishing, 2012, 1620 p.
- **J.M. Sorel** (sous la dir.), *La lutte contre le financement du terrorisme : perspective transatlantique*, Pedone, 2009, 210 p.
- **SOS Attentats, G. Doucet** (sous la dir.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, 2003, 552 p.
- **P. Wallensteen, C. Staibano** (sous la dir.), *International Sanctions : between Words and Wars in the Global System*, Frank Cass, 2005, New York, 251 p.

Rapports

- **Assemblée nationale française**, G. Geoffroy (rapp.), Rapport d'information de la commission chargée des affaires européennes, *sur la proposition de décision cadre du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passager (Passenger Name record, PNR) à des fins répressives*, 2009, n° 1147.
- **Assemblée nationale française**, C. Phillip (rapp.), Rapport d'information de la délégation pour l'Union européenne, *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, 2005, n° 2123.
- **Assemblée nationale française**, A. Barrau (rapp.), Rapport d'information *sur les mesures prises par l'Union européenne à la suite des attentats terroristes aux Etats-Unis*, 2001, n° 3332.
- **Institut national des hautes études de sécurité (INHES)**, *Expertise collective des terrorismes en Europe. Echanges entre chercheurs et services chargés de la lutte anti-terroriste*, Actes et synthèses, 2006, 129 p.
- **Commission européenne**, Rapport Barnier de mai 2006, *Pour une force européenne de protection civile : Europaid*, 60 p.
- **Commission européenne**, Livre blanc du 23 oct. 2007, *Ensemble pour la santé : une approche stratégique pour l'UE 2008-2013*, COM (2007) 630 final.
- **Coordinateur européen de la lutte contre le terrorisme**, Rapport relatif à *la mise en œuvre de la stratégie révisée de lutte contre le financement du terrorisme*, 2011, doc. 15062/11
- **Europol**, *EU Terrorism situation and trend report*, TE-SAT 2010, 43 p.
- **GAFI/OCDE**, *Recommandations sur les Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, 2012.
- **Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de l'Université Bordeaux IV**, *La dimension internationale de la justice pénale*, Rapport pour la Mission de recherche Droit et justice, nov. 2011, et en particulier pp. 205-214.
- **Parlement européen**, Rapport Watson du 12 juil. 2001 *sur le rôle de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme*, doc. A5-0273/2001.
- **Parlement européen**, Rapport du 14 nov. 2001 *sur la proposition de la Commission de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme*, doc. A5-0397/2001.
- **Parlement européen**, Rapport *sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité*, 2012, doc. A7-0244/2012.
- **Nations Unies, Assemblée générale**, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme *sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, 2010, doc. A/HRC/16/50.
- **Nations Unies, Assemblée générale**, M. Scheinin (rapp.), Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, 2010, doc. A/65/258.

- **Nations Unies, Conseil de sécurité**, Rapport du Comité créé par la résolution 1267 (1999) concernant *Al-Qaida les Taliban et les personnes et entités qui leur sont associées*, 2008, doc. S/2008/848.
- **Nations Unies, ECOSOC**, Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte anti-terroriste, 2005, doc. E/CN.4/2005/103.
- **Sénat français**, A. Rouvière (rapp.), Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant la ratification de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 2000-2001, n° 355.

