

Constitutions

Constitutions 2012 p. 403

Terrorisme et liberté

Jean-Louis Gillet, Magistrat à la Cour de cassation

Philippe Chaudon, Président de la Commission Libertés et droits de l'homme du Conseil national des barreaux (CNB)

Wanda Mastor, professeur de droit public à l'Université Toulouse 1-Capitole

L'essentiel

Dans un contexte de diversification des formes du terrorisme et de menace constante du risque terroriste, la lutte contre le terrorisme est un véritable défi pour les États. Défi en termes d'adaptation des législations qui, sous couvert de l'exceptionnalité de la lutte contre le terrorisme et des mesures dérogatoires qui sont prises, consacrent parfois des atteintes substantielles aux libertés fondamentales. Défi pour les constitutions nationales dont l'efficacité et la pertinence pour parer au risque terroriste est mise à l'épreuve (et les exemples étrangers le confirment). Défi, enfin, pour le droit international, qui pour lutter contre les diverses formes de criminalité transnationale produit certes des instruments juridiques mais dont la garantie par les juridictions nationales et, de surcroît, internationales apparaît plus qu'incertaine. Ce débat vise à identifier l'outil et l'échelon le plus pertinent pour lutter efficacement contre le terrorisme dans une perspective de préservation des libertés ; tout en s'interrogeant sur le rôle des juridictions dans le contrôle des mesures anti terroristes. La sécurité, première des libertés, ne saurait certainement tout justifier.

Apporteront leur contribution à ce débat M. Jean-Louis Gillet, Magistrat à la Cour de cassation ; Maître Philippe Chaudon, Président de la Commission Libertés et droits de l'homme du Conseil national des barreaux (CNB) ; et M^{me} Wanda Mastor, professeur de droit public à l'Université Toulouse 1-Capitole.

In the context of diversification of forms of terrorism and constant terrorist threats, the fight against terrorism is a real challenge for states. It is a challenge in terms of the adaptation of legislation which, under cover of the exceptional nature of the fight against terrorism and derogations that are made, sometimes cause substantial harm to fundamental liberties. A challenge for national constitutions, for whom the effectiveness and relevance to counter the terrorist threat is tested (and confirmed by foreign examples). A challenge, once more, for international law, which, to fight against the various forms of transnational crime certainly produce legal instruments, but for which instruments the enforcement by the national courts and, furthermore, international courts, appears more than uncertain. This discussion aims to identify the tools and the most relevant level at which to productively fight against terrorism with a view to preserving civil liberties, all whilst questioning the role of courts in controlling anti-terrorist measures. Safety, the primordial civil liberty, will certainly not be a justification for everything.

Making their contribution to this debate are Jean-Louis Gillet, Judge at the Court of Cassation, Maître Philippe Chaudon, President of the Liberties and Human Rights Commission of the National Bar Councils (NBC) and Wanda Mastor, Professor of public law at the University of Toulouse 1-Capitole.

1 Terrorisme, libertés et Constitution

Avec l'intensification de la lutte contre le terrorisme, la Constitution doit-elle appréhender directement le phénomène terroriste ? Le peut-elle ? En définitive, est-elle une arme efficace de lutte contre le terrorisme ?

Jean-Louis Gillet : Une constitution peut évidemment appréhender directement la lutte contre le terrorisme à condition d'imaginer un « seuil » de menace terroriste qui ouvrirait de nouveaux pouvoirs à l'exécutif dans l'optique d'une lutte efficace contre le terrorisme, et d'imaginer aussi d'une part les modalités concrètes d'ouverture de ces pouvoirs et d'autre part leur nouvelle étendue, au préjudice par exemple des prérogatives de l'organe législatif, dont le périmètre serait diminué. Ce serait, par exemple en France, une sorte de diminutif de l'article 16 de notre Constitution. On pourrait, toujours en France, concevoir aussi, de façon toute radicale, une extension des dispositions de l'article 16 à la situation de menace terroriste grave et caractérisée. Tout cela est certes concevable, mais n'est pas en l'état souhaitable, car la Constitution de 1958 paraît permettre une mise en oeuvre correcte des moyens juridiques de lutte contre le terrorisme à son niveau actuel et prévisible)

Philippe Chaudon : Le terrorisme est un phénomène difficile à appréhender juridiquement. Son caractère protéiforme, tenant à la nature et à l'objectif des actes terroristes, aux mobiles et aux modalités de son expression, est un obstacle à une définition unitaire et partagée, condition nécessaire pour une analyse juridique et la mise en oeuvre de poursuites en vertu du principe de légalité des infractions.

Ainsi, une réflexion sur l'opportunité ou la possibilité d'une constitutionnalisation directe ou indirecte du phénomène terroriste pose plusieurs problèmes qui ne semblent pas militer en faveur d'une appréhension directe du phénomène terroriste par la Constitution.

