



LA PLACE DES LIBERTES FACE A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

TABLES RONDES

organisées par le CREDOF

en partenariat avec la LIGUE DES DROITS DE L'HOMME – SECTION UNIVERSITE
NANTERRE

le

[18 JUIN 2015](#)



Sommaire

LA PLACE DES LIBERTÉ FACE A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME	1
L'émergence d'un droit du terrorisme : les libertés publiques sous tension ? <i>par Malik Boumediene</i> .	3
La loi relative au renseignement : entre surveillance et respect des libertés <i>par Xavier Latour</i>	11
Eloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme <i>par Mustapha Afroukh</i>	27
Le recours à la torture par les Etats-Unis dans la lutte contre le terrorisme <i>par Carolina Cerda-Guzman</i>	38

L'émergence d'un droit du terrorisme : les libertés publiques sous tension..... ?

« Si l'Etat est fort, il nous écrase. S'il est faible, nous périssons »

Paul VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*

Malik BOUMEDIENE, Maître de conférences, à l'Université TOULOUSE Jean JAURES

membre du Centre de Théorie du droit, UMR 7074 équipe CREDOF

Suite aux attentats de Paris de janvier de novembre 2015, la question de la lutte contre le terrorisme s'est à nouveau posée et, avec celle-ci, la protection des libertés publiques. Une nouvelle fois la conciliation entre deux droits fondamentaux est d'actualité : le droit à la sécurité, d'une part, et le droit pour les citoyens au respect de plusieurs de leurs libertés telles que reconnues par la constitution, le droit européen, le droit international ou encore de la jurisprudence des différentes juridictions tant françaises qu'européennes, d'autre part. Face à cette vague d'attentats, nous assistons à une montée du droit sécuritaire et plus particulièrement à l'émergence d'un droit du terrorisme (I).

Cette politique de protection, nécessaire, pose cependant des questions qui, elles aussi, restent légitimes. Jusqu'où peut-on réduire certaines libertés publiques au nom du droit à la sécurité ? Cette fuite en avant, que certains considèrent comme « sécuritaire », ne remet-elle pas en cause des libertés essentielles ? (Certains universitaires, à l'instar de notre collègue, Laure Ortiz, considèrent que « *l'état d'urgence (...) sape durablement les fondements démocratiques* », Professeur droit public, IEP Toulouse). Il semble que l'émergence de ce nouveau droit touchant le terrorisme est un droit adopté dans l'urgence et semble imprégné de diverses limites bousculant et mettant sous tension les libertés publiques (II).

I. L'émergence d'un droit du terrorisme

Le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau en France. Pour ne citer que quelques dates : explosions le 12 avril 1977 de plusieurs bombes dans les locaux de deux sociétés franco-soviétiques à Paris, revendiqué par le Front d'action pour la libération des Pays baltes ; le 20 août 1977 trois attentats à Châlons-sur-Marne contre le consulat italien revendiqués par les Comités d'action fasciste ; le 31 mars 1979, attentat au journal *Matin* de Paris, revendiqué par la Ligue des combattants contre l'occupation juive (un groupe d'extrême droite) ; le 12 avril 1979 huit attentats du FLNC contre des banques parisiennes ; le 1^{er} mai 1979 nous assistons à la « Nuit bleue » à Paris, 12 attentats (trois commissariats, deux banques, une permanence de l'UDF, un garage, une agence ANPE, une agence EDF, une perception, une annexe du Ministère des Finances, ...), revendiqués par le Collectif communiste révolutionnaire ; en Corse, 180 attentats sont recensés au cours de l'année 2007 ; les 11, 15 et 19 mars 2012 tueries de Toulouse et Montauban. Le terroriste islamiste franco-algérien Mohammed Merah tue 7 personnes, trois militaires et quatre civils (dont trois enfants d'une école juive), et en blesse 6 autres à Toulouse et à Montauban.

Face à de telles situations, l'Etat n'a cessé de réagir, soit en utilisant le droit commun de la répression soit en adoptant de nouvelles législations afin de faire face à ce phénomène. On pense à la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme. Celle-ci définit la notion de terrorisme et en tire des conséquences procédurales : extension de la durée de la garde à vue à quatre jours, report de l'intervention de l'avocat à la 72^{ème} heure de garde à vue, alourdissement des peines, incrimination de l'apologie de terrorisme, indemnisation des victimes de terrorisme (alimenté par un fond prélevé sur les assurances privées), autorisation des perquisitions domiciliaires même sans l'assentiment des personnes suspectées....

Le 10 juillet 1991 est promulguée la loi relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, visant à réglementer les écoutes judiciaires et administratives. La loi du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, insère les actes de terrorisme dans le nouveau code pénal, pour en faire des infractions spécifiques et plus sévèrement sanctionnées. Suite à la prise d'otages au sein d'un avion Air France (décembre 1994), aux attentats du RER B à la station Saint-Michel (juillet 1995), au cours de l'année 1995 est promulguée la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité. Un certain nombre de dispositions du texte ont pour objet de permettre un développement du recours à la vidéosurveillance afin d'accroître la protection des lieux publics ou ouverts au public ainsi que celle des bâtiments et installations susceptibles d'être exposés à des actes terroristes. La même année, le 18 février 1995, une nouvelle loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative allonge, notamment, la prescription des crimes et des délits terroristes. Cette législation n'apparaissait pas véritablement comme un droit spécifique relatif à la sécurité. Elle se fondait au sein du code pénal ainsi que du code de

procédure pénale. Du fait de son récent développement qui n'est alors qu'embryonnaire, elle n'apparaissait pas comme un droit autonome et spécifique.

Cependant, il semble que depuis les années 2000 on assiste au sein du droit de la sécurité à l'émergence d'un véritable droit du terrorisme. La réalité et l'émergence de ce nouveau droit se manifeste à plusieurs égards. Dans un premier temps, on assiste à une accélération du développement du droit touchant le terrorisme avec l'adoption d'une législation par an en moyenne. C'est ainsi que le 15 novembre 2001 la loi relative à la sécurité quotidienne renforce les pouvoirs des agents de police judiciaire en matière de contrôles d'identité pour lutter contre le terrorisme (fouille des véhicules, dans les zones portuaires, les aéroports), ou des agents de sécurité privés, qui sous condition d'être habilités par un représentant de l'État, peuvent procéder à des fouilles et palpations en cas de forte suspicion. La loi du 29 août 2002, relative à l'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, quant à elle rend plus efficace la recherche et l'exploitation du renseignement en renforçant la collaboration entre services et la formation au renseignement, de développer au niveau international les coopérations institutionnelles. Ce texte prévoit la création d'une nouvelle base de données informatique, dite Application de rapprochement, d'identification et d'analyse pour les enquêteurs (ARIANE) qui regroupe les informations de deux fichiers, le système de traitement des infractions constatées (STIC) et le système judiciaire de documentation et d'exploitation (JUDEX). En 2014 (le 9 mars), la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité crée de nouvelles possibilités d'investigations applicables en matière de terrorisme et de délinquance ou de criminalité organisée : juridictions interrégionales spécialisées, extension du statut de repentis ou « plaider coupable », écoutes téléphoniques lors de l'enquête.

Le 23 janvier 2006, la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, qui autorise une garde à vue de six jours en cas de risque d'attentats. La loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure qui permet la captation de données informatiques. En 2014 (13 novembre) est promulguée la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme qui prévoient l'interdiction du territoire des suspects candidats au djihad et crée un délit d'entreprise terroriste individuelle. En juillet 2015 une loi sur le renseignement est adoptée. Elle définit un cadre dans lequel les services de renseignement sont autorisés à recourir à des techniques d'accès à l'information. Le recours à ces techniques de surveillance obéit à une procédure définie par la loi : les demandes écrites seront adressées au Premier ministre. Ce dernier donnera ou non son accord après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR). Un an plus tard la loi du 20 novembre 2015 a d'une part, prorogé l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et, d'autre part, renforcé l'efficacité de ses dispositions. Le texte élargit ainsi les modalités d'assignation à résidence. Il rend possible les perquisitions administratives dans tous les lieux Il prévoit la possibilité de dissoudre certaines associations.

Aujourd'hui deux textes sont en discussion devant le parlement. Nous trouvons, dans un premier temps, le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. D'autre part, un projet (n° 3381) de loi constitutionnelle relatif à la protection de la Nation est également actuellement en discussion devant le parlement. Dans un deuxième temps, l'émergence de ce nouveau droit du terrorisme se matérialise à travers l'existence au sein même du Code de la sécurité intérieure d'un titre II concernant directement la « Lutte contre le terrorisme et les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ». Ce titre est composé tant de dispositions touchant la lutte contre le financement des activités terroristes que la mise en œuvre de systèmes de vidéo-protection ou encore l'interdiction de sortie du territoire. Un troisième élément permet d'appuyer l'idée de l'émergence d'un droit propre au terrorisme. En effet au sein du code de procédure pénale va figurer ainsi un titre XV intitulé « De la poursuite, de l'instruction et du jugement des actes de terrorisme ». L'émergence de ce nouveau droit trouve aussi un fondement dans le droit international.

Dans le cadre des Nations-Unies, nous trouvons ainsi plusieurs textes. La Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ; la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme ; la Convention internationale de 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire ; la Convention de 2010 sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale. Au niveau européen, nous trouvons l'adoption par le Conseil de l'Europe en 2005 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme. Dans le cadre de l'Union européenne, une directive du 20 mai 2015 a concerné la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme. En décembre 2015, la commission européenne a également proposé une nouvelle directive relative au terrorisme. Celle-ci a comme volonté de combler les lacunes que présentait le cadre juridique de l'Union européenne en matière de contrôle du respect de la législation pénale. La proposition de directive prévoit également des définitions communes d'infractions terroristes, ce qui permet d'apporter une réponse commune au phénomène des combattants terroristes étrangers, de maximiser ainsi l'effet dissuasif dans l'ensemble de l'UE et de faire en sorte que les auteurs de ces infractions soient effectivement punis. Cette proposition de directive réforme le cadre juridique en vigueur de l'UE sur l'incrimination de comportements liés à des activités terroristes. Elle transpose en droit de l'UE des obligations de droit international, telles que celles découlant des dispositions de la résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité des Nations unies sur les combattants terroristes étrangers, du protocole additionnel, récemment adopté, à la convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et des recommandations du groupe d'action financière sur le financement du terrorisme.

La proposition de directive érige en infraction : le fait de se rendre à l'étranger à des fins terroristes, tant sur le territoire de l'Union qu'à l'extérieur, pour lutter contre le phénomène des combattants terroristes étrangers; le financement, l'organisation et la facilitation de ces

voyages, y compris par un appui logistique et matériel, dont la fourniture d'armes à feu et d'explosifs, d'abris, de moyens de transport, de services, d'avois et de marchandises; le fait de recevoir un entraînement à des fins terroristes.

Les structures chargées de contrôler le respect de la loi auront la possibilité d'enquêter sur les activités d'entraînement susceptibles de conduire à la perpétration d'infractions terroristes ainsi que d'engager des poursuites contre les personnes ayant reçu cet entraînement ou procuré des fonds utilisés pour commettre des infractions terroristes et des infractions en relation avec des groupes terroristes ou des activités terroristes. La proposition de directive durcit également les dispositions érigeant en infractions pénales le recrutement, l'entraînement à des fins terroristes et la diffusion de la propagande terroriste, y compris en ligne. La proposition de la Commission énonce également de nouvelles règles, qui complètent la directive concernant les droits des victimes de 2012, afin que les victimes du terrorisme aient immédiatement accès à des services d'aide professionnels offrant des traitements physiques et un accompagnement psychosocial et soient immédiatement informées de leurs droits, quel que soit leur lieu de résidence dans l'Union européenne.

II. La mise sous tension des libertés publiques ?

Il ne s'agit pas ici de prendre une position partisane ou encore idéologique. Le droit du terrorisme est un droit qui a fait l'objet d'une certaine attention de la part du pouvoir politique. Nous pouvons prendre deux exemples révélateurs de cette attention. C'est ainsi que la loi relative à l'état d'urgence qui a pu être déclenchée suite aux attentats du 13 novembre 2015, met en place un régime juridique stricte encadrant les atteintes éventuelles aux libertés : la prorogation de l'état d'urgence, au-delà de douze jours, ne peut être autorisée que par la loi ; l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures. S'agissant des perquisitions ordonnées, le procureur de la République territorialement compétent est informé sans délai de cette décision. La perquisition est, en outre, conduite en présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent. Elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins. La perquisition donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République. La loi du 24 juillet 2015 concernera, elle, le renseignement. Si elle permet d'étendre l'utilisation du renseignement elle vient donner un cadre juridique sécurisé pour les libertés.

Pour la première fois une loi vise à donner un véritable cadre légal aux activités des services de renseignement. Ces derniers pourront seulement consulter les métadonnées. Les techniques de renseignement ne pourront être utilisées que pour des finalités limitativement énumérées par le projet de loi. En outre un tel recours devra obéir à une procédure définie par

la loi : les demandes écrites seront adressées au Premier ministre. Ce dernier donnera ou non son accord après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR). La loi prévoit également l'instauration d'un droit de recours devant le Conseil d'État en ce qui concerne la personne qui soupçonne faire l'objet d'une surveillance. Le Parlement exerce un contrôle sur les décisions de surveillance via la présence de quatre parlementaires au sein de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement est une autorité administrative indépendante.

Néanmoins le régime du droit du terrorisme peut soulever diverses interrogations. Il s'agit ici de mettre en avant quelles peuvent être, éventuellement, les limites d'un tel droit vis-à-vis des libertés publiques. Le renseignement constitue un instrument déterminant dans la lutte contre le terrorisme. Cependant on peut s'interroger sur les dérives possibles comme cela a été le cas avec le patriote acte aux Etats-Unis. Le régime juridique du renseignement ne possède-t-il pas si l'on peut dire certaines failles ayant pour éventuelles conséquences les atteintes à la vie privée ? On constate que si la loi vient déterminer de manière stricte les situations où il peut être fait appel au renseignement administratif certains termes utilisés, de par leur formulation générale, laisse une grande marge de manœuvre à l'administration. C'est ainsi qu'il peut être fait appel au renseignement administratif lorsque sont en jeu « l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale, les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère, les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ; la prévention du terrorisme ».

On constate également que si l'autorisation de mise en œuvre par le Premier ministre est conditionnée à l'avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement cet avis n'est que consultatif et ne saurait s'imposer à celui-ci. En outre, dans certains cas et plus exactement en cas de « d'urgence absolue » le Premier ministre pourra déroger à son obligation de demander l'avis de la commission du renseignement. La notion « d'urgence absolue » est une notion subjective laissant une certaine marge de manœuvre. La loi ne prévoit aucune obligation de sécurisation des données collectées portant sur la vie privée des personnes sous surveillance. En outre, certaines données peuvent être stockées plus de 4 ans voir de manière illimitées pour certaines d'entre elles. Une autre question se pose touchant la portée de la capacité de contrôle de la commission du renseignement. Celle-ci, afin de donner son avis, se fonde sur les éléments donnés par les services. Cette commission n'a pas un pouvoir d'enquête et d'instruction afin de compléter ces éléments et éventuellement les contredire. Enfin, le régime juridique de déclenchement des perquisitions laisse une certaine marge de manœuvre aux autorités (Voir Marie-Laure Basilien-Gainche, Professeur de droit public l'université Jean-Moulin Lyon III, *Le Monde*, 19-11-2015).