Articles, fascicules

- **G. Bachoué**, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme : le point de vue communautaire », in : S. Niquègue, *L'infraction pénale en droit public*, 2010, 214 p., spéc. pp. 164-185.
- **A. Asua Batarrita, M. Alvarez Vizcaya**, « La répression du terrorisme en Espagne », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, pp. 215-236.
- **S. Bauer**, « L'europanisation des politiques d'exportation d'armements », *Annuaire français de relations internationales*, 2001, vol. 2, pp. 507-523.
- **M.-A. Beernaert**, « La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme », *Revue internationale de droit pénal*, 2006/1, vol. 77, pp. 283-284.
- **P. Berthelet et C. Chevallier-Govers**, « Quelle relation entre Europol et Eurojust ? Rapport d'égalité ourapport d'autorité ? », *RMCUE*, 2001, n° 450, pp. 468-474.
- **P. Berthelet**, « L'impact des événements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice (partie 1) », *Cultures & Conflits*, 2002, n° 46, pp. 2-11.
- **T. Biersteker, S. Eckert, P. Romaniuk**, « International initiatives to combat the financing of terrorism » in T. Biersteker, S. Eckert (sous la dir.), *Countering the Financing of Terrorism*, Routledge, 2008, New York, pp. 234-259.
- **H. Busch**, « Le piège légaliste. La coopération policière après Tampere », *Cultures & Conflits*, 2002, n° 45, pp. 125-132.
- **U. Candas, A. Miron**, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, 2011, pp. 769-804.
- **S. Cassela**, « Les suites de l'arrêt *Kadi* de la CJCE : quel équilibre entre protection de la sécurité internationale et respect des droits de l'homme ? », *AFDI*, 2010, pp. 709-736.
- **P. Cassia, F. Donnat**, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *RFDA*, 2008, p. 1204.
- **M.-L. Cesoni**, « Terrorisme et involutions démocratiques », *RDPC*, 2002, n° 2, pp. 141-153.
- **X. Crettiez**, « Les modèles conceptuels d'appréhension du terrorisme », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n°38, 2000, pp. 199-218.
- **M. Delmas-Marty**, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC*, 2007, n° 3, pp. 461-472.
- **B. Favreau**, « La prévention du Blanchiment et l'atteinte des droits fondamentaux », *Les annonces de la Seine*, févr. 2008, n° 10, pp. 1-10.
- **J. A. Frowein**, « The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law », in **P.-M. Dupuy** e.a. (ed.), *Common Values in International Law. Festschrift für Christian Tomuschat*, Verlag, 2006, Kehl, pp. 785-795.
- **J. Godinho**, « When Worlds Collide : Enforcing United Nations Security Council Asset Freezes in the EU Legal Order », *European Law Journal*, 2010, vol. 16/1, pp. 67-93.
- **E. Guild**, « The Uses and Abuses of Counter-Terrorism Policies in Europe: The Case of the Terrorist Lists », *Journal of Common Market Studies*, 2008, vol. 46, n° 1, pp. 173-193.
- **K. R. Hawkins**, « The Promises of Torturers : Diplomatic Assurances and the Legality of "Rendition" », *Georgetown Immigration Law Journal*, 2006, vol. 20, n° 2, pp. 213-268.
- **J.-P. Jacqué**, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *RTDE*, 2009, pp. 161-179.