En premier lieu, parmi les différentes approches de la notion de Constitution, on distingue entre deux fonctions qui lui sont classiquement assignées : d'une part, être un instrument d'organisation institutionnelle de l'État (« Constitution-séparation des pouvoirs ») ; d'autre part, être une norme garantissant les droits et libertés individuels et collectifs (« Constitution-garantie des droits »). Avec l'importance prise par le Conseil constitutionnel et la mise en oeuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, la V^e République a progressé vers la « Constitution-garantie des droits ». Nous avons ainsi choisi de privilégier le modèle de la démocratie libérale et le législateur doit concilier la liberté et la sécurité.

En deuxième lieu, les expériences constitutionnelles étrangères, qui montrent une multiplicité d'approches dans l'appréhension du phénomène terroriste, ne sont pas forcément concluantes. L'inscription du terrorisme dans la Constitution peut ainsi prendre plusieurs visages : viser directement ou indirectement le terrorisme en écartant le plus souvent toute tentative de définition (art. 37 de la Constitution du Pérou), donner aux autorités étatiques les moyens de répondre à des situations exceptionnelles, de crise grave ou de péril imminent pour l'État pouvant inclure une situation de terreur (art. 116 de la Constitution espagnole ; art. 115 et 91a de la Loi Fondamentale allemande ; art. 37 et 203 de la Constitution sud-africaine), énoncer la sanction encourue en cas de condamnation pour terrorisme (art. 9 de la Constitution du Chili ; art. 140 de la Constitution du Pérou), définir les droits fondamentaux pouvant être suspendus dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (art. 55-2 de la Constitution espagnole).

Par ailleurs, et en dehors de la Constitution, les États se sont dotés d'un arsenal législatif répressif spécialement conçu pour répondre aux actes de terrorisme. L'élaboration ou l'application de cette législation se sont le plus souvent faites sous le contrôle des juridictions constitutionnelles - par exemple aux USA avec les décisions de la Cour suprême *Hamdan v. Rumsfeld* du 29 juin 2006 (RSC 2006. 907, obs. D. M. Amann ) et *Boumediene v. Bush* du 12 juin 2008 - et, pour les États membres du Conseil de l'Europe, sous le regard de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 29 nov. 1988, *Brogan et autres* : l'interrogatoire pendant un délai allant de quatre jours et six heures à six jours et six heures et demie, puis la libération sans inculpation ou présentation à un magistrat, ne répond pas à l'exigence de promptitude prévue par l'article 5 paragraphe 3 Conv. EDH ; CEDH 20 oct. 2009, *Ürper et autres c. Turquie* : la suspension de la publication et de la diffusion de journaux, considérés comme faisant de la propagande en faveur d'une organisation terroriste, ont été jugées contraires à l'article 10 Conv. EDH ; CEDH, 12 janvier 2010, *Gillian et Quinton c. Royaume-Uni* : le pouvoir, conféré à la police au Royaume-Uni par les articles 44-47 de la loi de 2000 sur le terrorisme, d'arrêter et de fouiller des individus sans qu'il y ait des raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis des actes prohibés violait l'article 8 Conv. EDH).

En l'état, la Constitution de 1958 ne contient rien qui soit directement relié au terrorisme. D'une part, on pourrait penser que les régimes spéciaux prévus par la Constitution sont susceptibles de constituer le socle d'une réponse au terrorisme. Cependant, à bien y regarder, les pouvoirs exceptionnels du président de la République (art. 16, Const. 1958), la déclaration de guerre (art. 35, Const. 1958) ou l'état de siège (art. 36, Const. 1958), ne sont pas adaptés pour répondre à des actes terroristes. D'autre part, et c'est le point essentiel, la Constitution énonce un grand nombre de garanties et de droits substantiels et procéduraux applicables aux personnes faisant l'objet de poursuites pénales et fondés notamment sur son article 66 et sur les articles 7 à 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Ces droits et garanties doivent naturellement bénéficier aux personnes poursuivies pour terrorisme.

La question du terrorisme est abordée indirectement par le juge, au moment du contrôle de constitutionnalité de la loi ou de légalité de ses actes réglementaires d'application. Il nous apparaît que la Constitution, en tant que norme de référence du contrôle des lois visant à lutter contre le phénomène terroriste, doit continuer à être utilisée pour faire prévaloir les droits et les libertés et encadrer la loi. Il n'est alors pas certain qu'il soit opportun de figer la lutte contre le terrorisme dans la Constitution. L'efficacité peut résider dans le fait que la Constitution intervient de manière générale en fixant les limites et le cadre que toute législation pénale, y compris antiterroriste, doit respecter. Cette efficacité est liée à l'énoncé de droits et garanties procédurales bénéficiant aux personnes poursuivies pour faits de terrorisme et, surtout, dans la possibilité donnée aux juges de les appliquer et de les faire respecter.