Cette mise sous tension des libertés publiques se manifeste non seulement à travers la législation qui est adoptée mais également par la mise en œuvre même de cette législation. La

mise en œuvre de l'Etat d'urgence suite aux attentats de novembre 2015 nous pousse à nous interroger. Tout d'abord nous pouvons nous interroger sur la question du renouvellement de l'état d'urgence. En effet, l'article 1 de la loi du 3 avril 1955 dispose que l'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». C'est ainsi qu'à la lecture de cet article nous devons être en présence « d'atteintes graves » à l'ordre public entraînant « un péril éminent ». Or l'état d'urgence a été prorogé à deux reprises sans que la condition « d'atteintes graves » à l'ordre public soit présente. Les atteintes à l'ordre public étaient réelles lors des attentats de novembre mais lors des différentes prorogations de l'état d'urgence les atteintes graves à l'ordre public n'avaient pas de réalité. Les pouvoirs publics ne se sont-ils pas livrés à une interprétation extensive de l'article premier ? La question reste ouverte...

La question de l'étendue des perquisitions se pose également. En effet, le régime de l'état d'urgence permet aux autorités administratives d'effectuer des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit. Ces dispositions ont été largement utilisées mais avec une efficacité très relative. En effet, depuis le 13 novembre, 3 336 perquisitions administratives ont été réalisées pour 523 procédures judiciaires dont seules 28 relèvent du terrorisme. Et sur ce chiffre on compte 23 cas d'apologie du terrorisme et 5 cas réels de projets ou de menaces d'attaques ou d'attentats (chiffre au 15 février 2016). Ces perquisitions ont été menées dans l'urgence entraînant certains abus au point que le ministre de l'intérieur a dû rédiger une circulaire en direction des agents afin de leur rappeler le cadre légal des perquisitions déclenchées. C'est ainsi qu'en janvier 2016, le tribunal correctionnel de Grenoble a relaxé 3 personnes ayant fait l'objet d'une perquisition sur ordre du préfet de l'Isère. Celui-ci ordonna des perquisitions en ne mentionnant que l'adresse à perquisitionner sans mentionner le nom des occupants et sans motiver cette perquisition.

On peut également être étonné de l'avis du Conseil d'Etat en date du 17 novembre 2015 concernant le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions. Le Conseil d'Etat, qui fut saisi, la veille par le Gouvernement valida l'ensemble des dispositions. Il a même proposé au Gouvernement de durcir le texte proposé afin de renforcer sa portée. C'est ainsi qu'il a supprimé la seconde condition cumulative à laquelle le projet subordonnait la dissolution d'un groupement, liée à l'assignation à résidence de certains de ses membres ou contacts, la dangerosité de ce groupement n'étant pas nécessairement liée à la présence parmi ses membres d'une personne assignée à résidence. Enfin, on remarque que le raisonnement du Conseil d'Etat afin de valider l'ensemble des mesures se fonde sur « la nature de l'attaque dont a été victime notre pays et à la persistance des dangers d'agression terroriste auxquels il demeure ». La nature de l'attaque permet alors de justifier l'étendue des pouvoirs de police et les restrictions éventuelles aux libertés publiques. Le Conseil d'Etat afin de valider la

prorogation de l'Etat d'urgence met en avant « la persistance des dangers d'agression terroriste auxquels » le pays « demeure ». Cependant une question se pose sur le fait de savoir si la haute juridiction est en capacité d'obtenir de manière indépendante des éléments objectifs qui justifie cette prorogation ? Elle se fonde sur les éléments donnés par le pouvoir exécutif. Elle est ainsi dépendante du dossier et du contenu de ce dossier que veut bien lui remettre le Gouvernement. Elle n'a aucun pouvoir afin de contraindre le Gouvernement afin que celui-ci lui remette des éléments complémentaires. L'avis du Conseil d'Etat intervient dans l'urgence puisque saisi le 16 novembre au soir il rendra un avis le lendemain. *Quid* du raisonnement juridique, de l'étude juridique du projet de loi lorsque l'action face à l'urgence est une nécessité impérieuse ? Enfin, il est étonnant que le Conseil d'Etat ait pu souligner que la loi du 3 avril 1955 est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Ass, 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, req. n° 286834 et 287218) mais qu'il ne dit mot sur la comptabilité ou pas des nouvelles dispositions introduites par le projet de loi sur lequel il a donné son avis.

La montée en puissance du droit du terrorisme pose indéniablement un certain nombre de questions au juriste. Il nous amène à nous interroger de manière plus générale sur la place, la portée que l'on donne aux libertés dans la société. Le projet de loi constitutionnel intégrant l'état d'urgence au sein de la loi fondamentale vient modifier la philosophie même de toute constitution qui est avant tout de protéger les citoyens contre les abus éventuels du pouvoir comme a pu le souligner, également, il y a quelques temps le professeur Olivier Beaud (Université Paris II Panthéon-Assas, *Actualité juridiques*, *Dalloz*, 11 janvier 2016). Or, en constitutionnalisant l'état d'urgence ne s'agit-il pas de consacrer l'idée d'un l'Etat sécuritaire et de réduire la place de l'Etat comme garant des libertés ? Comme le souligne le professeur Dominique Rousseau n'y a-t-il pas là l'avènement d'un Etat « policier » ? La constitutionnalisation poursuit semble-t-il avant tout un objectif juridique. Il s'agit de consolider la place du législateur dans l'avenir dans sa capacité à définir les mesures législatives à mettre en œuvre dans des situations d'urgence, lui donnant ainsi une plus grande liberté et peut-être réduire un risque éventuel de censure du Conseil constitutionnel. Ainsi, contrairement à notre collègue Serge Slama (*Actualité juridiques*, *Dalloz*, 11 janvier 2016) qui considère que la constitutionnalisation peut assurer l'encadrement du laps de temps où il est fait exception à la légalité ordinaire, en fixant « les règles du jeu » nous pouvons avoir une approche beaucoup moins optimiste. Nous trouvons également un objectif politique qui est pour le Gouvernement de montrer à l'opinion publique sa capacité de réaction face aux situations exceptionnelles. Mais fallait-il modifier la loi fondamentale pour cela ?

La loi relative au renseignement : entre surveillance et respect des libertés

Xavier LATOUR

Professeur de droit public à l'Université de Nice – Sophia Antipolis

CERDACFF (EA 7267)

Secrétaire général de l'Association française de droit de la sécurité et de la défense

La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement n'est pas une loi d'exception, elle n'en est pas moins une loi remarquable. D'abord, elle a été élaborée et votée dans un contexte tragique. Les attentats de janvier 2015 ont influencé son contenu et marqué les législateurs. Ensuite, au nom de la sécurité nationale, elle autorise les services de renseignement à utiliser des outils tellement importants et critiqués au regard de la protection de la vie privée qu'elle a soulevé des critiques virulentes auxquelles ont répondu des arguments sécuritaires censés ne pas soulever de contestation. D'un côté, le texte renforce les pouvoirs de police administrative des services de renseignement en ouvrant la voie, selon ses détracteurs, à une surveillance de masse. Au nom de la prévention, les immixtions dans la vie privée sont justifiées. D'un autre, la loi essaye de mettre en œuvre des contrôles de ces activités en adéquation avec les exigences d'une démocratie. Le tout constitue un nouveau Livre VIII intitulé « Du renseignement » dans le Code de la sécurité intérieure (CSI). Enfin, l'ensemble a conduit le président de la République à saisir, pour la première fois, le Conseil constitutionnel¹, parallèlement à des parlementaires et au président du Sénat. Cette triple saisine originale n'a pas incité les Sages à faire preuve de beaucoup d'audace. Comme cela était prévisible, ils ont très largement validé la conformité du texte à la Constitution² dans une décision plus ou moins argumentée.

Quelques semaines après les attentats de janvier 2015 sous le pilotage direct du Premier ministre, le gouvernement présentait en Conseil des ministres, le 19 mars 2015, un projet ambitieux marqué par une dimension interministérielle (Intérieur, Défense, Justice). Pour une fois et en dépit des apparences, la loi n'a pas été dictée par l'émotion des circonstances ; elle est, au contraire, le résultat d'une réflexion murie.

Dans son principe initial, la loi n'est guère contestable. Comme cela avait été mis en évidence³, la France avait besoin de mieux encadrer le fonctionnement de ses services de renseignement. Avant le changement de majorité présidentielle, Monsieur Urvoas avait

¹ P. JAN, « Loi sur le renseignement : la saisine présidentielle doit-elle être motivée », *D.* 2015, 1047.

² DC 2015-713 du 24 juillet 2015.

³ « Le défi du renseignement », *Cahiers de la sécurité* n° 13, 2010, INHESJ ; B. WARUSFEL, « Justice et sécurité nationale : l'apport de la loi sur le renseignement » in *Cahiers de la sécurité et de la justice* n° 31, 2015, p. 69.



expliqué avec conviction le besoin de les faire entrer dans l'ère du contrôle démocratique¹. Le fonctionnement des services de renseignement², énumérés par l'article D 1122-8-1 du Code de la défense (direction générale de la sécurité extérieure –DGSE-, direction de la protection et de la sécurité de la défense –DPSD-, direction du renseignement militaire –DRM-, direction générale de la sécurité intérieure –DGSI-, direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières et le service à compétence nationale dénommé « traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins » -TRACFIN-) ne donnait pas pleinement satisfaction. Pour aller plus loin, la France a fait le choix, classique, de créer une autorité administrative indépendante, la Commission nationale de contrôle des activités de renseignement (CNCTR) qui aura un rôle de contrôle *a priori* mais uniquement à titre consultatif et un rôle de contrôle *a posteriori* aux côtés du juge administratif.

La formule retenue ne fait pas l'unanimité. Parce que le renseignement concourt à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation, ce qui en fait une compétence exclusive de l'Etat (article L 811-1 CSI), et que les menaces sont nombreuses autant que bien réelles, la police administrative entre dans une nouvelle ère. Les technologies de la surveillance sont mobilisées, certes pour la bonne cause, mais dans des proportions qui n'auraient d'égales que les menaces pesant sur la France et en soumettant leur emploi à la seule décision du Premier ministre. Malgré l'accélération législative de ces dernières années, les services se plaignaient de vides juridiques préjudiciables à leurs actions. Pourtant, après la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, la loi de programmation militaire n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 avait déjà inséré dans le CSI des dispositions discutées sur la surveillance des données de connexion et la géolocalisation en temps réel. Un an plus tard, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a concrétisé la volonté du législateur de développer les compétences de police administrative de contrôle des sites djihadistes³.

A la poursuite de ces deux objectifs, mieux encadrer pour mieux surveiller, le législateur a produit une loi dense, parfois touffue.

Comme de coutume désormais pour les textes sécuritaires, le consensus politique a globalement prévalu. Si des parlementaires se sont élevés contre la loi, en transcendant les clivages politiques et parfois à front renversé, l'adoption n'a jamais fait de doute. Le recours à une procédure accélérée a même permis de gagner un temps précieux au nom des impératifs de sécurité, tragiquement illustrés par un meurtre et une tentative d'attentat chimique en Isère alors que, pratiquement dans le même temps, le Conseil constitutionnel était saisi.

Globalement, la loi illustre les tensions entre la liberté et la sécurité. Les menaces ne permettent pas tout ; la défense des libertés ne doit pas se transformer en aveuglement. Le curseur a du mal à trouver sa place entre les deux. Dès lors, le texte n'est pas critiquable en

¹ J.-J. URVOAS, F. VADILLO, *Réformer les services de renseignement français*, Fondation Jean Jaurès, 2011.

² X. LATOUR, « Renseignement (ingénierie institutionnelle) » in *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat* (P. MBONGO, F. HERVOUËT, C. SANTULLI), Berger-Levrault, 2014, p. 795.

³ M. QUEMENER, « Les nouvelles dispositions de lutte contre la cybercriminalité issues de la loi du 13 novembre 2014 renforçant la lutte contre le terrorisme », *AJP* 2015, p. 32 ; P. SEGUR, « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », *AJDA* 2015, p. 160.

bloc, ni acceptable dans sa totalité. Si la loi sur le renseignement est nécessaire (I), elle est aussi discutable (II).

I. Une loi nécessaire

Le renseignement est un monde discret, voire secret, sans être arbitraire. La loi poursuit une action bienvenue de clarification du droit (A), encadre l'action des services (B), et consolide les contrôles auxquels ils sont soumis (C).

A. La clarification du droit

Alors que pendant longtemps les textes applicables aux services de renseignement n'étaient même pas publiés, cette époque est révolue. La loi accentue une tendance à plus de transparence dans leur fonctionnement, en conformité avec ce qu'une démocratie est en droit d'attendre.

Ainsi, les services relevant de la loi relèvent d'un décret qui sera pris en Conseil d'Etat (article L 811-2 CSI), dans le prolongement du code de la défense énumérant les composantes de la communauté du renseignement.

Cette première liste pouvant ne pas suffire, il est prévu d'élargir les bénéficiaires des prérogatives de surveillance à un deuxième cercle de services. L'autorisation d'utilisation ne pourra alors concerner que certaines techniques et finalités (article L 811-4 CSI), sur le fondement d'un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CNCTR.

Malgré des hésitations, cela ne concernera pas l'administration pénitentiaire¹. Si l'utilité d'une meilleure connaissance des comportements en prison pouvait motiver le renforcement des moyens de contrôle, cette évolution s'est heurtée à l'opposition de la ministre de la Justice. Selon elle, un développement du renseignement pénitentiaire aurait brouillé la distinction entre le ministère de l'Intérieur et celui de la Justice. Dès lors, les services compétents seront appelés à travailler conjointement avec l'administration pénitentiaire.

En revanche, l'élargissement devrait bénéficier au service central du renseignement territorial rattaché à la direction centrale de la sécurité publique, à la sous-direction à l'anticipation opérationnelle de la gendarmerie nationale et à la direction du renseignement de la préfecture de police de Paris.

Il est également normal de consolider l'action des services en garantissant l'anonymat des agents (article L 861-1 CSI). Même l'excuse pénale pour des actions commises vers l'extérieur à partir de la France (article 323-8 code pénal), et une protection juridique adaptée

¹ Elle dispose d'un état-major de sécurité (D. n° 2008-689 du 9 juillet 2008 relatif à l'organisation du ministère de la Justice et arrêté du 9 juillet 2008 fixant l'organisation en sous-directions de l'administration pénitentiaire) faisant déjà un peu de renseignement.

pour des faits commis hors du territoire (article L 862-1 CSI) ne soulèvent pas d'objection particulière.

Dans un autre registre, la loi a le mérite d'exposer les finalités justifiant une action de surveillance préventive. Elles sont normalement la première garantie contre d'éventuels errements. Même si les travaux parlementaires ont été marqués par la menace terroriste, les finalités poursuivies sont plus larges (article L 811-3 CSI) :

- l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ;
- les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ;
- les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ;
- la prévention du terrorisme ;
- la prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions, des violences collectives de nature à porter atteinte à la paix publique, de la reconstitution ou d'actions tendant au maintien de groupements dissous ;
- la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ;
- la prévention de la prolifération des armes de destruction massive.

L'une des finalités de la loi est de donner un cadre juridique à des moyens de surveillance nécessaires, pour certains anciens pour d'autres nouveaux.