- **H. Labayle, R. Mehdi**, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les black lists de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTDE*, 2009, n° 2, p. 231.
- **S. Lavaux**, « La politique européenne en matière de lutte contre le terrorisme CBRN », *Cahiers de droit européen*, mai 2010, pp. 337-386.
- **J. de Maillard, A. Smith**, « L'Union européenne et la sécurité intérieure : une institutionnalisation en quête de légitimité », *Politique européenne*, 2007, n° 23, pp. 5-15.
- **J-Ch. Martin**, « Libertés et terrorisme », fasc. *Juris-Classeur Libertés*, n° 660, 2009.
- **T.-L. Margue**, « Les initiatives menées par l'Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justice et affaires intérieures) », *RDUE*, 2002, n° 2, pp. 261-281.
- **H. Mock, A Borghi**, « Vers une sortie du labyrinthe dans les listes anti-terroristes de l'ONU ? L'affaire Nada, en instance à Strasbourg, à la lumière de l'arrêt Al Barakaat et Kadi de la CJCE (3 sept. 2008) », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges Petros J. Pararas*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 393-414.
- **E. Michel-Kerjan**, « Terrorisme à grande échelle : partage des risques et politiques publiques », *Problèmes économiques*, juin 2004, pp. 32-41.
- **V. Mitsilegas**, « The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU », *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1277-1311.
- **J. Monar**, « The EU's approach post-September 11: global terrorism as a multidimensional law enforcement challenge », *Cambridge Review of International Affairs*, 2007, vol. 20, n° 2, pp. 267-283.
- **I. Moulier**, « Les restitutions extraordinaires et la Convention internationale contre la torture », *Annuaire brésilien de droit international*, vol. 2, n° 9, 2010, pp. 36-61.
- **S. Peyrou**, « Droits fondamentaux versus diplomatie, ou le pot de terre contre le pot de fer : réflexions sur la conclusion de l'accord PNR entre les États-Unis et l'Union européenne », *Europe*, juillet 2012, Etude, p. 5.
- **T.S. Renoux**, « Juger le terrorisme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, mai 2003.
- **A. Rosas**, « Counter-Terrorism and the Rule of Law : Issues of Judicial Control », in A.M. Salinas de Frías, K. L. H. Samuel, N. D. White (ed.), *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Oxford, O.U.P., 2012, pp. 83-100.
- **B. Saul**, « Attempts to define terrorism in international law », *Netherlands International Law Review*, 2005, p. 60.
- **V. G. Scoffoni**, « Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international », in *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, pp. 219-236.
- **J.-M. Sorel**, « Le système onusien et le terrorisme ou l'histoire d'une ambiguïté volontaire », *L'Observateur des Nations Unies*, 1999, n° 6, pp. 31-57.
- **R. Tinière**, « Les jurisprudences européennes et la lutte contre le terrorisme » in : L. Potvin-Solis (sous la dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, 10èmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, Bruylant, 2012, pp. 199-217.
- **S. Tiefenbrun**, « A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism », *International Law Students Association Journal of international and comparative law*, n° 9, 2003, pp. 357-402.
- **W. Vleck**, « Acts to combat the financing of terrorism: Common Foreign Security Policy at the European Court of Justice », *European Foreign Affairs Review*, vol. 11, n° 4, 2006, pp. 491-507.
- **S. Vuelta-Simon**, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête : entre partage et souveraineté... », *RSC*, 2007, n° 2, pp. 267-278.
- **C. Warbrick**, « The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 5, 2004, pp. 989-1018.
- **D. Weissbrodt, A. Bergquist**, « Extraordinary Rendition : a Human Rights Analysis », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 19, 2006, pp. 123-160.
- **A. Weyembergh, P. de Hert, P. Paepe**, « L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme : la Cour de justice pose ses jalons (note sous l'arrêt Pupino du 16 juin 2005, de la Cour de justice des Communautés européennes) », *RTDH*, 2007, n° 69, pp. 269-292.

- **A. Weyembergh et V. Santamaria**, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux dans le cadre du troisième pilier. La décision cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme et le principe de la légalité », in **J. Rideau** (sous la dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, Colloques, 2009, pp. 197-228.
- **J. C. Zarate**, « Réduire les terroristes à la faillite. Perspectives économiques », 2004, vol. 9, n° 3, pp. 3-6.
- **S. Zasova**, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RTDH*, 2008, vol. 74, pp. 481-505.

Annexes

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

JO L 164, 22 juin 2002, p. 3

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article 29, son article 31, point e), et son article 34, paragraphe 2, point b),

vu la proposition de la Commission(1),

vu l'avis du Parlement européen(2),

considérant ce qui suit:

(1) L'Union européenne se fonde sur les valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.

(2) Le terrorisme constitue l'une des plus sérieuses violations de ces principes. La déclaration de La Gomera adoptée lors de la réunion informelle du Conseil du 14 octobre 1995 condamne le terrorisme comme une menace pour la démocratie, le libre exercice des droits de l'homme et le développement économique et social.

(3) L'ensemble des États membres ou certains d'entre eux sont parties à un certain nombre de conventions en matière de terrorisme. La convention du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme ne considère pas les infractions terroristes comme des infractions politiques, des infractions connexes à une infraction politique ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. Les Nations unies ont adopté la convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 et la convention pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999. Actuellement, un projet de convention globale contre le terrorisme est négocié au sein des Nations unies.