Wanda Mastor : Le phénomène de la « constitutionnalisation », *a priori* tant souhaité par les constitutionnalistes, paraît de plus en plus contre-productif. Autant la constitutionnalisation « par le bas » est signe de progression démocratique indéniable (prenons-en pour exemple le formidable succès de la question prioritaire de constitutionnalité), autant la constitutionnalisation « par le haut » peut être le signe d'un dépérissement du caractère suprême des constitutions. Celles-ci ne sauraient être aussi fluctuantes qu'une norme secondaire ; elles ne sauraient être le support d'incertitudes, de prévisions, prédictions ; être touchées et retouchées au nom d'une « approche pragmatique et progressive » (de l'aveu même de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle de l'été 2008). Si les pouvoirs publics souhaitent expérimenter une nouvelle institution, réagir à une menace immédiate, qu'ils le fassent en utilisant le support adapté. Qu'ils le fassent en adoptant une nouvelle loi, ou en modifiant une existante, non en révisant le texte suprême qui s'affaiblit au fur et à mesure des retouches. Une manipulation excessive de la Constitution, au-delà de la question de l'efficacité de l'appréhension de nouveaux phénomènes, pose celui de sa valeur. Des révisions qui se multiplient non seulement affaiblissent l'autorité de la plus fondamentale des normes, mais consacrent un aveu d'impuissance. Il y a des objets, nouveaux, incertains, urgents, que le droit ne peut saisir. La révision constitutionnelle apparaît alors comme la dernière étape d'une aporie juridique. Dont elle n'est, fatalement, qu'un artifice. Les grands débats de société, tels que l'avortement, l'euthanasie, le mariage homosexuel, ont des contours que le droit seul ne pourra jamais dessiner. Et quand s'ajoute à la nouveauté et/ou aux aspects quasi métaphysiques le critère de l'urgence, voilà la Constitution menacée plus que jamais.

À la question de l'appréhension du phénomène terroriste par les constitutions, la réponse doit donc être doublement négative. Pour les raisons évoquées ci-dessus, sans pour autant être du « marbre » selon la métaphore consacrée, la Constitution ne doit pas évoluer au gré des vents conjoncturels. Du moins peut-elle être un marbre versaillais, dont les nuances sont telles que toutes les interprétations sont possibles, interprétations qui la rendent plus « vivante » que jamais, malgré parfois des siècles d'existence. On pourrait objecter que le terrorisme n'est pas un phénomène conjoncturel. Il ne l'est assurément pas, et c'est bien la raison pour laquelle la réponse à la question posée est encore négative : toutes nos constitutions contiennent des armes permettant aux autorités (exécutives, législatives, judiciaires) de combattre la violence aveugle.

La Constitution des États-Unis, précisément pays cible des attaques les plus traumatisantes de notre siècle, est à cet égard un exemple remarquable. Sa longévité exceptionnelle ne l'a pas rendue désuète pour autant. Les défenseurs de la « *living Constitution* » et les textualistes ont beau s'affronter, la norme suprême continue d'employer des termes vieux de plus de deux siècles tout en continuant d'être sacralisée, sans doute comme aucune autre dans le monde ne le sera jamais. La Constitution américaine contient plusieurs outils permettant aux autorités de réagir (même si nous laissons ici de côté le débat relatif à la disproportion de la réaction) face à la menace terroriste. Elle prévoit ainsi que certains droits fondamentaux, et non des moindres, peuvent être restreints selon les circonstances. Aussi la Section 9-2 de l'article I prévoit-elle que « le privilège de l'*habeas corpus* ne pourra être suspendu, sauf dans les cas de rébellion ou d'invasion, si la sécurité publique l'exige ». Fédéralisme oblige, la Constitution prévoit également ce que l'État fédéré n'a pas le droit de faire, notamment «

entretenir des troupes ou des navires de guerre en temps de paix [...] ni entrer en guerre, à moins qu'il ne soit effectivement envahi ou en danger trop imminent pour permettre le moindre délai » (art. I^{er}, Sect. 10-3). Dans la section relative au pouvoir judiciaire, le crime de trahison est défini avant tout comme « l'acte de faire la guerre contre [les États-Unis], ou de se ranger du côté de leurs ennemis en leur donnant aide et secours » (art. III, Sect. 3-1). De manière plus générale, l'État fédéral s'engage à protéger les États « contre l'invasion » (art. IV, Sect. 4). Le *Bill of Rights*, quant à lui, énonce souvent, en même temps qu'il les proclame, des restrictions à certains droits fondamentaux notamment en temps de guerre.

La plupart des constitutions démocratiques prévoient exceptionnellement des restrictions aux droits en cas de crise grave et de mise en oeuvre de pouvoirs exceptionnels, à l'instar de l'article 55, alinéa 2 de la Constitution espagnole, de l'article 19 de la Constitution portugaise, de l'article 13 alinéa 2 de la Constitution italienne ou de notre article 16. La Loi fondamentale allemande prévoit expressément des « réserves d'ingérence législative » (*Gesetzesvorbehalte*) dans lesquels le législateur peut limiter l'exercice de certains droits fondamentaux. C'est à lui qu'il appartient d'opérer « la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré » (1) pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel français.

Ce sont ces dispositions qui, renvoyant la plupart du temps à une concrétisation législative et/ou judiciaire, nous paraissent les seules efficaces pour lutter contre le terrorisme en droit interne.