B. L'encadrement des moyens de surveillance

La surveillance à des fins préventives n'est pas en soi condamnable surtout lorsqu'au nom du respect de la vie privée (ce qui comprend la protection des données personnelles), le principe de proportionnalité est censé en guider l'usage (article L 801-1 CSI).

L'intention du législateur est d'aller au-delà des interceptions de sécurité classiques, issues de la loi n° 91-646, et de l'accès aux données de connexion dans sa version issue de la LPM de 2013. Le droit suit les évolutions technologiques. Il s'adapte aussi aux pratiques de criminels maîtrisant les ressources offertes par les technologies de communication.

En ciblant un individu, les services pourront récupérer les données de connexion définies par l'article L 851-1 CSI (ex-article L 246-1 CSI dont la constitutionnalité a été confirmée par le Conseil constitutionnel¹). Elles peuvent être collectées, y compris en temps réel, en matière de prévention du terrorisme. A cela s'ajoute la localisation d'une personne

¹ DC, 2015-478, QPC du 24 juillet 2015.

identifiée comme une menace soit en temps réel, soit à partir de la reconstitution de ses déplacements (ce qui était déjà possible).

Encore plus attentatoires à la vie privée (mais comment pourrait-il en être autrement ?), les dispositifs de captation, de transmission et d'enregistrement d'images ou de parole dans des lieux privés ou des véhicules sont désormais accessibles aux services de renseignement.

Il n'est pas non plus choquant que, conformément aux engagements pris par le Gouvernement après les attentats de janvier 2015, la loi crée un fichier national automatisé des auteurs d'infractions terroristes (articles 706-25-3 et s. code de procédure pénale). Il leur est imposé de déclarer leur domicile tous les trois mois et leurs déplacements à l'étranger. De plus, les agents auront accès au fichier des antécédents judiciaires (article 234-4 CSI), dans la limite de leurs attributions et pour atteindre les objectifs de l'article L 811-3 (sauf les points 2 et 3 relatifs à la politique étrangère et aux intérêts économiques).

L'autre finalité de la loi est d'instaurer un contrôle externe sur l'activité des services de renseignement.

C. L'instauration des contrôles externes

Avant la loi de 2015, la France n'ignorait pas totalement le contrôle du renseignement. Avec la loi, elle tente de l'approfondir.

La délégation parlementaire au renseignement¹ (consolidée par la loi de programmation militaire – LPM- n° 2013-1168 du 18 décembre 2013) est centrée sur le contrôle de l'action du gouvernement en la matière. La création de l'inspection des services de renseignement (décret n° 2014-833 du 24 juillet 2014) relève, quant à elle, du seul contrôle interne.

D'un point de vue opérationnel et dans l'état antérieur du droit (loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie de communication électroniques et LPM), les interceptions de sécurité et la transmission en temps réel des données de connexion (exemple de la géolocalisation) relevaient de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) et du Groupement interministériel de contrôle placé auprès du Premier ministre (articles L 243-1 à 11 CSI). La procédure d'accès aux données de connexion (traces d'une connexion ou d'un appel) impliquait une « personnalité qualifiée » auprès du Premier ministre ou, déjà le Premier ministre seul (article L 246-3 CSI pour la géolocalisation en temps réel), et agissant sous le contrôle de la CNCIS.

La loi innove. En raison de la mise à l'écart du juge judiciaire en matière de police administrative, le texte privilégie la voie d'un contrôle mixte, car administratif en passant par

¹ Créée par la loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007 ; J.-J. URVOAS, J.-P. RAFFARIN, « L'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2014 », AN et Sénat, 18 décembre 2014.

l'intervention d'une autorité administrative indépendante (la CNCTR), et juridictionnel grâce à l'intervention du juge administratif.

La CNCTR se substituera à terme à la CNCIS (article 26 de la loi). La CNCTR ne dispose cependant pas du pouvoir d'autorisation puisque celui-ci appartient *in fine* au Premier ministre (article L 821-1 CSI). Par voie de conséquence, le juge est tenu à l'écart du déclenchement des pouvoirs de police administrative. Ainsi, l'opposition au texte résulte à la fois du recours à une nouvelle autorité indépendante au détriment du juge, et de la prise de décision par une autorité politique.

La voie suivie est cependant classique, ce que le Conseil constitutionnel a validé avec force (cons. 18 à 22). Le Premier ministre est l'autorité administrative de principe, seul détenteur du pouvoir de police administrative générale sur l'ensemble du territoire. Il est en charge de l'action du Gouvernement en matière de sécurité nationale (article L 1131-1 code de la défense). Sa capacité de décision n'a pas à être limitée par une procédure d'avis conforme, cette hypothèse ayant d'ailleurs été écartée dans la loi n° 91-646 sur les interceptions de sécurité.

Tout aussi classiquement, la CNCTR constitue, d'abord, une autorité collégiale. Cette forme est un progrès par rapport à la « personnalité qualifiée », en limitant les risques liés à l'avis d'un individu isolé. Ensuite, la loi lui accorde de réelles garanties d'indépendance, communes aux autorités de ce type (inamovibilité, règles d'incompatibilité, absence d'instruction...). Son président est d'ailleurs nommé par décret du Président de la République parmi l'un des membres du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Le Sénat a, en outre, réussi à rallier l'Assemblée et le gouvernement pour faire entrer la nomination dans le champ de l'article 13 § 5 de la Constitution¹.

En outre, sa composition de 9 membres (article L 831-1 CSI) rassure et ce d'autant plus qu'elle est le résultat d'un consensus au sein du Parlement. Elle garantit l'indépendance, le pluralisme et même la parité, en conciliant un contrôle technique et un contrôle parlementaire, sans atteinte à la séparation des pouvoirs, ce que craignait Monsieur Urvoas. La CNCTR comprend, en effet, deux Conseillers d'Etat (nommés par le Vice-président), deux magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation (nommés par le Premier président et le Procureur général), quatre parlementaires (deux députés et deux sénateurs), ainsi qu'une personnalité qualifiée nommée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Le nombre retenu a d'ailleurs été discuté en raison des lourdeurs en découlant alors que des autorités comparables en Europe sont moitié moins importantes.

En toute logique, tous les membres sont astreints au secret et habilités à accéder à des informations relevant du secret de la défense nationale, ce qui tempère les craintes relatives aux effets contreproductifs d'une recherche de transparence peu compatible avec le domaine d'intervention.

¹ Dans sa décision 2015-714 du 24 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a logiquement validé l'article unique de la proposition de loi organique 2015-911 du 24 juillet 2015.

Les prérogatives accordées à la CNCTR s'inscrivent, elles aussi, dans la continuité d'autres autorités indépendantes. Dorénavant, la CNCTR est compétente pour l'ensemble des pratiques de surveillance, conformément aux recommandations du Conseil d'Etat formulées dans son rapport annuel 2014 sur le *numérique et les droits fondamentaux*.

D'abord, elle exerce une forme de magistrature morale en répondant aux demandes d'avis du Premier ministre et de la délégation parlementaire au renseignement (article L 833-11 CSI), tout en rédigeant des rapports publics (article L 833-9 CSI). A ce sujet, les travaux parlementaires ont permis d'imposer des éléments précis de contenu du rapport annuel (nombre de demande d'autorisation présentées et accordées ; nombre de fois où le Premier ministre n'aura pas donné suite aux recommandations de la CNCTR ; nombre de recours à la procédure d'urgence ; nombre de saisine du Conseil d'Etat par la CNCTR) afin que la littérature produite soit réellement informative (article L 833-9 CSI). Parallèlement à la CNCTR, la délégation parlementaire au renseignement pourra entendre chaque semestre le Premier ministre sur l'application de la loi, ainsi que les personnes auxquelles il délèguera son pouvoir d'autorisation (article 21 de la loi).

Ensuite, si la CNCTR ne délivre pas d'avis conforme, elle peut néanmoins saisir le Conseil d'Etat. Dans les cas les plus attentatoires à la vie privée (surveillance dans un lieu privé à usage d'habitation), le gouvernement a opté pour une saisine du Conseil d'Etat par le Président de la CNCTR, un magistrat ou un Conseiller d'Etat, si le Premier ministre passe outre un avis défavorable de la CNCTR. Le Conseil statue dans un délai de 24 heures et, sauf cas de terrorisme, le Premier ministre attend sa réponse (article L 853-3-III CSI). Dans ces différentes hypothèses, la Commission sera invitée à présenter des observations lors de chaque recours intenté contre une mesure de surveillance (article L 773-3 code de justice administrative – CJA).

De plus, la CNCTR peut émettre une recommandation pour demander l'interruption d'une surveillance et la destruction des données associées (article L 833-6 CSI). En cas de désaccord, avec les suites données par le Premier ministre, trois membres de la CNCTR peuvent saisir le Conseil d'Etat. Sur ce point, la discussion parlementaire a fait évoluer le texte en direction d'un assouplissement des conditions de saisine (la majorité absolue était initialement prévue).

Afin d'avoir une vision exacte des pratiques, elle peut exiger du Premier ministre tous les éléments d'information, notamment tout ou partie des rapports de l'inspection des services de renseignement. Elle dispose d'un accès permanent et direct aux relevés de mise en œuvre des techniques de renseignement (article L 822-1 CSI), ou encore aux algorithmes et plus généralement aux données concernées, le tout étant géré par un service du Premier ministre (par exemple, article L 852-1 CSI), même si la nécessité, pour des raisons de sécurité d'avoir plusieurs centres de stockage compliquera le travail de contrôle. Elle est, d'ailleurs, habilitée à pénétrer dans les locaux dans lesquels sont centralisées les informations collectées et dans ceux des opérateurs de communication électronique dans lesquels sont mises en œuvre des techniques de renseignement (article L 871-4 CSI). Elle bénéficie aussi de l'expertise de l'ARCEP (article L 833-11 CSI). Parce que la transparence a aussi ses limites, elle n'a pas accès aux informations communiquées par des services étrangers ou par des organismes internationaux, ou qui pourrait lui permettre de connaître l'identité des sources.

L'intervention du juge administratif est l'autre possibilité pour contrôler les activités de renseignement (l'article R 311-1 CJA attribuait au Conseil d'Etat la compétence de contrôles des actes de la CNCIS). Les articles L 773-1 et s. CJA sont modifiés pour lui ouvrir la voie du plein contentieux.

Après quelques hésitations, une solution de compromis a été trouvée. Sans satisfaire les tenants de l'intervention du juge judiciaire, la loi améliore le contrôle juridictionnel. Une formation spécialisée est normalement compétente, sauf renvoi à la Section ou à l'Assemblée siégeant en formation restreinte dans des conditions précisées par décret en Conseil d'Etat. Ce choix est judicieux, car il garantit l'unité de la jurisprudence.

Tous les membres concernés sont habilités au secret de la défense nationale, ès qualités. Bien que conçu pour préserver leur indépendance à l'égard des services qui n'auront donc pas à enquêter sur eux, le nombre des personnes concernées aurait peut-être justifié une habilitation personnelle. Ils auront accès aux données conservées au-delà des durées imposées par la loi pour les besoins du contentieux (article L 822-2 II CSI).

Le juge administratif pourra être, théoriquement, saisi par tout citoyen.

S'il est possible de regretter la limitation apportée au respect du contradictoire, la particularité du sujet oblige à certaines concessions à l'origine d'une asymétrie, y compris dans l'accès aux pièces du dossier. Le requérant ne saura rien des éléments le concernant, et devra accorder sa confiance au juge qui aura un accès total aux informations (article L 773-2 CJA). Cette solution a été préférée à celle consistant à communiquer des éléments aux requérants, tout en limitant l'accès des juges aux données sensibles. L'encadrement de la publicité des audiences n'est, quant à elle, guère critiquable.

Le contentieux a trait aussi aux questions préjudicielles susceptibles d'être posées par d'autres juges. Conformément à l'article L. 841-1 CSI, le renvoi se fait à l'initiative de la juridiction saisie (éventuellement à la demande de l'une des parties). Le Conseil statue alors dans un délai d'un mois.

Si la loi est nécessaire, plusieurs aspects du texte sont discutables.

II. Une loi discutable

La loi relative au renseignement a été sévèrement critiquée, y compris par ceux qui connaissent bien les rouages de la surveillance comme en témoignent les prises de position, de Monsieur Jean-Marie Delarue, président de la CNCIS¹. Au-delà de son champ d'application (A), la loi prête à débats quant aux moyens susceptibles d'être mis en œuvre (B), et aux contrôles exercés (C).

¹ Voir le 23^e rapport, 2014-2015 de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

A. Quant à son champ d'application

Tous les services de renseignement devaient-ils être traités de la même façon alors qu'ils n'ont pas tous la même culture de l'enquête ? Il est compréhensible que les services civils (la DGSI, la douane et TRACFIN) disposent de moyens importants. En revanche, l'inclusion des services militaires (DRM et DPSD) et de la DGSE mérite attention. La DGSE n'a normalement pas vocation à intervenir sur le territoire national, cette compétence relevant de la DGSI.

Alors que le cas de la DPSD est plus compréhensible puisqu'elle protège notamment les industries de défense, celui de la DRM est à rapprocher de la DGSE.

Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'Etat écarte rapidement les possibles objections en se contentant de préciser que chaque service « ne pourra invoquer que des finalités entrant dans le champ de ses missions »¹, ce que la loi reprend à l'article L 811-3 CSI. Il reste à savoir comment ces dernières seront interprétées, alors que, selon la loi, les services agissent pour la « défense », et pour la « promotion » des intérêts fondamentaux de la Nation (article L 811-1 CSI).

Les finalités poursuivies par une surveillance sont plus nombreuses que celles antérieurement prévues à l'article L 241-2 CSI à propos des interceptions de sécurité.

La version définitive du texte essaie d'écarter les risques de redondance et d'interprétations abusives. Pourtant et sans que le Conseil constitutionnel ne trouve à y redire, les risques d'imprécision et, par voie de conséquence, d'abus ont donné lieu à des ajouts qui soulèvent d'autres interrogations. Par exemple, la « prévention des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique » fait craindre une surveillance liée à de simples manifestations. De même, quels seront « les intérêts majeurs » de la politique étrangère en sachant que ce qualificatif est nouveau, l'article 410-1 du code pénal se référant aux « intérêts fondamentaux de la Nation » et l'article L 241-2 CSI à des intérêts « essentiels » ? De tristes expériences de surveillance à des fins politiques dans un passé pas si lointain incitent à une certaine réserve. Dans ce même registre, le champ d'application de la criminalité et de la délinquance organisées est assez vaste pour susciter des demandes nombreuses.

Malgré une louable volonté de préciser les items retenus, seule leur interprétation permettra de savoir s'il en sera fait un usage restrictif ou extensif. Aux interrogations sur le champ d'application viennent s'ajouter celles sur les moyens ouverts aux services.

B. Quant aux moyens mis en œuvre

Le texte reflète la conciliation délicate entre une surveillance parfois indispensable et le respect des obligations constitutionnelles (article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme) autant que conventionnelles (conciliation entre l'ingérence et le droit au respect de

¹ CE, *Avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, n° 389.754, 12 mars 2015.

la vie privée prévu à l'article 8 CEDH). Le premier article du nouveau Livre VIII (L 801-1 CSI) et le rappel solennel des principes (en particulier celui de proportionnalité sur lequel insiste le Conseil constitutionnel, cons. 11, DC 2015-713) guidant l'action des services dans le respect de la liberté n'emporte pas la conviction des détracteurs du texte. Ils soulignent d'ailleurs que le caractère exceptionnel de la surveillance prévu pour les interceptions de sécurité dans la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie de communication électroniques, a disparu.