(4) Au niveau de l'Union européenne, le Conseil a adopté, le 3 décembre 1998, le plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en oeuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice(3). Il convient également de tenir compte des conclusions du Conseil du 20 septembre 2001 ainsi que du plan d'action en matière de terrorisme du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001. Le terrorisme a été évoqué dans les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 et du Conseil européen de Santa Maria da Feira des 19 et 20 juin 2000. Il est également mentionné dans la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne (deuxième semestre 2000). En outre, le Parlement européen a adopté une recommandation le 5 septembre 2001, sur la lutte contre le terrorisme. Il y a lieu, par ailleurs, de rappeler que, le 30 juillet 1996, 25 mesures de lutte contre le terrorisme ont été préconisées par les pays les plus industrialisés (G7) et la Russie, réunis à Paris.

(5) L'Union européenne a pris de nombreuses mesures spécifiques pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée telles que: 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(4), l'action commune 96/610/JAI du Conseil du 15 octobre 1996 portant sur la création et la tenue d'un répertoire des compétences, des connaissances et des expertises spécialisées en matière de lutte antiterroriste, destiné à faciliter la coopération antiterroriste entre les États membres de l'Union européenne(5), l'action commune 98/428/JAI du Conseil du 29 juin 1998 concernant la création d'un réseau judiciaire européen(6) ayant des compétences en matière d'infractions terroristes (notamment son article 2), l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne(7), et la recommandation du Conseil du 9 décembre 1999 sur la coopération en matière de lutte contre le financement du terrorisme(8).

(6) La définition des infractions terroristes devrait être rapprochée dans tous les États membres, y compris celle des infractions relatives aux groupes terroristes. D'autre part, des peines et des sanctions correspondant à la gravité de ces infractions devraient être prévues à l'encontre des personnes physiques et morales qui ont commis de telles infractions ou en sont responsables.

(7) Des règles juridictionnelles devraient être établies pour garantir que l'infraction terroriste peut faire l'objet de poursuites efficaces.

(8) Les victimes d'infractions terroristes sont vulnérables et, dès lors, des mesures spécifiques à leur égard devraient s'imposer.

(9) Étant donné que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante unilatéralement par les États membres, et peuvent donc, en raison de la réciprocité nécessaire, être mieux réalisés au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité. Conformément au principe de proportionnalité, la présente décision-cadre n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

(10) La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes du droit communautaire. L'Union observe les principes reconnus par l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et reflétés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache.

(11) La présente décision-cadre ne régit pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit, et les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION-CADRE:

Article premier

Infractions terroristes et droits et principes fondamentaux

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, 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 une organisation internationale;
- a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort;
 - b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne;
 - c) l'enlèvement ou la prise d'otage;
 - d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables;
 - e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises;
 - f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement;
 - g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
 - h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
 - i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h).

2. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

Article 2

Infractions relatives à un groupe terroriste

1. Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par "groupe terroriste" l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes. Le terme "association structurée" désigne une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour rendre punissables les actes intentionnels suivants:

- a) la direction d'un groupe terroriste;
- b) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe terroriste.

Article 3

Infractions liées aux activités terroristes

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme infractions liées aux activités terroristes les comportements suivants:

- a) le vol aggravé commis en vue de réaliser l'un des comportements énumérés à l'article 1er, paragraphe 1;
- b) le chantage en vue de réaliser un des comportements énumérés à l'article 1er, paragraphe 1;
- c) l'établissement de faux documents administratifs en vue de réaliser l'un des comportements énumérés à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 2, point b).

Article 4

Incitation, complicité, tentative

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait d'inciter à commettre une infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, et aux articles 2 ou 3 ou de s'en rendre complice.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait de tenter de commettre une infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, et à l'article 3, à l'exclusion de la possession prévue à l'article 1er, paragraphe 1, point f), et de l'infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, point i).

Article 5

Sanctions

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 1er à 4 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles d'entraîner l'extradition.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions terroristes visées à l'article 1er, paragraphe 1, et celles visées à l'article 4, pour autant qu'elles se rapportent aux infractions terroristes, soient passibles de peines privatives de liberté plus sévères que celles prévues par le droit national pour de telles infractions en l'absence de l'intention spéciale requise

en vertu de l'article 1er, paragraphe 1, sauf dans les cas où les peines prévues sont déjà les peines maximales possibles en vertu du droit national.

3. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 2 soient passibles de peines privatives de liberté maximales ne pouvant être inférieures à quinze ans pour l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), et à huit ans pour les infractions visées à l'article 2, paragraphe 2, point b). Dans la mesure où l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), ne concerne que l'acte visé à l'article 1er, paragraphe 1, point i), la peine maximale ne peut pas être inférieure à huit ans.

Article 6

Circonstances particulières

Chaque État membre peut prendre les mesures nécessaires pour que les peines visées à l'article 5 puissent être réduites lorsque l'auteur de l'infraction:

- a) renonce à ses activités terroristes, et
- b) fournit aux autorités administratives ou judiciaires des informations, qu'elles n'auraient pas pu obtenir autrement, les aidant à:
 - i) prévenir ou à limiter les effets de l'infraction;
 - ii) identifier ou à traduire en justice les autres auteurs de l'infraction;
 - iii) trouver des preuves ou
 - iv) empêcher que d'autres infractions prévues aux articles 1er à 4 soient commises.

Article 7

Responsabilité des personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables de l'une des infractions visées aux articles 1er à 4, lorsque ces dernières sont commises pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale en cause, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur l'une des bases suivantes:

- a) un pouvoir de représentation de la personne morale;
- b) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale;
- c) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale.

2. Abstraction faite des cas prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission de l'une des infractions visées aux articles 1er à 4, pour le compte de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité.

3. La responsabilité des personnes morales en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices d'une des infractions visées aux articles 1er à 4.

Article 8

Sanctions à l'encontre des personnes morales

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que toute personne morale déclarée responsable au sens de l'article 7 soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, notamment:

- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide public;
- b) des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale;
- c) un placement sous surveillance judiciaire;
- d) une mesure judiciaire de dissolution;
- e) la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction.

Article 9

Compétence et poursuites

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 1er à 4 dans les cas suivants:

- a) l'infraction a été commise, en tout ou en partie, sur son territoire. Chaque État membre peut étendre sa compétence si l'infraction a été commise sur le territoire d'un État membre;
- b) l'infraction a été commise à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef y enregistré;
- c) l'auteur de l'infraction est l'un de ses ressortissants ou résidents;
- d) l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire,
- e) l'infraction a été commise contre ses institutions ou sa population, ou contre une institution de l'Union européenne ou d'un organisme créé conformément au traité instituant la Communauté européenne ou au traité sur l'Union européenne, et ayant son siège dans l'État membre concerné.

2. Lorsqu'une infraction relève de la compétence de plus d'un État membre et que n'importe lequel de ces États peut valablement engager des poursuites sur la base des mêmes faits, les États membres concernés coopèrent pour décider lequel d'entre eux poursuivra les auteurs de l'infraction avec pour objectif de centraliser, si possible les poursuites dans un seul État membre. À cette fin, les États membres peuvent se servir de tout organe ou mécanisme institué au sein de l'Union européenne aux fins de faciliter la coopération entre leurs autorités judiciaires et la coordination de leurs actions. Sont pris en compte, de façon successive, les éléments de rattachement suivants:

- l'État membre doit être celui sur le territoire duquel les faits ont été commis,
- l'État membre doit être celui dont l'auteur est un ressortissant ou un résident,
- l'État membre doit être l'État membre d'origine des victimes,
- l'État membre doit être celui sur le territoire duquel l'auteur a été trouvé.

3. Tout État membre prend les mesures nécessaires pour établir également sa compétence sur les infractions visées aux articles 1er à 4 dans les cas où il refuse de remettre ou d'extrader une personne soupçonnée ou condamnée d'une telle infraction vers un autre État membre ou vers un pays tiers.

4. Chaque État membre veille à ce que sa compétence couvre les cas dans lesquels une infraction visée aux articles 2 et 4 a été commise en tout ou en partie sur son territoire, quel que soit le lieu où le groupe terroriste est basé ou exerce ses activités criminelles.

5. Le présent article n'exclut pas l'exercice d'une compétence en matière pénale établie par un État membre conformément à sa législation nationale.

Article 10

Protection et assistance apportées aux victimes

1. Les États membres s'assurent que les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions visées par la présente décision-cadre ne dépendent pas de la déclaration ou de l'accusation émanant d'une personne victime de l'infraction, au moins si les faits ont été commis sur le territoire de l'État membre.