2 - Terrorisme, libertés et législations nationales

L'arsenal législatif français de lutte contre le terrorisme vous paraît-il réaliser le juste équilibre entre les impératifs de protection de la sécurité et le respect des libertés fondamentales (réunion, opinion, communication, circulation...) ?

Jean-Louis Gillet : L'arsenal législatif français actuel paraît réaliser l'équilibre mentionné. Cela est attesté notamment par la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel.

Philippe Chaudon : L'infraction terroriste est d'une nature particulièrement atypique en ce qu'il s'agit généralement d'un crime lié à la nature politique de l'État. Surtout, il est difficilement prévisible et les États ont du mal à s'en prémunir. Dans ces conditions, l'élaboration d'une législation anti terroriste fait face à une double difficulté. D'une part, le dispositif législatif de lutte contre le terrorisme est conçu pour déroger au droit commun, depuis la garde à vue en matière de terrorisme (durée, restriction à l'accès à l'avocat par exemple) jusqu'à la juridiction composée de magistrats professionnels chargée de juger les personnes accusées de terrorisme. D'autre part, et c'est là toute la perversité du terrorisme, la législation antiterroriste n'est pas exclusivement dirigée contre ceux qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme. Elle a également un impact sur les libertés des citoyens qui peuvent être restreintes au nom de la lutte contre le terrorisme ou sa prévention. Sont par exemple touchées la liberté d'aller et de venir, la liberté de communication des opinions et des idées, l'inviolabilité du domicile. On assiste également à une intensification des contrôles d'identité. Le problème est donc celui de la possibilité de déroger à des droits fondamentaux prévus par la Constitution et des cas dans lesquels le juge peut ou non accepter de telles dérogations.

Je prendrai l'exemple de la durée de la garde à vue en matière terroriste, qui déroge au droit commun, et des restrictions d'accès à l'avocat qu'elle prévoit. La garde à vue peut être de 96 heures avec une prolongation de 24 heures, soit 120 heures (art. 706-88-1 du Code de procédure pénale). Surtout, l'accès à l'avocat est retardé et limité. Cela n'est pas acceptable : les droits de la défense ne se divisent pas en fonction de la gravité de l'infraction poursuivie. La personne gardée à vue pour des faits supposés de terrorisme doit avoir un accès régulier à un avocat pendant toute la durée de cette mesure privative de liberté.

Le dernier exemple en date de la volonté de restreindre les droits de la défense pour la garde à vue en matière de terrorisme a été celui de l'article 706-88-2 du Code de procédure pénale, 4

créé par la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue, et heureusement censuré par le Conseil constitutionnel. Cet article, inspiré de la législation espagnole, permettait au Juge des libertés et de la détention (JLD) ou au juge d'instruction, de restreindre le libre choix de l'avocat dans le cadre de l'assistance prévue en garde à vue liée à des faits de terrorisme. Le JLD, saisi par le procureur de la République à la demande de l'officier de police judiciaire, ou le juge d'instruction lorsque la garde à vue intervenait au cours d'une instruction, pouvait décider que la personne serait assistée par un avocat désigné par le bâtonnier sur une liste d'avocats habilités, établie par le bureau du Conseil national des barreaux sur propositions des conseils de l'ordre de chaque barreau. Ces dispositions permettaient ainsi de différer la mise en oeuvre de la liberté de choisir son avocat pendant la durée d'une garde à vue et surtout de la limiter. Le législateur voulait prendre en compte la complexité et la gravité des infractions en matière de terrorisme ainsi que la nécessité d'entourer le secret de l'enquête de garanties particulières. Cependant, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012 (AJ pénal 2012. 342, obs. J.-B. Perrier  ; Constitutions 2012. 316, chron. A. Darsonville ) , a jugé que, si la liberté, pour la personne soupçonnée, de choisir son avocat pouvait, à titre exceptionnel, être différée pendant la durée de sa garde à vue afin de ne pas compromettre la recherche des auteurs de crimes et délits en matière de terrorisme ou de garantir la sécurité des personnes, il incombait au législateur de définir les conditions et les modalités selon lesquelles une telle atteinte aux conditions d'exercice des droits de la défense peut-être mise en oeuvre. Il a ainsi et heureusement relevé que les dispositions en cause n'obligeaient pas le juge à motiver la décision ni ne définissaient les circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense. Il a donc jugé qu'en l'absence de tout encadrement du pouvoir du juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat, les dispositions contestées étaient contraires à la Constitution.

Si le principe d'une liste d'avocats habilités à intervenir en garde à vue n'est pas en lui-même censuré, les conditions exigeantes de sa mise en oeuvre doivent faire réfléchir le législateur, d'autant plus que la profession d'avocat est unanimement opposée à une telle disposition. La méfiance qu'inspire la profession au législateur n'est pas compréhensible. Imposer à la profession d'avocat de sélectionner entre ses membres ceux qui seront habilités à intervenir pour les gardes à vue pour des faits de terrorisme porte atteinte au principe du libre choix de l'avocat, posé par les dispositions de l'article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et celles de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et à la nécessaire confiance dont il doit disposer de la part de son client pour remplir correctement sa mission.