A l'inverse des techniques ciblées et à rebours des affirmations des promoteurs du texte, plusieurs techniques semblent favoriser une surveillance élargie malgré le blanc-seing donné par le Conseil constitutionnel. De surcroît, les capacités de captation de métadonnées sont quasiment aussi intrusives dans la vie privée que la transcription des échanges eux-mêmes. Elles sont d'ailleurs assimilées à des données personnelles permettant l'identification indirecte des individus.

Sur le fondement de l'article L 851-3 CSI et à la seule fin de lutter contre le terrorisme, le recours à des algorithmes pour analyser les données de connexion à l'internet a suscité, à juste titre, de nombreuses critiques. Cette technique (curieusement qualifiée de « boîte noire » ou sonde au début des travaux) ouvre la voie à une analyse automatisée de comportements sur l'internet pour faire émerger d'un flot de données une menace. La captation de signaux faibles pour leur exploitation implique de collecter très largement des informations. Les développements qui sont consacrés à ces capacités informatiques dans l'étude d'impact sont tellement limités qu'ils n'ont pas rassuré. Face à une méthode d'une grande complexité, les critiques se sont multipliées. En plus de l'intrusion massive dans la vie privée, elles ont porté sur les risques de fausses pistes et la difficulté de trier les données strictement nécessaires des autres. Le malaise à l'égard de cette technique est tel que son retrait du texte aurait été justifié. Son évaluation au plus tard le 30 juin 2018 (article 25) relève plutôt de la posture, tant les retours en arrière en matière de sécurité sont rares.

Les dispositifs techniques de captation de données téléphoniques par des balises portatives (appelé « IMSI catcher », article L 851-6 CSI) soulèvent des interrogations tout aussi sérieuses. Il est vrai qu'il s'agit de matériels portatifs de captation des données de connexion nécessaires à l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur. Quand les uns voient une technique circonscrite à un individu suspect, les autres relèvent la captation de données de tout un périmètre.

Dans ces différentes hypothèses, le principe de proportionnalité est-il réellement respecté ? La conviction du Conseil constitutionnel n'est pas partagée par tous.

Même les techniques ciblées auront un impact plus large. Sous l'influence des attentats de janvier 2015, la loi autorise les interceptions de sécurité pour des personnes appartenant à l'entourage d'une personne ciblée et susceptibles de fournir des informations. Le champ d'application des investigations devra, par voie de conséquence, être examiné avec vigilance (article L 852-1 CSI), alors que CNCIS, créée en 1991, avait tenté de le limiter. La référence à des « raisons sérieuses » de croire que la personne est concernée ouvre une grande marge de manœuvre.

En outre et globalement, il conviendra d'observer l'utilisation judiciaire qui sera faite des informations éventuellement transmises sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale.

Afin de ne pas entraver les investigations, la loi reprend (article L. 871-1 CSI) l'obligation imposée aux fournisseurs de prestations de cryptologie de remettre aux agents des services de renseignement les clés de déchiffrement. Par ailleurs, l'article L. 871-2 permet désormais aux autorités compétentes de « requérir » des opérateurs de communications électroniques les informations ou documents qui leur sont nécessaires pour la réalisation et l'exploitation des interceptions de sécurité autorisées par la loi, « dans les meilleurs délais ». Il va de soi que ces opérateurs ont l'obligation de ne pas divulguer la mise en œuvre d'une technique de renseignement (articles L 881-1 et 2 CSI). Comment d'éventuels lanceurs d'alerte vivront-ils cette situation ?

Dans ce contexte, une disposition peut présenter un intérêt second.

L'article L 561-26 du code monétaire et financier impose une nouvelle obligation à la charge des transporteurs routier, maritime, ferroviaire et aérien, ainsi qu'aux opérateurs de voyage. Ils doivent transmettre à TRACFIN, à sa demande, les informations relatives à l'identité, au déplacement et aux bagages des personnes transportées. Les transporteurs routiers ont l'obligation de recueillir l'identité des passagers et de la conserver pendant un an pour les voyages internationaux de plus de 250 km (article L 1631-4 code des transports). Destiné à mieux cerner les schémas de financement des activités terroristes et criminelles, l'utilité du dispositif interroge. Il suffira, par exemple, de partir d'une ville frontalière pour vider la mesure de son intérêt.

Le gouvernement a beaucoup insisté durant les débats parlementaires sur l'approfondissement des contrôles auxquels seront soumis les services de renseignement, présentés comme étant la contrepartie indispensable à l'accroissement de leurs prérogatives.

C. Quant aux contrôles exercés

Les détracteurs du texte ont ciblé leurs critiques sur deux aspects. D'une part, la tendance à recourir à une autorité indépendante conduirait à diluer les responsabilités et serait onéreuse. D'autre part, l'absence d'intervention d'un juge, si possible judiciaire, au regard des méthodes de surveillance intrusives serait inacceptable.

Si la première ne manque pas de fondement, la suivante est plus discutable. En effet, en interprétant plus strictement l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel¹ limite sa portée aux privations de liberté, ce qui conduit à écarter le juge judiciaire. Cela est parallèlement confirmé par la jurisprudence du Conseil sur le droit au respect de la vie privée.

¹ DC 2005-532 du 19 janvier 2006, loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles aux frontières ; DC 2014-450 QPC du 27 février 2014.

La vie privée n'étant plus rattachée à l'article 66 de la Constitution mais à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme, le juge judiciaire n'en est donc plus le garant exclusif¹.

Pour contourner les critiques relatives au choix d'une autorité administrative indépendante et celles sur l'absence de juge, le législateur aurait pu être plus imaginatif. Le juge administratif aurait été légitime à intervenir en amont de la décision de police administrative, seul ou en formation collégiale. Bien que sa proximité avec l'administration active soit parfois critiquée, y compris lorsqu'il intervient en référé-liberté, force est de constater qu'il a beaucoup évolué en donnant des gages d'une indépendance garantie par les textes. Cette voie n'a toutefois pas été sérieusement envisagée. Tout en simplifiant le dispositif, elle aurait pourtant permis d'aller un cran plus loin, en admettant qu'à des moyens aussi discutés devait s'appliquer un processus décisionnel novateur. Il aurait permis au juge administratif d'intervenir *a priori*, et pas seulement *a posteriori*, en se passant de l'intervention d'une autorité administrative même indépendante. La pratique dira si le compromis trouvé est satisfaisant.

L'utilité réelle de la CNCTR dépendra de sa capacité à rendre des avis négatifs et des suites données par le Premier ministre. Alors que la CNCIS était en général suivie, rien ne garantit qu'il en ira de même, comme rien ne garantit que la pratique ne variera pas d'un Premier ministre à l'autre. Il est par ailleurs dommage que la loi ne confère pas à l'autorité un véritable pouvoir décisionnel. Pourquoi ne pas l'avoir habilité à ordonner la destruction de données inutiles ou illégalement collectées ? Cela aurait crédibilisé son rôle.

Si des doutes ont également été émis sur la disponibilité des parlementaires, il leur reviendra de prouver leur implication dans le champ d'un contrôle très délicat et plus largement à la Commission de faire preuve de ses capacités techniques à appréhender les sujets soumis.

Quant aux moyens de la CNCTR, ils sont censés être consolidés par rapport à ceux de la CNCIS. Quand celle-ci comptait trois membres et disposait de quatre agents à temps plein, la CNCTR reprendra les effectifs de la précédente et bénéficiera de ceux qui étaient octroyés à la « personnalité qualifiée ». La prudence s'impose cependant. Avant sa censure par le Conseil constitutionnel en raison de l'empiètement sur le domaine de la loi de finances, l'article L 832-4 CSI garantissait théoriquement les moyens de la CNCTR. Il était pourtant déjà possible de s'interroger sur ses capacités financières, techniques et humaines d'accomplir ses missions. Les craintes sont encore plus fortes après la censure, même si le législateur pourra aisément voter une disposition comparable. Les ressources octroyées permettront-elles réellement à la CNCTR de travailler sereinement, surtout si les demandes sont nombreuses ? Dans son rapport pour l'Assemblée nationale, Monsieur Urvoas a exprimé sa conscience du risque en soulignant la faiblesse de l'étude d'impact sur ce sujet². Parce que les autorités indépendantes ne le sont pas budgétairement, un gouvernement pourra être tenté de réduire les capacités d'action de la CNCTR en réduisant son budget.

¹ V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2015, n° 48, p. 7.

² Rapport n° 2269, 2 avril 2015, p. 39.

En s'inspirant de la procédure qui était suivie par la CNCIS et conformément au principe de prévisibilité de la loi, le législateur a créé une procédure unique de droit commun, une procédure renforcée, une procédure d'urgence et une procédure spécifique pour les communications internationales.

La procédure de droit commun permettant à un agent individuellement désigné et habilité d'agir (article L 821-1 et s. CSI) repose sur une consultation de la CNCTR. Elle est le préalable à l'autorisation délivrée par le Premier ministre en réponse à une demande motivée d'un service et transmise par le ministre de tutelle ou un collaborateur direct habilité au secret de défense nationale (article L 821-2 CSI). Malgré une demande formulée par Monsieur Urvoas en Commission mixte paritaire, la dispense de consultation de la CNCTR pour la surveillance d'une personne (française ou étrangère) ne résidant pas habituellement en France a été écartée. Il aurait été regrettable de créer de la sorte un dispositif à deux vitesses, tout en tenant un discours sur le renforcement des droits, même si, juridiquement, la rupture du principe d'égalité pouvait se discuter.

En contrôlant la proportionnalité de la mesure de surveillance demandée aux circonstances, la CNCTR éclairera l'autorité politique dans un délai de 24 heures. Pour des raisons pratiques et en l'absence de difficulté, l'avis peut être donné par un seul membre de la Commission (magistrat ou Conseiller d'Etat). Cette façon de procéder nécessitera de fixer des lignes directrices afin d'éviter les divergences d'appréciation. En cas de doute, le collège peut être réuni et rend alors son avis dans un délai de trois jours. Dans les deux cas, les délais fixés paraissent compatibles avec les nécessités de l'action.

Sans doute dans ce but, le silence gardé vaut acceptation (article L 821-3 CSI). Pour des décisions lourdes de conséquences pour les libertés, une réponse explicite aurait été préférable et plus conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce que même celui-ci semble avoir oublié. Au nom des risques pour les libertés, il avait, en effet, censuré une disposition de la loi n° 1995-73 d'orientation et de programmation relative à la sécurité qui assimilait le silence à une acceptation pour l'installation de caméras de vidéosurveillance¹.

Sur le fondement de l'article L 821-4 CSI, le Premier ministre accorde en principe une autorisation motivée et circonstanciée, pour une durée maximale de 4 mois, renouvelable dans les mêmes conditions que la délivrance initiale. Les demandes et les autorisations délivrées sont archivées dans un registre centralisé au nom d'un principe de traçabilité et pour faciliter les contrôles de la CNCTR.

La procédure renforcée concerne les atteintes les plus marquées à la vie privée.

Il s'agit, d'une part, des algorithmes et des balises de captation des données d'appel à partir de téléphones portables. Les algorithmes (article L 851-3 CSI) sont employés uniquement pour la prévention du terrorisme. Tout en insistant le respect du principe de proportionnalité, la loi limite l'autorisation à une durée de 2 mois renouvelable. Les paramètres retenus doivent être explicités, ce qui renforce la motivation. En outre, ils ne sont pas conçus pour l'identification immédiate des personnes. Seule une autorisation du Premier

¹ DC 18 janvier 1995, *RFDC* 1995, p. 362, note FAVOREU.

ministre, après avis de la CNCTR ouvrira cette faculté. Dans ce cas, l'exploitation des données avant destruction doit se faire dans un délai de 60 jours à compter du recueil, sauf en cas de confirmation d'une menace terroriste. Les balises IMSI (article L 851-6 CSI) font, quant à elles, l'objet d'une limitation pour les utilisations simultanées, et d'un registre spécial. Les informations recueillies (terminal utilisé, numéro d'abonnement, données de géolocalisation) sont conservées 90 jours et centralisées par un service du Premier ministre. Alors que la version initiale du projet était plus protectrice des libertés, le champ du procédé a été étendu au-delà du terrorisme pour offrir davantage de flexibilité aux services. En revanche, comme pour les interceptions de sécurité (article L 852-1, VI CSI), le nombre d'appareils utilisés simultanément est contingenté par le Premier ministre (article L 851-6 IV CSI).

Le renforcement de la procédure s'applique, d'autre part, à la sonorisation de lieux et véhicules, ainsi qu'à la captation d'images et de données informatiques (articles L 853-1 et s. CSI). Sous la pression des parlementaires, ces procédés exigent un avis exprès de la CNCTR en formation collégiale et sont limités à 30 jours d'utilisation (renouvelable) pour la sonorisation de locaux et à 2 mois pour les ordinateurs (article L 853-2 II CSI). En tout état de cause, l'incapacité d'agir autrement doit les justifier (article L 853-3 CSI), ce qui oblige à un effort de motivation.

La procédure d'urgence devait se dédoubler en urgence absolue et en urgence opérationnelle avant la censure de cette dernière par le Conseil constitutionnel. L'invocation de l'urgence doit, en tout état de cause, être exceptionnelle.

En cas d'urgence absolue (article L 821-5 CSI) applicable à la préservation de l'indépendance nationale, à la lutte contre le terrorisme et à la prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions, l'avis de la CNCTR n'est pas requis. Le Premier ministre donne son autorisation, et informe immédiatement la CNCTR dans les 24 heures. La CNCTR pourra alors se prononcer *a posteriori*, et recommander l'interruption de la mesure, voire saisir le Conseil d'État. Malgré sa mise à l'écart concernant les algorithmes (article L 851-3, V CSI), cette procédure ne dissipe pas totalement un sentiment de gêne en raison de la comparaison avec les pratiques de la CNCIS qui était capable de se prononcer à très bref délai.

En cas d'urgence opérationnelle (initialement prévue par l'article L 821-6 et applicable au balisage d'un véhicule et à l'accès aux données de connexion en temps réel y compris par ISMI), l'action des services ne devait pas être entravée par une procédure trop lourde. « De manière exceptionnelle », l'autorisation du Premier ministre aurait donc été délivrée après déclenchement par un agent individuellement désigné et habilité. Le Premier ministre et la CNCTR auraient été informés sans délai de l'usage de la technique et de ce qui la motivait. Après avis de la CNCTR, le chef du gouvernement aurait pu en prolonger la mise en œuvre dans un délai de 48 heures ou imposer son retrait et la destruction des données collectées. Ces éléments de procédure n'ont pas été jugés suffisants par les Sages qui ont détecté, pour une fois, une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et au secret des correspondances (cons. 29).

Dans le cas de professions protégées, des garanties spécifiques sont prévues. Les

avocats, les magistrats, les journalistes et les parlementaires sont exclus de ces procédures (article L 821-7 CSI), sauf s'il existe une raison de penser qu'ils servent de « couverture » à une opération criminelle. Dans ce cas, la CNCTR devra rendre un avis exprès, en formation plénière et être informée du résultat des transcriptions. La surveillance d'un lieu privé à usage d'habitation est également exclue de l'urgence, en exigeant un avis de la CNCTR.