2. Outre les mesures prévues par la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales(9), chaque État membre prend, si nécessaire, toutes les mesures possibles pour garantir une aide adéquate à la famille de la victime.

Article 11

Mise en oeuvre et rapports

1. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre au plus tard le 31 décembre 2002.

2. Les États membres communiquent, au plus tard le 31 décembre 2002, au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations que leur impose la présente décision-cadre. Sur la base d'un rapport établi à partir de ces informations et d'un rapport de la Commission, le Conseil vérifie, au plus tard le 31 décembre 2003, si les États membres ont pris les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre.

3. Le rapport de la Commission indique notamment la transposition dans le droit pénal des États membres de l'obligation visée à l'article 5, paragraphe 2.

Article 12

Champ d'application territoriale

La présente décision-cadre s'applique à Gibraltar.

Article 13

Entrée en vigueur

La présente décision-cadre entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel.

Fait à Luxembourg, le 13 juin 2002.

Par le Conseil

Le président

M. Rajoy Brey

(1) JO C 332 E du 27.11.2001, p. 300.

(2) Avis rendu le 6 février 2002 (non encore paru au Journal officiel).

(3) JO C 19 du 23.1.1999, p. 1.

(4) JO C 26 du 30.1.1999, p. 22.

(5) JO L 273 du 25.10.1996, p. 1.

(6) JO L 191 du 7.7.1998, p. 4.

(7) JO L 351 du 29.12.1998, p. 1.

(8) JO C 373 du 23.12.1999, p. 1.

(9) JO L 82 du 22.3.2001, p. 1.

Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme (2008/919/JAI)

JO L 330 du 9 décembre 2008, p. 21.

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article 29, son article 31, paragraphe 1, point e), et son article 34, paragraphe 2, point b),
vu la proposition de la Commission,
vu l'avis du Parlement européen [1],
considérant ce qui suit:

(1) Le terrorisme constitue l'une des violations les plus graves des valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sur lesquelles l'Union européenne est fondée. Il représente également l'une des atteintes les plus graves aux principes de la démocratie et de l'État de droit, qui sont communs aux États membres et sur lesquels l'Union européenne est fondée.

(2) La décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme [2] constitue la base de la politique antiterroriste de l'Union européenne. L'élaboration d'un cadre juridique commun à tous les États membres, et notamment d'une définition harmonisée des infractions terroristes, a permis l'élaboration et le développement de la politique antiterroriste de l'Union européenne dans le respect des droits fondamentaux et de l'État de droit.

(3) Ces dernières années, 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 plus en plus aux nouvelles technologies, en particulier à l'internet.

(4) L'internet est utilisé pour stimuler et mobiliser les réseaux terroristes locaux et les personnes en Europe et sert également de 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 et le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme se sont multipliées, pour un coût et une prise de risques très faibles.

(5) Le programme 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.

(6) Le plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne [3] souligne que le terrorisme appelle une réponse globale et que les attentes des citoyens à l'égard de l'Union ne sauraient être ignorées ni laissées sans réponse. Il indique en outre qu'il convient de privilégier les différents aspects de la prévention, de la préparation et de l'intervention afin d'améliorer et, le cas échéant, de compléter les capacités des États membres à lutter contre le terrorisme, en se concentrant en particulier sur le recrutement, le financement, l'analyse de risque, la protection des infrastructures critiques et la gestion des conséquences.

(7) La présente décision-cadre 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.

(8) La résolution 1624 (2005) du Conseil de sécurité des Nations unies invite les États à adopter les mesures nécessaires et appropriées, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, pour interdire légalement l'incitation à commettre un ou des actes terroristes et pour prévenir une telle incitation. Le rapport du secrétaire général des Nations unies intitulé "S'unir contre le terrorisme: recommandations pour une stratégie antiterroriste mondiale", daté du 27 avril 2006, considère que la résolution susmentionnée 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'Organisation des Nations unies 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.