On le voit à travers cet exemple, l'une des questions importantes est celle du degré de contrôle de constitutionnalité de la loi par le juge constitutionnel. Contrôler les lois antiterroristes implique-t-il de sa part un déplacement du curseur de tolérance dans le cadre du contrôle de constitutionnalité ? Et quelle est sa capacité à imposer la règle suprême du droit - la Constitution - face à la volonté politique ? En Allemagne, par exemple, la Cour constitutionnelle a jugé, dans une décision du 15 février 2006, que l'on ne pouvait pas déroger à certains droits fondamentaux dans le cadre d'une législation antiterroriste. Il faut donc trouver le point d'équilibre entre la liberté et la sécurité, comme l'exige le Conseil constitutionnel qui rappelle « qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties », au nombre desquelles « figure le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». En tout cas, les droits de la personne ne peuvent pas être réduits ni disparaître au motif de la lutte contre le terrorisme.

Wanda Mastor : La question de la lutte contre le terrorisme s'est toujours posée à travers le prisme d'une opposition entre liberté et sécurité. Mais elle n'est finalement qu'une illustration (sans doute la plus éclatante) de la question principielle des limites des droits fondamentaux. Tout en donnant la définition de la liberté, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en indique la limite. Aucun droit ne peut s'exercer sans bornes,

l'absolutisme, non souhaitable, conduisant fatalement à leur ineffectivité. Mais le caractère « fondamental » de certains droits entraîne une suspicion sur toute tentative de restriction. Quelle autorité peut fixer des bornes aux droits fondamentaux ? Pour quel motif ? Dans quel but ? Jusqu'à quel point ? La plupart du temps, les textes normatifs manquent de rigueur dans l'énonciation des limites possibles, tant il est vrai que la question dépasse le domaine strictement juridique. C'est ainsi que l'article 29, alinéa 2 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme énonce de manière quasi épique que les droits sont soumis aux limitations découlant « des justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général de la société ».

Difficultés amplifiées par les divers visages du terrorisme qui rendent la définition de ce dernier quasi impossible. Le Congrès américain s'y est risqué, et les autorités publiques, bien décidées à convaincre ce fléau « *as if there were no rules* » pour reprendre l'intitulé d'un article du *New York Times* le lendemain des attaques du 11 septembre, se sont engouffrées dans la brèche liberticide. Les suites du PATRIOT Act sont malheureusement connues, sous le regard tantôt impuissant, tantôt salvateur du pouvoir judiciaire. Réactions normatives qui ne sont pas sans rappeler les mots du tristement célèbre arrêt *Korematsu* de la Cour suprême en 1944 : « Quand, en raison des conditions de la guerre moderne, nos côtes sont menacées par des forces ennemies, le pouvoir de les protéger doit être proportionnel à la menace du danger ». Et ce, malgré la mise en garde de Benjamin Franklin : « un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux ».

L'arsenal législatif français est-il adapté aux menaces terroristes et à la diversité de ses formes au XXI^e siècle ? Certains droits fondamentaux peuvent-ils être considérés comme indérogeables et donc opposables à toute décision de l'État qui déciderait de se doter d'une législation antiterroriste ?

Philippe Chaudon : Jusqu'au début des années 2000, la législation française antiterroriste a évolué en réaction aux événements internationaux ou subis sur le sol français. Les événements ont ainsi précédé les changements législatifs. Après les attentats du 11 septembre 2001, du 11 mars 2003 à Madrid et du 5 juillet 2005 à Londres, les autorités françaises ont décidé d'adapter l'arsenal législatif à partir de l'idée qu'il existe une menace terroriste permanente, transnationale et structurée. Ainsi, plusieurs lois ont été adoptées le 15 novembre 2001, le 18 mars 2003, le 9 mars 2004, le 23 janvier 2006 et le 1^{er} décembre 2008. De manière générale, ces dispositions orientent le dispositif antiterroriste français vers la prévention ou la proaction en développant et en systématisant tout un ensemble de procédés techniques de surveillance, d'identification et d'investigations. Par exemple, la loi de 2006, élargit considérablement les pouvoirs de contrôle de l'administration sur les déplacements et les communications des citoyens ainsi que les possibilités d'accès à certains fichiers. Cela se double d'un dispositif administratif qui met en oeuvre les interceptions de sécurité, qui permet le refus d'entrée sur le territoire, le refus d'asile, l'opposition à la naturalisation, la reconduite à la frontière, le contrôle des associations et des groupes de combats et des milices privées.

Dans ce contexte, la loi risque d'être en retard sur le phénomène terroriste, par nature protéiforme, mouvant, évolutif, difficilement saisissable. À vouloir saisir toutes les hypothèses ou le plus grand nombre d'entre elles, deux risques se profilent au regard du principe de légalité : celui d'« oublier » un cas ou une incrimination possible et celui d'adopter une définition trop imprécise ou peu claire des cas de terrorisme. Prenons l'exemple des mises en examen, en novembre 2008, pour « association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste et dégradation en réunion » des auteurs d'actes de sabotage de lignes de la SNCF. Cette qualification a probablement résulté d'un usage abusif de la législation antiterroriste. N'oublions pas que le recours à la qualification d'acte de terrorisme entraîne l'application d'un régime juridique d'exception reposant sur l'application de règles procédurales dérogoires au droit commun et l'aggravation des peines. Enfin, il faut éviter une dérive législative qui consisterait à brouiller la ligne de partage entre ce qui constitue une infraction de droit commun et ce qui relève du terrorisme.