Enfin, un régime particulier défini par un décret en Conseil d'Etat après avis de la CNCTR (article L 854-1 CSI) devait s'appliquer aux communications étrangères se rattachant à la France. Cette disposition semblait renvoyer au fonctionnement de la plateforme nationale de cryptage et de décryptement¹ (PNCD) gérée par la DGSE. Des doutes ont émergé à propos de sa possible mutualisation avec les autres services de renseignement, ce que le Premier ministre a fermement démenti, notamment à l'Assemblée nationale, le 13 avril 2015. En tout état de cause, la disposition visée a soulevé la question de la collecte de données personnelles françaises par un service supposé travailler sur des éléments étrangers et qui de surcroît échangerait des données avec des services de renseignement étrangers.

Le Conseil constitutionnel a tranché en faveur de la censure en considérant que la loi ne définissait pas les garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (cons. 78). Mais, ce faisant, il laisse aussi perdurer un vide juridique préoccupant².

Le contrôle juridictionnel n'est pas non plus exempt d'interrogations.

La saisine du juge par un individu nécessitera une bonne dose de détermination. Car, non seulement il devra saisir préalablement la CNCTR (article L 833-4 CSI), mais surtout il devra suspecter une surveillance par nature secrète et avoir un intérêt à agir (*quid* des homonymes par exemple ?). En la matière, la mise à l'écart des associations interroge (article L 841-1 CSI). Dans d'autres domaines, elles ont démontré leur capacité à approfondir le contrôle juridictionnel là où des individus hésitent souvent à agir.

En outre, comment le temps du juge administratif se conciliera avec celui d'une action de surveillance ? Si le référé est prévu (article 311-4-1 CJA), le plein contentieux paraît décalé par rapport aux enjeux. Le législateur n'a pas forcé son imagination pour adapter la procédure à une situation particulière, en fixant, par exemple, un délai maximum pour rendre la décision. Quant à l'action en indemnisation, il sera intéressant d'observer l'évaluation des préjudices...

En complément des initiatives prises par la CNCTR et sous l'impulsion du député Urvoas, les agents des services de renseignement se sont vus accorder la possibilité de revendiquer le statut de lanceur d'alerte (article L 861-3 CSI). En cas de violation des règles, la CNCTR saisira le juge pénal conformément à l'article 40 ou le Conseil d'Etat, à condition d'avoir des éléments assez solides.

Or, il est loin d'être évident que les personnels disposent des moyens de prouver leurs allégations en étant tenus par les règles du secret de la défense nationale. Le travail

¹ Voir *Le Monde*, 11 avril 2015.

² Voir B. FAUVARQUE-CAUSSON, « Les données et la loi française » in *23^{ème} rapport de la CNCIS*, p. 43.

parlementaire s'est heurté aux réticences du gouvernement et n'a pas permis d'accorder des garanties plus solides. Dans ces conditions, les agents seront peut être tentés de procéder de manière plus radicale pour dénoncer des pratiques illégales. Par ailleurs, comment le principe d'obéissance hiérarchique, très fort dans les services concernés, évoluera-t-il ?

Les résultats de la surveillance sont, aux aussi, encadrés (articles L 822-1 et s.). Outre les relevés de mise en œuvre d'une technique centralisés par le Premier ministre, la durée de conservation varie selon la nature des informations collectées (30 jours pour les interceptions de correspondance à quatre ans pour les données de connexion, voire plus pour les données liées à des cyber-attaques et les données cryptées). Si les parlementaires ont été tentés de computer les délais à partir de leur exploitation, ils sont revenus à davantage de sagesse en retenant comme point de départ le recueil. Malgré les doutes, le Conseil constitutionnel n'a vu aucune disproportion dans les délais de conservation des informations recueillies. Des juges, européens, seraient-ils du même avis¹ ?

Au final, il va se constituer un vaste réseau de données collectées, circulant entre les services spécialisés, voire au-delà (article L 863-2 CSI). Dans le contexte de la multiplication des départs de djihadistes à l'étranger, il a en effet paru judicieux d'établir des contacts en particulier avec les services sociaux dans des conditions précisées par décret en Conseil d'Etat.

L'incapacité, souvent dénoncée, de l'Etat à gérer ses fichiers incite à la prudence quant au suivi efficace de toutes ces données. Pour certains, la crainte est accentuée par la mise à l'écart de la Commission nationale informatique et libertés des fichiers (CNIL). L'association de la CNIL à l'élaboration du décret sur l'organisation du service du Premier ministre chargé de recueillir les informations ou documents n'est qu'une timide avancée obtenue par le Sénat (article L 851-1 b) CSI). Devait-il en être autrement ? Pas forcément, si l'on considère que la CNIL est déjà très sollicitée et que la CNTCR est justement créée pour contrôler.

Avec la loi sur le renseignement, la France se veut exemplaire tout en développant des méthodes de surveillance préventive. L'évaluation du texte à 5 ans rouvrira les débats (article 27 de la loi), sans assurer une amélioration des garanties des libertés. L'obsession sécuritaire annihile facilement le courage politique de reconnaître ses erreurs.

Il ne faudrait pourtant pas que l'application de la loi confirme les craintes de ses détracteurs, ignorées par le Conseil constitutionnel. Car, dans ces conditions, d'une loi discutable, elle deviendrait une loi inacceptable.

¹ Par exemple, CJUE, 8 avr. 2014, aff. C-293/12 et C-594/12, *RTDE* 2015, p. 117, note Sylvie PERROU ; CEDH, 18 sept. 2014, *Brunet c/ France*. – N. HERVIEU, « Le fichage policier sous les fourches caudines européennes », *RDH* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 19 septembre 2014, [Http://revdh.revues.org/879](http://revdh.revues.org/879).

Eloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹

Mustapha AFROUKH,

Maître de conférences à l'Université de
Montpellier (IDEDH – EA 3976)

On oppose souvent le juge à la lutte contre le terrorisme. Depuis les attentats de Paris de janvier 2015, le débat sur la réponse à apporter au terrorisme a été ainsi singulièrement marqué par une réactivité excessive du processus politique focalisée sur la « *culpabilité européenne* » pour mieux « *garder dans l'ombre les défaillances nationales* »². Preuve de ce contexte délétère, la proposition de résolution présentée par des députés de l'opposition le 18 février 2015 qui affirme que les juges européens se sont arrogés « *la possibilité d'octroyer des droits en bafouant des dispositions démocratiquement établies et en détournant les principes du droit en faveur du terrorisme contre l'impératif de sécurité nationale des États* »³. Somme toute, la Cour en serait venue à priver abusivement les Etats des moyens de lutter efficacement contre le terrorisme. On peut se trouver quelque peu déconcerté par une vision aussi partielle et partiale de la jurisprudence européenne⁴. L'idée véhiculée est que dans un domaine aussi sensible, la souveraineté doit l'emporter sur l'intervention du juge, *a fortiori* d'un juge supranational. Peut-on se satisfaire de cette présentation ? A l'évidence, la réponse est négative. Le thème proposé nous invite au contraire à concilier, rapprocher lutte contre le terrorisme et intervention du juge.

Plus précisément, il s'agit de s'arrêter ici sur la manière dont la Cour appréhende la question de l'éloignement des étrangers terroristes⁵ mais dans un cadre bien défini, celui de l'article 3 de la Convention européenne qui indique que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Il est important, à ce stade, de

¹ Cette communication reprend certaines analyses développées dans un article co-écrit avec H. HURPY à la *Revue électronique des droits et libertés fondamentaux*, « Éloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », 2015, chron. n°11.

² H. LABAYLE, « Réponses au terrorisme après les attentats de Paris : le syndrome du réverbère », <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/19/cooperation-judiciaire-penale/reponses-au-terrorisme-apres-les-attentats-de-paris-le-syndrome-du-reverbere/>

³ Proposition de résolution invitant le Gouvernement à *renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme*, 18 février 2015.

⁴ La Cour ne souligne-t-elle pas constamment les difficultés que rencontrent les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste que le fait qu'ils ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux.

⁵ On désigne par « *étrangers terroristes* » les étrangers soupçonnés de participer à des activités terroristes ou déjà condamnés pour de tels actes.

rappeler la singularité de cette disposition dans le corpus européen des droits de l'homme : elle garantit un droit absolu et intangible hostile *prima facie* à tout contrôle de proportionnalité ou de mise en balance. La Cour tire prétexte de ce régime si particulier pour souligner la prééminence de l'article 3 en tant que « *valeur fondamentale des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* »¹. Cependant, la lettre de la Convention ne nous renseigne guère sur son applicabilité dans le domaine du droit des étrangers. En effet, le texte initial de la Convention était silencieux sur ce point. Aussi, soucieuse d'effectivité, la Cour a développé une jurisprudence audacieuse et particulièrement constructive pour combler ce vide juridique. On songe évidemment au mécanisme de la "protection par ricochet" qui permet d'étendre la protection de certains droits et libertés à des situations non visées par la Convention. Alors que le droit à ne pas être expulsé ou extradé ne figure pas comme tel au nombre des droits et libertés garantis par la Convention, il est établi depuis l'important arrêt *Soering* que des risques réels et sérieux de traitements contraires à l'article 3 dans l'État de destination rendent l'exécution de la mesure d'éloignement² constitutive d'une violation de la Convention³. *A contrario*, cela reviendrait à méconnaître, aux yeux de la Cour, « *les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule* »⁴.

L'originalité de cette jurisprudence est double : d'abord, elle conduit le juge européen à se prononcer sur une violation virtuelle de la Convention. Comme l'a fort justement souligné Jennifer Marchand, « *on suppose le risque d'une future violation de l'article 3 [...]. Si la Cour retient la violation avant même qu'elle se réalise – dès lors que l'expulsion n'a pas été mise en œuvre – l'atteinte aux droits garantis n'en apparaît pas moins réelle* »⁵. Tout bien considéré, pèse sur les Etats une obligation de prévenir les violations de l'article 3 en cas d'éloignement d'un étranger. Ensuite et surtout, la jurisprudence *Soering* confère à l'article 3 une portée extra-territoriale de la Convention en ce que le juge européen est nécessairement amené à « *apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences [de la Convention]* »⁶. A rebours de ce que suggèrent certaines analyses doctrinales, cet effet extra-territorial ne bénéficie pas à toutes les dispositions de la Convention, loin s'en faut. La Cour est ainsi venue affirmer, dans un *dictum* trop peu connu, que « *si l'expulsion de personnes qui risquent de subir un traitement contraire aux articles 2 et 3 peut engager la responsabilité des États contractants, vu l'importance fondamentale de ces dispositions, de telles*

¹ CEDH, GC, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, § 88 : extradition du requérant vers les Etats-Unis où il serait exposé au "syndrome du couloir de la mort" ("death row phenomenon").

² L'acte d'éloignement s'entend de manière très générale loin de toute considération formaliste (extradition, expulsion, refoulement). Ce pragmatisme de la démarche de la Cour peut être illustrée par l'arrêt *El Masri c. Ex-République Yougoslave de Macédoine* dans lequel on lit que le scénario *Soering* s'applique à une mesure de « *remise extraordinaire* » définie comme « *le transfert extrajudiciaire d'une personne de la juridiction ou du territoire d'un État à ceux d'un autre État, à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire, la mesure impliquant un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants* » (GC, 13 décembre, 2012, § 221).

³ On fera cependant remarquer que cette solution n'a rien de novateur comme le démontre l'article 3.1 de la Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984 : « *Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradecera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* ».

⁴ CEDH, GC, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, § 88.

⁵ J. Marchand, « Prévention et dissuasion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2014, p. 1150.

⁶ CEDH, GC, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, § 91.

considérations impérieuses ne s'appliquent pas automatiquement sous l'angle des autres dispositions de la Convention. D'un point de vue purement pratique, on ne peut exiger qu'un État contractant qui procède à une expulsion ne renvoie un étranger que vers un pays qui respecte pleinement et effectivement l'ensemble des droits et libertés énoncés dans la Convention »¹. D'ailleurs, de son côté, la Cour de justice de l'Union européenne reprend à son compte ce refus, justifié selon nous, d'exporter l'ensemble des droits et libertés garantis par la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne².

Le problème de l'éloignement des étrangers liés à des organisations terroristes surgit dans ce contexte bien précis d'un mouvement d'extension des obligations pesant sur les États. Depuis l'arrêt *Soering*, les États se sont accoutumés à souligner quasi-systématiquement l'inadaptation de cette jurisprudence au terrorisme contemporain. Jamais avare d'arguments, parfois même les plus désespérants, ces derniers suggèrent notamment de ménager un juste équilibre entre le risque encouru par le requérant de subir des traitements contraires à l'article 3 en cas d'éloignement et le danger qu'il représente pour la sécurité nationale. Or, il faut savoir gré à la Cour d'avoir fait montre d'un certain courage et ne pas avoir succombé aux *sirènes* de la relativisation de la protection requise par l'article 3 (I). Par voie de conséquence, puisqu'aucun régime spécifique n'est admis ici en matière d'éloignement des étrangers terroristes, les États parties restent soumis aux standards habituels de protection de l'article 3 (II).

I. L'attachement ferme de la Cour européenne au caractère absolu de l'article 3

La fermeté avec laquelle la Cour réaffirme le caractère absolu de l'article 3 n'a d'égal que l'opiniâtreté montrée par certains États pour demander un assouplissement de ce principe. Très tôt, la question s'est posée de savoir si le caractère absolu de l'article 3 était également applicable dans le domaine de l'éloignement des étrangers (B). Une telle incertitude tient à une incompréhension quant à la nature du droit protégé par l'article 3 : un droit absolu mais qui fait l'objet d'une appréciation relative (A).

¹ CEDH, Déc. 22 juin 2004, *F. c. Royaume-Uni*, (AJDA, 2005, p. 548, chron. J.-F. FLAUSS) qui portait sur l'article 8 de la Convention. Adde CEDH, Déc. 28 février 2006, *Z. et T. c. Royaume-Uni*, qui refuse également de conférer une portée extra-territoriale à la liberté de religion protégée par l'article 9. Selon F. TULKENS, « *lorsque l'État tiers n'est lui-même pas partie à la Convention, seules les violations du noyau dur des droits et libertés conventionnels commises par celui-ci sont susceptibles d'engager la responsabilité des États membres* » (« Postface », in E. BRIBOSIA, L. HENNEBEL (dir.), *Classer les Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 390).

² Voir CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor immigratie en Asiel / X, Y et Z. / Minister voor immigratie en Asiel*, aff. jointes C-199 à 201/12, pt. 53 : « *toute violation des droits fondamentaux d'un demandeur asile homosexuel n'atteindra pas nécessairement [le niveau de gravité requis par l'article 9 de la directive 2004/83]* », RAE/LEA, 2013, p. 835, nos obs.

A. Un droit relativement absolu ou absolument relatif¹ ?

Dans le cadre de l'article 3, « *la Cour n'a (...), si l'on peut dire, qu'à vérifier si [ce droit a été méconnu]* »². Contrairement aux droits protégés par les articles 8 à 11, l'atteinte à l'article 3 implique nécessairement sa violation. Elle ne peut pas être justifiée. Cela suppose néanmoins pour le juge d'apprécier au préalable si l'acte dénoncé constitue une torture ou un traitement inhumain et dégradant.