(9) La convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme fait obligation aux États qui y sont parties d'ériger en infraction pénale la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme, lorsqu'ils sont commis illégalement et intentionnellement.

(10) Il conviendrait de rapprocher davantage la définition des infractions terroristes, y compris celles liées aux activités terroristes, dans tous les États membres de façon à inclure la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme, lorsqu'ils sont commis intentionnellement.

(11) Des sanctions devraient être prévues à l'encontre des personnes physiques ayant intentionnellement commis, ou des personnes morales jugées responsables, une provocation publique à commettre des infractions terroristes, le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme. Ces agissements devraient être passibles des mêmes peines dans tous les États membres, qu'ils soient commis par l'intermédiaire de l'internet ou non.

(12) Étant donné que les objectifs de la présente décision-cadre ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante unilatéralement par les États membres et peuvent donc, en raison de la nécessité de règles harmonisées à l'échelon européen, être mieux réalisés au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité, tel que consacré à l'article 5 du traité CE et visé à l'article 2 du traité UE. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé à l'article 5 du traité CE, la présente décision-cadre n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

(13) L'Union observe les principes reconnus par l'article 6, paragraphe 2, du traité UE et réaffirmés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment ses chapitres II et VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des libertés ou des droits fondamentaux tels que la liberté d'expression, de

réunion ou d'association, le droit au respect de la vie privée et familiale, y compris le droit au respect de la confidentialité de la correspondance.

(14) La provocation publique à commettre des infractions terroristes, le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme sont des infractions intentionnelles. Rien dans la présente décision-cadre ne peut dès lors être interprété comme visant à réduire ou à entraver la diffusion de données à des fins scientifiques, académiques ou d'information. L'expression d'opinions radicales, polémiques ou controversées dans le cadre d'un débat public sur des questions politiquement sensibles, y compris le terrorisme, ne relève pas du champ d'application de la présente décision-cadre ni, en particulier, de la définition de la provocation publique à commettre des infractions terroristes.

(15) La mise en œuvre de l'incrimination au titre de la présente décision-cadre devrait être proportionnelle à la nature et aux circonstances de l'infraction, eu égard aux buts légitimes poursuivis et à leur nécessité dans une société démocratique, et devrait exclure toute forme d'arbitraire ou de traitement discriminatoire,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION-CADRE:

Article premier

Modifications

La décision-cadre 2002/475/JAI est modifiée comme suit:

1) L'article 3 est remplacé par le texte suivant:

"Article 3

Infractions liées aux activités terroristes

1. Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par:

a) "provocation publique à commettre une infraction terroriste", la diffusion ou toute autre forme de mise à la disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises;

b) "recrutement pour le terrorisme", le fait de solliciter une autre personne pour commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), ou à l'article 2, paragraphe 2;

c) "entraînement pour le terrorisme", le fait de fournir des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu, d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes ou techniques spécifiques, aux fins de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), en sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme des infractions liées aux activités terroristes les actes intentionnels suivants:

a) la provocation publique à commettre une infraction terroriste;

b) le recrutement pour le terrorisme;

c) l'entraînement pour le terrorisme;

d) le vol aggravé en vue de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1;

e) le chantage en vue de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1;

f) l'établissement de faux documents administratifs en vue de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 2, point b).

3. Pour qu'un acte soit punissable comme le prévoit le paragraphe 2, il n'est pas nécessaire qu'une infraction terroriste soit effectivement commise."

2) L'article 4 est remplacé par le texte suivant:

"Article 4

Complicité, incitation et tentative

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait de se rendre complice d'une infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, et aux articles 2 ou 3.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait d'inciter à commettre une infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, à l'article 2 ou à l'article 3, paragraphe 2, points d) à f).

3. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait de tenter de commettre une infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, et à l'article 3, paragraphe 2, points d) à f), à l'exclusion de la possession prévue à l'article 1er, paragraphe 1, point f), et de l'infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, point i).

4. Chaque État membre peut décider de prendre les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait de tenter de commettre une infraction visée à l'article 3, paragraphe 2, points b) et c)."