Wanda Mastor : La France, également frappée par des actes terroristes, s'est dotée le 23

janvier 2006 d'une loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers. À l'instar de la majorité des démocraties dotées d'un arsenal législatif anti-terroriste, elle a permis, au nom de cette lutte, la généralisation de la vidéosurveillance, le renforcement des contrôles d'identité, de la fouille des véhicules, l'extension des écoutes téléphoniques. L'objectif d'efficacité anime les autorités publiques qui légitiment ainsi les atteintes portées aux libertés. Traditionnellement, lesdites atteintes sont portées en France sous le contrôle du juge, caution en quelque sorte de la renonciation à nos principes séculaires. Qu'on le veuille ou non, le phénomène terroriste nous conduit à une vision plus minimaliste des droits, et les doutes et les craintes manifestés se heurtent vite à un argument aux allures non dissimulées de chantage. La menace terroriste est réelle et les autorités, policières notamment, doivent pouvoir agir de manière efficace et rapide pour protéger les citoyens. À notre avis, l'arsenal existant est bien suffisant et ne nécessite pas d'évoluer en même temps que la diversité des formes terroristes au XXI^e siècle. D'autant que s'ajoutent à la loi précitée, outre l'article 16 de la Constitution, l'état de siège prévu par l'article 36 et l'état d'urgence défini par la loi du 3 avril 1955. En vertu de l'article premier de la loi du 3 avril 1878, l'état de siège peut être mis en place « en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée ». Quant à l'état d'urgence, l'article premier de la loi de 1955 indique qu'il concerne les hypothèses de « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ».

Une seule disposition soulignant que dans des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence, l'autorité de police peut prendre des mesures provisoires sous le contrôle d'un juge peut être aussi efficace que la centaine d'articles du PATRIOT Act... À condition, comme le rappelait Jean Rivero, que ces pouvoirs ne soient ni généraux ni imprécis (2). Mais s'ils peuvent être limités au nom d'un objectif impérieux, qui plus est d'envergure planétaire, les droits fondamentaux ne sauraient être dénaturés. Dénaturation à laquelle des « limites illimitées » risqueraient de conduire... Ce qu'il est convenu d'appeler, suivant la terminologie allemande, les « limites des limites » (*Schrankenschranken*), s'adressent avant tout au législateur. L'alinéa premier de l'article 19 de la Loi fondamentale impose ainsi que les lois restreignant les droits fondamentaux aient un caractère général et désignent formellement le droit limité. De plus, les droits fondamentaux, même extrêmement limités pour des raisons impérieuses, ne doivent jamais être vidés de leur « contenu essentiel », être « dénaturés ». La Constitution espagnole se réfère d'ailleurs à ce « contenu essentiel » (art. 53, al.1^{er}), tandis que la Loi fondamentale allemande énonce qu'« en aucun cas il ne doit être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental » (art. 19, al. 2).

Au risque - assumé - de paraître réaliste, il nous semble que c'est au juge qu'il appartient de vérifier le degré des atteintes portées aux droits fondamentaux dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Peu importe finalement l'arsenal législatif qui ne sera, de toute façon, jamais satisfaisant. Celui-ci peut difficilement prétendre à la perfection, mais la lutte contre le terrorisme est un domaine qui rend la précision de la norme particulièrement délicate. Outre la difficulté de la définition, le caractère protéiforme du terrorisme rend la tâche vaine. Il appartient à l'autorité judiciaire, « gardienne de la liberté individuelle », de veiller à ce que les limitations, rendues nécessaires pour la poursuite d'un objectif louable, n'aboutissent à vider totalement un droit de sa substance. Dans un arrêt remarqué du 15 février 2006, la Cour constitutionnelle allemande a ainsi rappelé qu'un contexte de menace générale, même amplifié par les attentats du 11 septembre, ne pouvait suffire en lui-même à justifier des atteintes trop frontales. En droit allemand, afin de ne pas « dépasser la mesure » (*Übermaßverbot*), le moyen mis en oeuvre doit notamment être adapté au but poursuivi (*Geeignetheit*), être nécessaire à cette réalisation (*Erforderlichkeit*), et doit répondre à l'exigence de proportionnalité au sens strict (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) entre l'ampleur des restrictions et le droit ou la valeur que la mesure entend sauvegarder.

Selon Robert Alexy, « Le contenu essentiel est celui qui reste une fois la pondération effectuée » (3). Que cette pondération soit l'oeuvre, *in fine*, du juge nous paraît plus qu'évidente : elle est inévitable.