Or, il est bien connu qu'un « *mauvais traitement (...) doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3* » et que l'« *appréciation de ce minimum est relative par essence* ». Dès lors que l'appréciation du seuil de gravité exigé est « *relative par essence* » - dépendant de « *l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime* » -, comment éviter une remise en cause de l'absoluité de l'article 3 ? Le Professeur Muzny propose une grille d'analyse intéressante pour comprendre l'articulation entre ces deux logiques *a priori* antinomiques. Il considère, en effet, « *qu'avant même de déterminer la signification prescriptive de la norme, il faut en connaître la signification descriptive, celle qui permet de savoir si les faits de la cause relèvent du champ d'application de la disposition choisie* » précisant aussi que « *l'absoluité de la signification prescriptive ne préjuge pas de celle descriptive* »³. Ayant posé cette distinction, l'auteur en tire les conséquences quant à l'application du principe de proportionnalité : si « *la proportionnalité est insusceptible de s'appliquer* » au stade de la signification prescriptive, elle peut s'introduire au niveau de la signification descriptive.

Voilà donc que la proportionnalité est acceptée comme un mal nécessaire dans le cadre de l'article 3 avec une réserve néanmoins : « *ne font pas partie [de cette appréciation relative] les paramètres extrinsèques qui sont étrangers aux mauvais traitements eux-mêmes, en ce qu'ils tiennent au contexte politique, voire socio-économique, dans lequel s'inscrivent les sévices* »⁴. Le juge ne peut prendre en considération que des éléments objectifs qui ont entouré les mauvais traitements. Ce qui n'est pas le cas de l'argument relatif aux difficultés rencontrées par un Etat pour lutter contre le terrorisme, ou de celui tenant à la gravité de l'infraction commise par la personne victime de mauvais traitements. Protégeant un droit absolu, l'article 3 s'applique quels que soient les agissements de la victime et même en période de troubles.

¹ Pour reprendre le titre d'une étude de J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : une norme relativement absolue ou absolument relative? », in *Liber Amicorum* Marc-André EISSEN, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 13.

² J.-P. COSTA, « Le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme », in O. PFERSMANN, G. TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 126.

³ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, p. 265. Adde D. SYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, p. 447.

⁴ M. VERDUSSEN, « La prohibition absolue des traitements intrinsèquement cruels, inhumains et dégradants », in S. MARCUS-HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Université catholique de Louvain, Academia/Bruylant, 1999, p. 89.

Pourtant, dans le domaine de l'éloignement des étrangers terroristes, les Etats ne cessent de demander la possibilité de mettre en balance le risque encouru par le requérant de subir des traitements contraires à l'article 3 en cas d'éloignement et le danger qu'il représente pour la sécurité nationale.

B. Un attachement sans cesse mis à l'épreuve

Même s'il ne concernait pas l'éloignement d'un étranger terroriste, l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* peut servir de point de départ à l'analyse. Il permet de comprendre les raisons pour lesquelles certains Etats vont jouer la carte de la relativisation de l'article 3.

La Cour y affirme que « *le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention. ... Ces considérations doivent figurer parmi les éléments à prendre en compte pour interpréter et appliquer, en matière d'extradition, les notions de peine ou traitement inhumain ou dégradant* »¹, « *l'existence, en l'espèce, d'un autre moyen d'atteindre le but légitime de l'extradition [la possibilité d'une extradition vers la République fédérale d'Allemagne] sans entraîner pour autant des souffrances d'une intensité ou durée aussi exceptionnelles, représente une considération pertinente supplémentaire* »².

Pareille assertion peut dérouter dans la mesure où elle revient à admettre qu'une atteinte à l'article 3 puisse être compatible avec la Convention si elle s'avère proportionnée à un but légitime. Il n'en fallait pas plus pour que quelques années plus tard, le Royaume-Uni utilise ces passages de l'arrêt *Soering* pour suggérer à la Cour de prendre en compte « *dans ce genre de situation, divers facteurs en considération, notamment le danger que la personne en question représente pour la sécurité du pays hôte* »³. Faisant flèche de tout bois, le gouvernement britannique est même allé jusqu'à soutenir que « *l'article 3 comporterait une restriction implicite permettant à un Etat contractant d'expulser un individu vers un pays, même en cas de risque réel de mauvais traitements, lorsque cette expulsion est nécessaire pour protéger la sécurité nationale* »⁴ !

En réponse, la Cour balaye d'un revers de main cette interprétation en énonçant que « *même en tenant compte [des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste], la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime* »⁵. C'est dire combien l'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est toute aussi absolue en matière d'éloignement⁶. Contrairement à une idée reçue, cette position n'a pas emporté une adhésion unanime au sein

¹ CEDH, GC, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, § 89.

² *Ibid.*, § 111.

³ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, § 76 : expulsion du requérant, sympathisant de la cause sikh et soupçonné de terrorisme, vers l'Inde.

⁴ *Ibid.*, § 76.

⁵ *Ibid.*, § 79.

⁶ *Ibid.*, § 80.

de la Cour. L'arrêt *Chahal* a ainsi déclenché une salve de critiques des juges dissidents qui ont souligné la nécessité de distinguer application territoriale et extraterritoriale de l'article. En ce qui concerne cette seconde situation, ils estiment qu'un Etat contractant qui envisage d'expulser une personne de son territoire vers celui d'un autre Etat doit pouvoir mettre en balance, « *d'une part, la nature de la menace que cette personne représenterait pour la sécurité nationale si elle restait dans ce pays et, d'autre part, la gravité du risque potentiel de mauvais traitements qu'elle courrait dans le pays de destination* »¹.

L'aversion que la Cour éprouve à l'égard d'une relativisation du caractère absolu de l'article 3, a été confirmée par la formation la plus solennelle dans l'arrêt *Saadi c. Italie* relatif au renvoi vers la Tunisie d'un étranger lié à une organisation terroriste. Elle prend alors soin d'écarter l'ensemble des arguments avancés par le gouvernement britannique agissant en tant que tiers intervenant et soutenu par l'Etat défendeur. Tout en reconnaissant « *l'ampleur du danger que représente aujourd'hui le terrorisme et la menace qu'il fait peser sur la collectivité* »², le juge européen oppose son refus de mettre en balance le droit du requérant à ne pas subir des mauvais traitements et la préservation de la vie de la population protégée par l'article 2. Aussi fondamental que soit le droit à la vie, l'Etat est toujours tenu de respecter les droits énoncés à l'article 3 y compris à l'égard d'un étranger terroriste relevant de sa juridiction. Les mesures adoptées pour préserver la vie de la population ne peuvent être légitimées que si elles s'inscrivent dans le respect de cette obligation. Ainsi que l'écrit le juge Myjer, « *la défense des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est avant tout une question de défense de nos valeurs, même à l'égard de ceux qui peuvent chercher à les détruire* ».

En définitive, les pressions régulières des États n'ont finalement pas fait mouche, quoi qu'une affaire récente - trop peu remarquée - a pu donner l'impression que la Cour était apparemment disposée à prêter davantage d'égards aux préoccupations étatiques en cas d'éloignement d'un étranger terroriste vers un Etat tiers. En effet, il ressort de la décision *Babar Ahmad et a. c. Royaume-Uni* qu'un « *traitement susceptible d'être contraire à l'article 3 à raison d'une action ou d'une omission d'un Etat contractant pourrait ne pas atteindre le seuil minimum de gravité requis pour qu'il y ait violation de l'article 3 dans une affaire d'expulsion ou d'extradition* »³. Autrement dit, le seuil de gravité de l'article 3 est plus élevé dans un contexte extraterritorial⁴. D'ailleurs, en l'espèce, aucune violation de l'article 3 n'a été constatée. S'agissant du risque de condamnation à une peine d'emprisonnement à vie, la Cour juge que la peine n'est pas totalement disproportionnée eu égard à la gravité des infractions en cause. L'arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014 récuse néanmoins toute idée de modulation de la protection offerte par l'article 3 selon la localisation des mauvais traitements. Aussi, « *la circonstance que les mauvais traitements seraient le fait d'un Etat*

¹ Opinion partiellement dissidente commune aux juges Gölcüklü, Matscher, Freeland, Baka, Mifsud Bonnici, Gotchev et Levits.

² CEDH (GC), 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, § 137.

³ CEDH, 6 juillet 2010, déc. *Babar Ahmad et a. c. Royaume-Uni*, § 177.

⁴ Le renvoi à la jurisprudence *N. c. Royaume-Uni* (sur le renvoi des étrangers malades) a de quoi inquiéter dans la mesure où la Cour y fait preuve d'une très grande retenue perceptible notamment à travers le critère de « *considérations humanitaires impérieuses* ».

tiers à la Convention n'entre pas en considération »¹ dans l'appréciation du seuil de gravité. Pareil rappel mérite d'être approuvé.

Sous l'angle pratique, la conséquence immédiate de ce refus d'admettre un régime spécifique pour les étrangers terroristes est l'application des standards habituels du régime de protection de l'article 3 de la Convention européenne.

II. L'application des standards habituels du régime de protection de l'article 3

L'éloignement des étrangers liés à des organisations terroristes n'obéit à aucun régime particulier. Tant l'appréciation des mauvais traitements (A) que le recours aux mesures provisoires (B) illustrent la volonté du juge européen d'appliquer les mêmes garanties à toutes les personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. Rien que de très classique donc dans le raisonnement de la Cour.

A. L'absence « d'exception-terroriste » dans le recours aux mesures provisoires

L'une des critiques principales adressées à la Cour concerne son activisme judiciaire sur la question des mesures provisoires.

Comme on le sait, par un « *coup de force* »² judiciaire, le juge européen a décidé dans l'arrêt *Mamatkulov* que les mesures provisoires qu'elle indique à l'État, sur le fondement de l'article 39 de son Règlement intérieur, ont un caractère obligatoire et que leur non-respect s'analyse comme une entrave à l'efficacité du droit de recours individuel considéré comme la « *clef de voûte* »³ du système européen de protection des droits de l'homme. Se matérialise, ce faisant, une véritable interaction entre le droit recours individuel prévu à l'article 34 et l'article 39 du règlement de la Cour si bien que « *l'interprétation de la portée des mesures provisoires ne peut être dissociée de la procédure au cours de laquelle elles sont prévues et de la décision sur le fond qu'elles visent à protéger* »⁴. Concrètement, la Cour peut indiquer à l'État mis en cause de ne pas exécuter la mesure d'éloignement jusqu'à l'issue de la procédure devant elle. Il s'agit alors de maintenir le « *statu quo* »⁵ en empêchant la survenance d'un risque réel de créer un dommage irréparable. En l'absence d'un obstacle objectif, l'État est dans l'obligation de respecter la mesure provisoire indiquée par la Cour.

Pour les uns, la Cour ferait ainsi peser sur les États, des obligations qu'ils n'auraient pas volontairement souscrites⁶. Il est vrai que le revirement de jurisprudence opéré dans l'affaire *Mamatkulov* s'appuie sur des arguments fragiles, en particulier la référence au droit

¹ CEDH, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, § 116.

² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. SERMET, « Droit administratif et CEDH », *RFDA*, 2010, p. 599.

³ CEDH, GC, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, § 122.

⁴ *Ibid.*, § 123.

⁵ CEDH, 25 avril 2013, *Savridin Dzhurayev c. Russie*, § 217.

⁶ La Cour « *cesserait d'interpréter (...) et exercerait des fonctions législatives* » (opinion partiellement dissidente rendue par les juges Caflisch, Türmen et Kovler sous l'arrêt précité *Mamatkulov*).

international et à la jurisprudence de la Cour internationale de justice (aff. *Lagrang*) qui a certes reconnu la portée obligatoire des mesures conservatoires édictées mais sur le fondement de l'article 41 de son statut¹. Pour les autres, il importe peu que le caractère obligatoire n'ait pas de fondement textuel compte-tenu de la mission dévolue à la Cour d'assurer la protection effective des droits garantis et le respect des engagements résultant pour les États membres de la Convention², *a fortiori* lorsqu'il s'agit de la garantie essentielle de l'article 3.

En tout état de cause, constatons que ces mesures se sont largement banalisées, même dans le cadre spécifique de la lutte contre le terrorisme. Il est possible de se référer à l'affaire *Trabelsi c. Belgique* où était en cause l'extradition vers les États-Unis du requérant, impliqué dans des actes de terrorisme. En l'espèce, la Belgique n'a pas respecté la mesure indiquée par la Cour en extradant le requérant vers les États-Unis. Elle formula en vain plusieurs demandes de levée de la mesure provisoire. Devant la Cour, elle tenta même de remettre en cause la jurisprudence *Mamatkulov* en considérant que la force obligatoire des mesures provisoires ne reposait sur aucun fondement textuel. Sans surprise, la Cour a constaté une violation de l'article 34 en notant que « l'État défendeur a délibérément et de manière irréversible, amoindri le niveau de protection des droits énoncés dans l'article 3 de la Convention que le requérant cherchait à faire respecter en introduisant sa requête devant la Cour ». Il n'appartenait pas à l'État belge de substituer son appréciation à celle de la Cour dans l'appréciation des assurances données par les autorités américaines. Encore tout récemment, la France a expulsé un étranger condamné pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste vers le Maroc alors que la Cour avait adopté une mesure provisoire ordonnant aux autorités françaises la non-exécution de cette mesure³.

On ne peut donc éluder la recherche de solutions qui permettraient d'emporter l'adhésion des autorités nationales. Dans cette optique, il serait souhaitable que le prononcé des mesures provisoires soit plus transparent. Son prononcé est aujourd'hui « *non contradictoire, non motivée, non apparemment signée par un juge, la mesure provisoire a donc ceci de particulier qu'elle produit les effets d'une décision juridictionnelle sans obéir aux règles qui s'appliquent au prononcé d'une telle décision* »⁴. Peut-être faudrait-il penser à doter la force obligatoire des mesures provisoires d'une base conventionnelle et à mettre en place une chambre de l'urgence au sein de la Cour⁵. Bref, rendre le prononcé de ces mesures plus lisible à l'instar de ce que nous avons connu avec la procédure de l'arrêt pilote⁶.

¹ Devant la Cour européenne les mesures provisoires ne sont établies que par le règlement !

² V. en sens S. WATTHEE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme – La protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, Anthémis, « Droit et justice » n° 107, 2014, pp. 292 et s.

³ E. LUCET, « Un Marocain condamné pour terrorisme expulsé contre l'avis de la CEDH », *Le Monde*, 24 septembre 2015.

⁴ M. SIRINELLI « L'effectivité des décisions de la Cour : nouveaux outils, nouvelles méthodes », in C. TEITGEN-COLLY, *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, LGDJ, « Systèmes. Droit », 2013, pp. 153-154.

⁵ Comp. avec l'article 63(2) de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme qui stipule que « dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'une espèce dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinente ».

⁶ Dans le prolongement de la Déclaration finale d'Interlaeken du 19 février 2010 qui appelait à l'élaboration de standards clairs et prévisibles en la matière, la procédure de l'arrêt pilote a fait l'objet d'une codification. Le

Même critiquée par les Etats, la jurisprudence *Mamatkulov* a été reprise par certains juges nationaux. C'est ce dont témoigne l'ordonnance rendue par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Beghal*¹ rendue au titre de la procédure du référé-liberté. Saisie dans cette affaire d'une ordonnance du tribunal administratif de Paris prononçant la suspension de la procédure d'expulsion de M. Djamel Beghal vers l'Algérie pour la durée de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, la Haute juridiction a fait une exacte application de cette jurisprudence en considérant que l'inobservation des mesures provisoires (prescrites sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme) constitue un manquement aux stipulations de l'article 34 de la Convention. L'ordonnance précise ainsi qu'« *en l'absence d'exigence impérieuse d'ordre public, (...) l'exécution à destination de l'Algérie de l'arrêté d'expulsion du 19 décembre 2007 constituerait une atteinte grave et manifestement illégale [au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction]* ». Le dialogue des juges est ici indéniable et aboutit à faire du juge national le « gardien » du respect de la jurisprudence *Mamatkulov*.