Article 2

Principes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression

La présente décision-cadre n'a pas pour effet d'obliger les États membres à prendre des mesures contraires aux principes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression, en particulier à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles ou des règles régissant les droits et responsabilités de la presse ou d'autres médias ainsi que les garanties de procédure en la matière, lorsque ces règles portent sur la détermination ou la limitation de la responsabilité.

Article 3

Mise en œuvre et rapports

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente décision-cadre avant le 9 décembre 2010. Dans la mise en œuvre de la présente décision-cadre, les États membres veillent à ce que l'incrimination soit proportionnelle aux buts légitimes qui sont poursuivis et nécessaires dans une société démocratique, et excluent toute forme d'arbitraire ou de traitement discriminatoire.

2. D'ici le 9 décembre 2010, les États membres communiquent au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations découlant de la présente décision-cadre. Sur la base d'un rapport établi à partir de ces informations et d'un rapport de la Commission, le Conseil vérifie, au plus tard le 9 décembre 2011, si les États membres ont pris les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre.

Article 4

Entrée en vigueur

La présente décision-cadre entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Fait à Bruxelles, le 28 novembre 2008.

Par le Conseil

La présidente

M. Alliot-Marie

[1] Non encore paru au Journal officiel.

[2] JO L 164 du 22.6.2002, p. 3.

[3] JO C 198 du 12.8.2005, p. 1.

Table des matières

Remerciements et avertissement.....	3
Liste des auteurs et intitulés de leurs contributions	4
Sommaire	7
Liste des sigles et principales abréviations utilisés.....	8
Liste des principaux textes relatifs à la lutte contre le terrorisme	9
Table des principaux arrêts portant sur la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	11
Propos introductifs	
De la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	13
Première partie	
Les actions contre le terrorisme dans l'Union européenne	24
<i><u>I-1 – Définir le terrorisme et organiser la lutte.....</u></i>	<i>26</i>
Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen.....	27
La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne	43
Solidarité et lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	61
La coordination de l'Union européenne pour la lutte contre le terrorisme : une mission pour un Coordinateur ?	93
Les agences européennes Europol et Eurojust et la lutte contre le terrorisme. Entre coopération et... coopérations	103
<i><u>I-2 - Encadrer la lutte et sanctionner le terrorisme.....</u></i>	<i>127</i>
Extradier dans l'Union européenne au nom de la lutte contre le terrorisme : adoption et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen	129
Désigner et Geler : les listes noires de l'Union européenne	165
La lutte contre le blanchiment de capitaux à des fins terroristes	193
L'adaptation du droit de l'Union européenne en matière de contrôle des exportations d'armements et de biens et technologies à double usage à la lutte contre le terrorisme	225
Le cadre juridique européen de la protection des victimes d'actes de terrorisme.....	257
Seconde partie	
Les interactions de la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne	272
<i><u>II-1 – Influences et coopérations externes.....</u></i>	<i>274</i>
L'interdiction internationale de la torture à l'épreuve de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme. Analyse du cadre juridique applicable et de la réaction des organes européens à la pratique des restitutions extraordinaires.....	275
Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les Etats-Unis	299

La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme	307
L'influence des jurisprudences Kadi sur le régime des sanctions instauré par la résolution 1269 (1999).....	329
La lutte contre les organisations terroristes au prisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'association des partis politiques	343
<i>II-2 – Inspirations et harmonisations internes</i>	<i>369</i>
L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste en France	371
Le droit des étrangers à l'épreuve de la lutte européenne contre le terrorisme	395
La lutte contre le terrorisme en Italie au prisme des droits européens	407
L'appareil normatif et jurisprudentiel de la lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni. Les effets du droit de l'Union.	425
Quelques aspects juridiques des effets du droit de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme en Allemagne.....	439
La lutte contre le terrorisme en Espagne : des instruments internationaux au service des intérêts nationaux.....	449
L'implication du droit de l'Union européenne et du droit international dans la lutte contre le terrorisme en Grèce.....	461
La lutte contre le terrorisme en République tchèque sous l'influence du droit de l'Union européenne et du droit international	485
Conclusion générale	497
<hr/> <hr/>	
Bibliographie indicative	499
Annexes	505
Table des matières	513