Peut-on concevoir un rôle plus accru des juridictions internationales dans la lutte contre le terrorisme (au-delà de la seule réparation liés à certains actes terroristes imputables à l'État - v. affaire *Lockerbie* -) ? La révision du statut de la Cour pénale internationale pour inclure l'acte de terrorisme dans le chef de compétence de la Cour, en dehors des actes accomplis dans le cadre d'un conflit armé conventionnel, vous semblerait-elle de nature à améliorer la lutte contre le terrorisme ?

Jean-Louis Gillet : La définition et la mise en oeuvre d'une véritable lutte antiterroriste ne doit se concevoir qu'à un niveau national, y compris dans sa dimension juridictionnelle. L'instrument de droit international public qui sert forcément de fondement à une juridiction internationale implique un accord entre États dont la motivation en matière de lutte antiterroriste ne présente, à l'échelle planétaire, aucune garantie d'unanimité ni de permanence. Reste à imaginer des « blocs » juridictionnels internationaux ne fonctionnant en fait, en le reconnaissant ou non, à un ou des niveaux régionaux. Mais une telle « justice internationale » en serait-elle vraiment une ?

Philippe Chaudon : Tout d'abord, je constate que s'il existe des conventions internationales universelles qui cherchent à réprimer le terrorisme, elles visent seulement quelques aspects du terrorisme, des actes ou des faits illicites particuliers constitutifs de terrorisme qui apparaît alors comme protéiforme au vu des conventions sectorielles. Tel est le cas par exemple de la convention du Conseil de l'Europe du 10 novembre 1976 pour la répression du terrorisme, de la convention des Nations Unies du 17 décembre 1979 sur la prise d'otages ou de la convention des Nations Unies du 15 décembre 1997 sur la répression des attentats terroristes à l'explosif. Les conventions privilégient la définition de mesures particulières au regard des actes commis (piraterie aérienne), des personnes touchées (prise d'otages, attentats contre des diplomates), l'utilisation de certains moyens (explosifs, financement). Ainsi, le droit international général rencontre des difficultés pour s'accorder sur une incrimination générale et acceptée d'un phénomène qui a des résonances politiques et idéologiques très marquées. En outre la communauté internationale est travaillée par des conceptions contradictoires qui appréhendent le terrorisme, d'un côté, comme un acte de violence d'un individu ou d'un groupe et, d'un autre côté, comme moyen de gouvernement afin d'asseoir une politique raciste et/ou colonialiste et comme moyen de la combattre (lutte pour l'indépendance nationale).

Quant aux conventions conclues dans un cadre régional, qui n'ont donc pas vocation universelle, elles développent des approches plus audacieuses et particulières. On peut par exemple se référer à la Convention arabe du 22 avril 1998 sur la suppression du terrorisme, à la Convention de l'Organisation de la Conférence Islamique du 1^{er} juillet 1999 sur la lutte contre le terrorisme international ou à la Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine du 14 juillet 1999 sur la prévention et la lutte contre le terrorisme. Ces approches révèlent les difficultés rencontrées à un niveau universel et ne sont pas non plus satisfaisantes juridiquement. D'une part, leur caractère régional exclut leur portée universelle ; elles ne peuvent, de ce fait, provoquer un consensus dans la communauté internationale. D'autre part, leurs engagements idéologique, politique (politiques propres au groupe d'États qui en sont les promoteurs, référence au conflit israélo-palestinien), voire religieux (la *Charia*) empêchent une adhésion universelle.

En tout état de cause, les conventions internationales générales et régionales renvoient à la compétence des juridictions internes pour lutter contre le terrorisme. Mais la mise en oeuvre de leur compétence se fait *ratione loci*, c'est-à-dire au regard du territoire sur lequel les actes sont commis, sans que l'élément d'extranéité tenant à leurs auteurs soient un facteur d'empêchement. Du point de vue de la compétence matérielle des juridictions nationales (*ratione materiae*), le traitement juridictionnel de l'affaire de *Lockerbie* est intéressant : la Haute Cour de justice écossaise a siégé en territoire néerlandais pour juger deux personnes non pour terrorisme, mais pour meurtre. Pour des raisons diplomatiques, on est ainsi sorti de la sphère internationale pour retenir une qualification de crime.

Ensuite, si l'on se place du point de vue des juridictions internationales pour mettre en oeuvre

la poursuite et la répression du terrorisme, les choses ne sont pas forcément plus simples.

La Cour internationale de justice a évité de se prononcer sur la définition du terrorisme. Sa jurisprudence, dans les quelques affaires où cette question pouvait être soulevée, comme dans son Avis du 11 avril 1949 sur le personnel des Nations Unies, sa décision du 24 mai 1980 sur le personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran ou sa décision du 27 juin 1986 sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, a semblé, insensiblement, suivre la pratique conventionnelle et s'attacher plus aux actes et aux situations particulières qu'à une approche générale du terrorisme.