L'appréciation des mauvais traitements dans le pays de renvoi est une autre illustration de l'absence de spécificité du contentieux de l'éloignement des étrangers terroristes.

B. L'appréciation classique des mauvais traitements dans le pays de renvoi

La question s'énonce simplement : comment le juge apprécie l'existence de motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé court un risque réel, au cas où il serait livré à un État tiers, d'y être soumis à des traitements prohibés par l'article 3.

Pour apprécier le risque de mauvais traitements², la Cour se livre à une appréciation prenant en considération « *d'une part, la situation générale en matière de droits de l'homme dans le pays et, d'autre part, les éléments propres au cas du requérant* ». Se montrant de plus en plus vigilante, elle demande à l'État d'accueil qu'il fournisse des « assurances » dont elle vérifiera avec soin la « fiabilité ». Elle retient de multiples critères comme par exemple « *le caractère soit précis soit général et vague des assurances* ». Elle peut admettre que les assurances diplomatiques données par les autorités permettent d'écarter le risque de mauvais traitement en cas d'expulsion du requérant coupable de plusieurs infractions terroristes. Une illustration instructive en est donnée par l'arrêt *Othman Abu Qatada* c. Royaume-Uni, relatif à l'expulsion vers la Jordanie du requérant où il avait été condamné pour participation à des complots terroristes. En l'occurrence, la Cour conclut à la non-violation de l'article 3 sur la base d'un examen très approfondi des assurances diplomatiques données par le gouvernement jordanien aux autorités britanniques. Ainsi, l'arrêt souligne-t-il que « *le gouvernement*

nouvel article 61, paragraphe 3, du règlement de la Cour précise que « *la Cour doit indiquer dans l'arrêt pilote adopté par elle la nature du problème structurel ou systémique ou du dysfonctionnement qu'elle a constaté et le type de mesures de redressement que la partie contractante concernée doit prendre au niveau interne en application du dispositif de l'arrêt* ».

¹ Ord., 30 juin 2009, *Ministre Intérieur, Outre-mer et collectivités territoriales c. Djamel Beghal*, n°328879.

² En ce qui a trait à l'éloignement des personnes soupçonnées de terrorisme, la fonction préventive de l'article 3 a permis de prendre en compte pour l'essentiel des risques de mauvais traitements émanant directement des agents de l'État de destination ou tenant à des peines prévues par le système juridique (pour des hypothèses de violation plus originales - conditions de détention, état de santé... -, v. H. Hurpy et M. Afroukh, « Éloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*).

britannique et le gouvernement jordanien se sont véritablement efforcés, l'un d'obtenir, l'autre de fournir des assurances transparentes et détaillées garantissant que le requérant ne soit pas maltraité à son retour en Jordanie. Le produit de cette démarche, à savoir le mémorandum d'entente, est supérieur tant dans ses dispositions que dans sa forme à toutes les assurances que la Cour a précédemment examinées »¹. Du même coup, on constate que la jurisprudence *Soering* peut obliger les États tiers à s'aligner *de facto* sur le standard européen de protection des droits de l'homme. Dans son opinion concordante sous l'arrêt *Trabelsi c. Belgique*, la juge Yudkivska n'hésite pas d'ailleurs à mettre en cause une approche particulièrement intrusive de la Cour et est d'avis que « dans un contexte extraterritorial, la Convention n'est pas censée garantir l'existence d'une procédure spéciale dans l'État de destination ». Cette question de l'interprétation à retenir de la formule selon laquelle « la Convention ne régit pas les actes d'un État tiers, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil État » reste encore très discutée au sein de la Cour.

A défaut de telles assurances, la Cour apprécie l'existence du risque encouru par l'étranger terroriste dans le pays de destination, à partir de rapports ou conclusions établis par des organisations internationales, des États, ou des organisations non-gouvernementales. Aussi, dans l'affaire *Daoudi c. France*, le juge européen se fonde en particulier sur les rapports du Comité des Nations Unies contre la torture et ceux de plusieurs organisations non gouvernementales pour constater que des personnes qui sont seulement soupçonnées – et non reconnues – comme participant à des activités terroristes « peuvent être soumises à des mauvais traitements, y compris la torture »². L'arrêt conclut, en l'espèce, à la violation de l'article 3 dans l'éventualité de la mise à exécution de la décision de renvoyer l'intéressé vers l'Algérie. Cette solution jurisprudentielle tend à se généraliser notamment en raison de « la fiabilité des informations recueillies, elle-même légitimée par l'autorité et la représentativité des auteurs des rapports, par la concordance de vues entre les différentes sources prises en compte, par le caractère sérieux et récent des enquêtes effectives »³. Mais elle conduit aussi à alléger considérablement la charge de la preuve pesant sur le requérant. L'arrêt *El-Masri c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine* conforte cette hypothèse. La Cour y estime que, dans certaines circonstances, « la charge de la preuve devait être renversée et peser sur le Gouvernement »⁴. En l'occurrence, les risques de mauvais traitements (résultant des méthodes d'interrogatoire utilisées par les autorités américaines) étant dans « le domaine public » et connus de tous, l'État défendeur ne pouvait faire valoir son ignorance.

Du reste, l'on assiste à l'essor d'un principe de précaution faisant obstacle à l'éloignement d'un étranger terroriste en cas de doute sur la réalisation des mauvais traitements.

Il n'est de meilleur exemple que celui livré par l'arrêt précité *Trabelsi* dans lequel la Cour déplore que les autorités américaines n'aient pas fourni d'assurance quant au caractère incompressible de la peine encourue par le requérant. Elle observe qu'au regard des «

¹ CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, § 194.

² , CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c. France*, § 68.

³ J.-F. Flauss, *AJDA*, 2010, p. 997. On le voit, l'exigence d'individualisation du risque connaît néanmoins quelques aménagements. C'est ainsi que dans une récente affaire *Ouabour c. France* (2 juin 2015), la Cour relève que le requérant fait partie de la catégorie des personnes visées par la pratique de la torture au Maroc.

⁴ CEDH, GC, 13 décembre, 2012, *El Masri c. Ex-République Yougoslave de Macédoine*, § 199.

dispositions de la législation américaine prévoyant des possibilités de réduction d'une peine perpétuelle et de grâce présidentielle », « aucune des procédures prévues ne s'apparente à un mécanisme de réexamen obligeant les autorités nationales à rechercher (...) si, au cours de l'exécution de sa peine, l'intéressé a tellement évolué et progressé qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne justifie son maintien en détention »¹. Dans ces conditions, l'extradition du requérant vers les États-Unis emporte violation de l'article 3 de la Convention. Une telle approche ne laisse pas de surprendre tant la solution paraît extrêmement sévère pour les États. En effet, ces derniers doivent désormais se livrer à une appréciation *in abstracto* d'une éventuelle peine perpétuelle incompressible². Dès lors, l'examen de la Cour des assurances fournies l'amène peut-être à se prononcer de manière trop rigoureuse à l'égard des États parties à la Convention, voire à l'égard de ceux qui ne le sont pas ! Pareillement, dans l'arrêt *H. R. contre France* où était en cause l'éloignement du requérant jugé et condamné par contumace en Algérie pour des faits liés au terrorisme³, la Cour a jugé qu'en raison du caractère récent de la levée de l'état d'urgence, elle ne disposait d'aucun élément concret pour infirmer le maintien de traitements contraires à l'article 3 à l'encontre des terroristes. S'appuyant sur les rapports de plusieurs organisations internationales rapportant des cas de torture exercés sur les personnes suspectées de terrorisme, l'arrêt fonde surtout le risque sur le profil du requérant lourdement condamné en Algérie pour des faits liés au terrorisme.

En définitive, l'appréciation du risque illustre la volonté du juge européen d'appliquer les mêmes garanties à toutes les personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement quels que soient leurs agissements.

¹ CEDH, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, § 137.

² Comp. avec CE, 9 novembre 2015, *M. O...*, n° 387245.

³ CEDH, 22 septembre 2011, *H. R. c. France*.

Le recours à la torture par les Etats-Unis dans la lutte contre le terrorisme

Carolina CERDA-GUZMAN

Maitre de conférences en droit public, Université Paul-Valéry Montpellier III

Le 16 juin 2015, le Sénat américain a voté à une grande majorité un amendement interdisant aux autorités américaines, y compris à la *Central Intelligence Agency (C.I.A.)*, le recours à la torture. Cet amendement revêt une importance juridique et symbolique forte. Du point de vue juridique, l'amendement permet de donner une valeur législative à l'*executive order* de Barack Obama du 22 janvier 2009¹, de concrétiser les efforts déployés par la sénatrice démocrate Dianne Feinstein qui avait déposé le 5 janvier 2015 une proposition de loi dans ce sens, mais aussi et surtout de donner une suite au rapport publié en décembre 2014 par le *Senate Select Committee On Intelligence (S.S.C.I.)*². Ce rapport, qui contient une série de documents internes à l'administration Bush et à la C.I.A.³, permet d'attester clairement la validation par l'administration américaine du recours à la torture à l'égard des détenus accusés de commission ou de participation à un acte terroriste.

Du point de vue symbolique, le vote du Sénat marque une volonté de rupture avec les abus de l'administration américaine dans la lutte contre le terrorisme et souligne la capacité des institutions politiques américaines à mettre elles-mêmes à jour leurs propres errements, puis à les prohiber. Le « *land of freedom* » n'a certes pas su empêcher les actes de torture, mais il a été capable de vérité et de réaction.

Bien que salutaire, cette réaction est, il est vrai, un peu tardive puisque le recours à la torture à l'égard de terroristes n'est pas une nouvelle récente. L'utilisation de la torture débuta en 2002, à Guantanamo, puis se poursuivit à Abou Ghraib (prison située en Irak) et dans d'autres sites gérés par les États-Unis. Dans ces lieux furent pratiqués sur les détenus des privations sensorielles, des punitions collectives, des abus sexuels (notamment commis par des femmes sur des hommes à Abou Ghraib), le *waterboarding*, des privations de sommeil et des agressions physiques. Le premier rapport officiel à le mentionner est celui qui avait été rédigé en 2004 par le général américain Taguba au sujet de la prison d'Abou Ghraib⁴.

Par la suite, d'autres rapports ont été publiés. Des rapports non officiels comme ceux d'organisations non gouvernementales, tel que celui de l'*Open Society Justice Initiative* de 2012 (« *Globalizing Torture* »⁵), ou d'autres plus officiels, comme celui réalisé par Dick

¹ *Executive Order 13491 - Ensuring Lawful Interrogations.*

² http://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/press/executive-summary_0.pdf.

³ La C.I.A. s'est sentie forcée de déclassifier une série de documents officiels.

⁴ http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf.

⁵ <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/globalizing-torture-20120205.pdf>.

Marty¹ en 2006 et présenté devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, ont permis de faire le point sur la pratique des « *extraordinary renditions* » (les restitutions extraordinaires). Ce procédé, mis en place par les Etats-Unis, consistait à capturer un individu (préssumé terroriste) et à le transporter de manière secrète vers un territoire ou une zone où il sera détenu, interrogé et torturé pour un temps indéfini. La particularité de ces « *extraordinary renditions* » est qu'elles sont mises en œuvre avec la collaboration directe ou indirecte d'Etats amis qui se chargent soit de la capture de l'individu, soit d'autoriser le survol de leur territoire, soit de détenir l'individu dans une prison secrète, soit enfin de procéder eux-mêmes aux actes de torture. Les Etats-Unis se limitant alors un rôle uniquement de supervision, de recueil des informations et du financement du transport. Le recours à la torture par ou avec le consentement des États-Unis dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est donc un acte avéré et connu depuis plus de dix ans.

Pourtant, le recours à la torture est prohibé. L'interdiction de la torture est considérée comme un droit de l'Homme quasi intangible, liée au principe de dignité de la personne humaine. Il est vrai que cette interdiction n'est pas explicite dans le texte constitutionnel américain mais, la doctrine américaine considère qu'elle découle des 5^{ème} et 8^{ème} amendements de la Constitution². Le 5^{ème} amendement indique que « *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 procédure légale régulière* ». Il interdit donc de manière générale l'obtention de témoignages contre le gré de la personne, ce qui semble exclure le recours à la torture pour obtenir des aveux. Le 8^{ème} amendement, quant à lui, consacre le droit suivant : « *Des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtiments cruels et exceptionnels infligés* ». Dans la mesure où la torture peut être considérée comme un châtiment cruel et exceptionnel d'une extrême gravité, elle semble donc bannie par le droit constitutionnel américain.

Mais, on le sait, les interprétations *a fortiori* d'un texte âgé de plus de deux cents ans ne sont pas toujours des plus solides. Il est donc nécessaire de rechercher d'autres fondements juridiques à l'interdiction du recours à la torture. On le trouve alors dans les stipulations de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, adoptée par les Nations Unies et ratifiée par les Etats-Unis en 1994. L'article 2 de la Convention affirme que cette interdiction vaut également en temps de guerre ou en temps d'état d'exception³. Le Droit ne pouvait être plus clair et plus intransigeant : l'interdiction de la torture s'applique à tous, en tout temps et en tout lieu. Et pourtant, des faits de torture ont été commis.

¹ http://assembly.coe.int/committeedocs/2006/20060606_ejdoc162006partii-final.pdf.

² La doctrine se fonde notamment sur l'opinion concurrente du juge Brennan dans l'affaire « *Furman v. Georgia* », 408 U.S. 238 (1972), du 29 juin 1972.

³ Article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987 : « 1. Tout Etat partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. 2. 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. 3. L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture ».

Il est vrai que le Droit ne peut empêcher à lui seul l'avènement des crimes ou des méfaits. L'interdiction du crime n'empêche pas les Hommes de tuer. Cependant, ce qui apparaît comme le plus perturbant du point de vue du Droit réside dans le fait que non seulement les Etats-Unis ne sont pas parvenus à empêcher que des actes de torture aient été commis par leurs ressortissants mais que cette politique ait été clairement approuvée et appliquée par les plus hautes instances politiques américaines en se servant du Droit comme un moyen de légaliser cette pratique.

Loin d'être un bouclier protecteur, le Droit a été utilisé de manière stratégique pour contourner l'interdiction du recours à la torture, aboutissant ainsi à une sorte de « blanchiment juridique de la torture » (I). Habituellement, ce type de contournement ne peut être prohibé en Droit que par la figure tutélaire du juge. Mais après des premières réponses encourageantes, les juges américains ne sont pas parvenus à offrir une protection suffisante à l'un des droits de l'Homme les plus intangibles (II).

I. Les stratégies de contournement juridique de l'interdiction du recours à la torture

Loin d'être un phénomène périphérique ou une déviance de quelques militaires américains, le recours à la torture pour lutter contre le terrorisme a été validé et théorisé par les plus hautes instances américaines. Mais sachant qu'ils étaient soumis au respect de la Constitution et de la Convention de 1984, ces hautes instances ont adopté une véritable stratégie de contournement pour éviter d'être sanctionnées. Plusieurs moyens ont alors été utilisés. Le premier a consisté à externaliser la pratique de la torture, permettant ainsi de s'extraire des obligations juridiques applicables sur le territoire américain (A). Le second s'est traduit par des tentatives de requalifier ou de redéfinir des notions juridiques afin d'éviter l'application des textes interdisant le recours à la torture (B).