Il reste alors la possibilité de confier la compétence de juger d'actes de terrorismes, au-delà de ceux imputés à un État, à une juridiction internationale pénale. Mais dans ce cas, il faut que plusieurs conditions soient réunies. En premier lieu, il doit exister une incrimination ou une qualification précise des éléments constitutifs des actes poursuivis. Le principe *nullum crimen nulla poena sine lege*, qui s'applique en droit international pénal comme en droit interne, commande une définition précise si l'on veut incriminer le terrorisme, le poursuivre et le réprimer internationalement en tant qu'infraction autonome. En deuxième lieu, il faut régler la question de l'attribution d'une compétence à une juridiction internationale pour connaître de l'infraction de terrorisme. Enfin, il faut prévoir un mécanisme de saisine de la juridiction, le cas échéant à l'image de celui de la Cour pénale internationale actuellement en vigueur.

Dans ce contexte, et en se fondant sur l'existant au lieu de vouloir créer une juridiction *ad hoc* spécialisée dans la poursuite du terrorisme, on peut alors réfléchir à la possibilité de réviser le statut de la Cour pénale internationale (CPI) pour inclure l'acte de terrorisme dans son chef de compétence, en dehors des actes accomplis dans le cadre d'un conflit armé conventionnel.

En l'état, la CPI n'est pas compétente pour juger du terrorisme en tant qu'infraction autonome. En revanche, dès lors que des actes terroristes constitueraient un crime de génocide, un crime contre l'humanité un crime de guerre ou un crime d'agression au sens du Statut de Rome, la CPI pourra tenter des poursuites selon ses règles de procédure et dans le cadre de sa compétence.

Je rappellerai que quatre arguments avaient été avancés lors des travaux préparatoires au Statut de Rome pour en exclure le terrorisme : l'absence d'une définition précise de la notion ; l'inclusion d'un tel crime dans la compétence de la Cour la politiserait ; certains actes de terrorisme ne présentent pas une gravité suffisante qui justifierait des poursuites par une juridiction internationale ; les mécanismes nationaux de poursuite et de répression ont été considérés comme plus efficaces que ceux des juridictions internationales. Pourtant, l'acte final de la Conférence de Rome, adopté le 17 juillet 1998, recommandait qu'une conférence de révision « étudie le cas du terrorisme et des crimes liés à la drogue en vue de dégager une définition acceptable de ces crimes et de les inscrire sur la liste de ceux qui relèvent de la compétence de la Cour ». Le fait que les États parties au Statut de Rome n'aient pas, à ce jour, réussi à s'accorder sur l'extension de la compétence de la CPI à une infraction spécifique au terrorisme peut être analysé comme une absence de réponse pénale universelle à cette infraction, renvoyant aux seuls États et à leurs juridictions internes le soin de la poursuivre et de la réprimer. On peut ainsi concevoir un rôle accru des juridictions pénales internationales ou de la seule CPI, naturellement dans le cadre des principes de sa saisine et de sa compétence, dont celui de complémentarité.

Wanda Mastor : La nécessité de lutter contre le terrorisme à échelle mondiale peut paraître contradictoire avec l'absence d'une juridiction pénale internationale disposant d'une compétence générale en matière de terrorisme, même s'il ne faut pas minimiser l'importance des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Quelques jours après sa prestation de serment, Barack Obama a ordonné la fermeture du camp de Guantanamo par la signature d'un *Executive Order* le 22 janvier 2009. Immédiatement, la question du devenir des 240 détenus de Guantanamo s'est posée, et le 44^e président des États-Unis s'est vite heurté à l'aspect budgétaire de la question. À ses détracteurs l'interrogeant souvent à ce sujet, Barack Obama a envisagé l'hypothèse d'un transfert dans les prisons militaires de Fort Leavenworth au Kansas et de Charleston en Caroline du sud. Il a aussi très tôt espéré une coopération avec

d'autres États, notamment ceux dont des ressortissants se trouvent actuellement détenus à Guantanamo. La question du devenir de ces prisonniers dépasse celle du simple transfert. Une fois la prison de Guantanamo fermée, et les prisonniers transférés, soit sur le sol américain, soit dans d'autres États, par quels tribunaux vont-ils être jugés ? Le président Obama a toujours marqué sa préférence pour les tribunaux civils ou les cours martiales. Mais, conscient des difficultés que pourraient engendrer ces hypothèses, il n'a jamais fermement condamné les commissions militaires. Les États-Unis ne sont pas les seules démocraties à être confrontées à cette question du jugement de ces prisonniers si particuliers. À une guerre nouvelle, combattants nouveaux. Cet argument a malheureusement permis aux autorités américaines de permettre les abus que l'on connaît. Peut-être qu'une nouvelle compétence de la Cour pénale internationale permettrait de donner à cette « nouveauté » un relief protecteur jusqu'ici inédit. Car les crimes les plus odieux qui soient ne sauraient être jugés au cours d'un simulacre de procès.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Libertés publiques * Terrorisme

(1) Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, RJC I-223 ; GDCC, 15^e éd. 2009, n° 29.

(2) Rivero (J.), note sous Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC, AJDA. 1978. 215 ; GDCC, 15^e éd. 2009, n° 18 ; GADPG, 7^e éd. 2009, n° 1.

(3) Alexy (R.), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Francfort, 1986, p. 288.