A. Une stratégie d'externalisation

Comme le confirme le rapport publié par la commission du Sénat en décembre 2014, le recours à la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme fut une politique délibérée de l'administration Bush. Toutefois, consciente des risques de sanctions, elle a cherché à mettre en place des barrières juridiques au contrôle du juge. La première barrière posée a visé à limiter la compétence *ratione loci* du juge. En procédant à une externalisation des actes de tortures, les hauts fonctionnaires pensaient alors s'extirper de la compétence territoriale des juges américains. Deux exemples peuvent être donnés de cette stratégie d'externalisation.

Tout d'abord, il est possible d'évoquer le choix initial de Guantanamo comme lieu de détention des personnes capturées en Afghanistan. Guantanamo est une base de la marine américaine située sur l'île de Cuba. Cette enclave est une concession perpétuelle, fondée sur



un traité du 2 juillet 1903, pour laquelle les Etats-Unis paient une somme dérisoire¹. Dans la mesure où il s'agit d'une concession, le traité maintient la propriété du territoire à Cuba. Il ne s'agit donc pas d'un territoire américain. En s'appuyant sur cet argument, mais aussi sur une jurisprudence ancienne de la Cour suprême, l'administration Bush tentera en 2004, lors de la première audience devant la Cour suprême des Etats-Unis sur une affaire concernant un détenu à Guantanamo, de soutenir l'incompétence des tribunaux américains.

En 1950, dans l'affaire « *Johnson v. Eisentrager* »², la Cour s'était notamment prononcée sur le cas des militaires allemands détenus par les autorités américaines au sein des prisons allemandes. Dès lors, en appliquant cette jurisprudence *mutatis mutandis* au cas des détenus de Guantanamo, l'administration fédérale pensait pouvoir extraire de la connaissance des juges américains la situation des détenus sur la base, ces derniers ne pouvant bénéficier du *Bill of Rights*. Bien que cette argumentation ne fût pas retenue par la Cour suprême, elle atteste de la volonté de l'administration américaine de défendre une position dans laquelle la torture n'est pas niée mais couverte juridiquement.

Mais l'un des exemples les plus clairs d'externalisation est celui des « *extraordinary renditions* » ou « restitutions extraordinaires ». Comme il a été indiqué en introduction, ces restitutions extraordinaires consistent en la capture, le transport et l'interrogation par torture de présumés terroristes. Ce dispositif permet de poursuivre la logique de Guantanamo jusqu'au bout en procédant non seulement à des actes de torture sur des territoires clairement non américains, mais aussi et surtout en s'assurant que ces actes de torture ne soient pas commis par des ressortissants américains. Les actes de torture étaient commis à l'étranger par des forces de sécurité non américaines mais sous le contrôle de la C.I.A. et selon ses ordres. Le rapport « *Globalizing Torture* » de l'O.N.G. *Open Society Justice Initiative* de 2012 révèle que 54 pays³ ont participé à cette politique des *extraordinary renditions* soit en fournissant des informations aux agents du renseignement américain, soit en autorisant le survol de leur espace aérien d'avions transportant des personnes détenues, soit en procédant elle-même aux actes de torture sur ces détenus.

Ces restitutions extraordinaires ont permis d'une part de passer outre les longues procédures d'extraditions, en transférant les détenus dans plusieurs pays où la torture est « banalisée », et d'autre part, d'éviter que les actes de torture soient commis directement par des agents américains. La torture n'étant commise ni sur des Américains, ni par des Américains, ni sur le sol américain, l'administration américaine semblait donc parfaitement protégée. La délocalisation de la torture permettait d'éloigner la responsabilité directe des décideurs, *via* une « sous-traitance » de la torture.

¹ « Article premier. Les États-Unis d'Amérique acceptent et s'engagent à payer à la République de Cuba la somme annuelle de deux mille dollars en monnaie d'or des États-Unis aussi longtemps qu'ils occuperont et useront de ces territoires conformément à l'accord mentionné ci-dessus ». Voir : <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1903gtmo.htm>.

² U.S.S.C., 5 juin 1950, « *Johnson v. Eisentrager* », 339 U.S. 763 (1950).

³ Ces 54 gouvernements identifiés se situent sur cinq continents : Afghanistan, Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Allemagne, Arabie Saoudite, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Canada, Croatie, Chypre, Danemark, Djibouti, Egypte, Espagne, Ethiopie, Finlande, Gambie, Géorgie, Grèce, Hong Kong, Islande, Indonésie, Iran, Irlande, Italie, Jordanie, Kenya, Libye, Lituanie, Macédoine, Malawi, Malaisie, Mauritanie, Maroc, Ouzbékistan, Pakistan, Pologne, Portugal, la République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Somalie, Sri Lanka, Suède, Syrie, Thaïlande, Turquie, Emirats Arabe Unis, Yémen, Zimbabwe.

A. Une stratégie de requalification

La seconde stratégie mise en place par l'administration américaine pour pouvoir recourir à la torture sans pouvoir être condamnée est plus pernicieuse que la précédente. Elle a consisté en une requalification des faits et des définitions utilisées jusqu'alors en la matière.

Ainsi, s'explique la volonté délibérée de l'administration Bush de qualifier les détenus de Guantanamo en « combattants illégaux ». Alors même que ces personnes avaient été capturées dans le cadre de la guerre en Afghanistan, l'administration Bush a refusé de leur reconnaître la qualité de « prisonniers de guerre ». Le but était alors d'éviter qu'ils ne puissent bénéficier de la protection prévue à l'article 13 de la Convention de Genève de 1949, qui oblige à un traitement humain de ces prisonniers.

Cette ligne de défense est apparue dès le 7 février 2002 dans un mémorandum de George W. Bush portant « sur le traitement humain des détenus talibans et d'Al-Qaida »¹. Le président des États-Unis a justifié cette requalification par le fait qu'une nouvelle approche du droit de la guerre entraînait *de facto* l'apparition d'un nouveau concept. A l'appui de sa thèse, le pouvoir exécutif américain avait de nouveau invoqué une jurisprudence de la Cour suprême de 1942 qui avait qualifié de « combattants illégaux » des saboteurs, membres des forces armées allemandes, qui s'étaient déguisés en civils sur le territoire américain, permettant ainsi de leur refuser le traitement de prisonniers de guerre².

Le lien avec la Convention de Genève est à cet égard particulièrement intéressant. En réalité, à travers ce mémorandum, George W. Bush a cherché à atteindre deux buts. S'il est très rapidement apparu aux yeux des spécialistes que ce mémorandum visait à exclure l'application de la Convention de Genève à ces détenus, le reste du mémorandum (obligeant toutefois les Forces Armées à traiter dignement ces détenus) était restée quelque peu énigmatique. On sait maintenant, avec la publication du rapport déclassifiant des mémorandums internes, que le but était de lier juridiquement les Forces Armées américaines, tout en laissant sans contrainte la C.I.A., qui elle par la suite a clairement pris en charge le programme de torture.

Parallèlement, et de manière encore plus terrible pour le Droit, les instances dirigeantes américaines ont essayé de développer un argumentaire juridique visant à légaliser le recours à la violence lors des interrogatoires des présumés terroristes. Ce processus de validation ou de « blanchiment juridique » a été mis à jour par le S.S.C.I.

Dans le rapport de 2014 sont clairement évoqués et abondamment cités des documents internes à l'administration fédérale américaine validant juridiquement le recours à la torture. Sont notamment évoqués les documents produits entre 2002 et 2007 par Jay Bybee et John Yoo. Ces deux avocats de l'*Office of Legal Counsel* furent ceux qui ont rédigé les premiers mémorandums autorisant le programme de torture de la C.I.A. en démontrant sa parfaite conformité à la loi et à la Constitution.

¹ W. BOURDON, « Les camps de détention illégaux : le cas Guantánamo », in D. BIGO et al., *Au nom du 11 septembre ...*, La Découverte, Cahiers libres, Paris, 2008, p. 79.

² U.S.S.C., 31 juillet 1942, « *Ex Parte Quirin* », 317 U.S. 1 (1942).

Pour ce faire, ils ont donné leur propre définition de la torture et des actes cruels, inhumains ou dégradants. Dans ces documents, Jay Bybee et John Yoo affirment par exemple que le *waterboarding*, la privation de sommeil, le confinement dans des boîtes ressemblant à des cercueils, l'obligation de tenir une position stressante et douloureuse pendant de longues heures ou le fait de cogner des personnes contre des murs n'étaient pas de la torture. Jay Bybee a formulé, en août 2002, cette redéfinition des termes : « *Certains actes peuvent être cruels, inhumains ou dégradants, mais ils ne produisent pas une douleur ou une souffrance d'une intensité suffisante pour tomber dans le cadre de l'interdiction légale de la torture. [...] Nous en concluons que, pour qu'un acte soit considéré comme de la torture [...], il doit infliger une peine difficile à supporter. La douleur physique considérée comme de la torture doit être équivalente en intensité à la douleur qui accompagne les blessures physiques graves, comme la défaillance d'un organe, la déficience des fonctions corporelles ou même la mort* »¹. Aux yeux de l'administration fédérale, les actes commis par les militaires ou les agents de la C.I.A. étaient ce qu'ils qualifiaient de « technique d'interrogatoire renforcée » et non d'actes de torture.

Ce type de stratégie visant à redéfinir des notions inscrites dans les textes ayant la plus haute valeur juridique a des effets horriblement pervers, car non seulement l'interdiction du recours à la torture est mise à mal dans les faits, mais elle est mise à mal dans le Droit. De fait, l'expression de « technique d'interrogatoire renforcée » fut officiellement consacrée dans une loi, puisque la *Military Commission Act* de 2006 valide la possibilité d'utiliser ce type de techniques, donnant alors une existence juridique à une expression vide de sens.

Ainsi, comme on peut le constater, la guerre contre le terrorisme a pris toutes les formes possibles, y compris celles du Droit. Toutefois, si ce type de stratégie peut essayer de prospérer, l'Etat de Droit garantit en principe son échec, puisqu'il prévoit un gardien : le juge. Mais ce rôle n'a pas été pleinement endossé par le juge américain.

II. L'absence de protection juridictionnelle de l'interdiction du recours à la torture

Dans tout Etat de Droit, le juge a pour tâche de veiller au respect par tous, y compris par les plus hautes instances politiques, du respect des règles juridiques placées au sommet de la hiérarchie des normes. Dès lors, si la Constitution et les traités internationaux interdisent formellement le recours à la torture, la fonction du juge est de veiller au bon respect de cette interdiction. Ainsi, la Cour suprême américaine aurait pu et aurait dû mettre à mal la stratégie de « blanchiment juridique » mise en place par l'administration américaine depuis le 11 septembre 2001. Les premières décisions de la Cour laissaient à penser que la stratégie mise en place par l'administration américaine serait rapidement ébranlée (A). Toutefois, les suites contentieuses sur les accusations de torture n'ont pas donné les résultats espérés (B).

¹ Mémoire adressé à Alberto Gonzales (Conseiller du Président), daté du 1^{er} août 2002, « *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. sections 2340-2340A* ».

A. Une jurisprudence initialement protectrice

Dans les premiers temps, la Cour suprême est apparue à certains égards comme particulièrement stricte. Loin d'appliquer à la lettre ses jurisprudences antérieures, la Cour suprême des Etats-Unis a rapidement prononcé des décisions guidées par sa volonté de soumettre l'action des agents américains à la *rule of law*.

Elle a ainsi pu rapidement contredire l'argumentaire développé par l'administration américaine concernant le statut juridique de Guantanamo. Elle le fit dans un premier arrêt du 28 juin 2004 demeuré célèbre : « *Rasul v. Bush* »¹.

Dans cette affaire était en jeu la question de la compétence des tribunaux américains pour recevoir les requêtes des détenus étrangers de Guantanamo. La Cour avait pour tâche de répondre à la question suivante : le droit d'*habeas corpus* est-il valide sur un territoire sur lequel les Etats-Unis ont une « pleine juridiction et contrôle », mais pas la souveraineté ?

A l'inverse de ce que soutenait l'administration Bush, la Cour suprême a considéré que les tribunaux américains étaient compétents pour recevoir les requêtes de ces détenus. La Cour a considéré que les conditions et la nature de la détention des prisonniers de Guantanamo devaient faire l'objet d'un examen judiciaire, et que ces personnes avaient le droit de recourir à un tribunal fédéral des Etats-Unis pour formuler une demande d'*habeas corpus*.

Pour parvenir à cette décision, la Cour a réinterprété son précédent de 1950 « *Johnson v. Eisentrager* »² qui à première vue semblait donner raison à l'administration américaine. Elle a ainsi considéré que si Guantanamo n'est pas un territoire sur lequel les Etats-Unis disposent d'une pleine souveraineté, il s'agit cependant d'un territoire relevant de la compétence pleine et exclusive des Etats-Unis.

Le même jour, la Cour suprême a exprimé sa volonté de contrôle judiciaire de la situation des détenus à Guantanamo, cette fois-ci concernant des citoyens américains. Dans l'arrêt « *Hamdi v. Bush* »³, la Cour a considéré que les citoyens américains devaient toujours pouvoir bénéficier du *due process of law*, tel que reconnu dans le 5^{ème} amendement. Concrètement, même détenus à Guantanamo, ces citoyens ont le droit de connaître les raisons pour lesquelles ils ont été qualifiés de combattants ennemis et le droit de contester cette qualification devant une instance neutre.

Le 26 juin 2006, dans l'affaire « *Hamdan v. Rumsfeld* »⁴, la Cour suprême a persévéré dans cette voie. Elle est revenue sur la légalité des commissions militaires chargées de se prononcer sur la situation des détenus à Guantanamo. Ces commissions, qui avaient été créées par voie décrétole, *via* les *Military Orders*, ont été considérées comme illégales car elles

¹ U.S.S.C., 28 juin 2004, « *Rasul v. Bush* », 542 U.S. 466 (2004).

² USSC, 5 juin 1950, « *Johnson v. Eisentrager* », 339 U.S. 763 (1950).

³ USSC, 28 juin 2004, « *Hamdi v. Rumsfeld* », 542 U.S. 507 (2004).

⁴ USSC, 29 juin 2006, « *Hamdan v. Rumsfeld* », 548 U.S. 557 (2006).

n'étaient pas autorisées par une loi fédérale et ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'une nécessité militaire.

Cependant l'impact de cette décision fut faible puisque, quelques jours après, le Congrès vota en réaction la *Military Commissions Act* en 2006, autorisant le Président à créer des commissions militaires chargées de juger les détenus étrangers de Guantanamo et prohibant tout *habeas corpus* pour ces détenus.

Il était dès lors important pour la Cour de se prononcer non plus sur la forme mais sur le fond de cette question, ce qu'elle fit le 12 juin 2008. Dans l'arrêt « *Boumediene v. Bush* »¹, la Cour a déclaré inconstitutionnelle la *Military Commissions Act* de 2006, pour violation du droit à l'*habeas corpus*. Par cette jurisprudence, la Cour suprême a ainsi pu rappeler l'importance de l'*habeas corpus* dans le droit constitutionnel américain mais aussi la nécessité pour un Etat démocratique de placer le contrôle des mesures restrictives de liberté dans les mains du juge.

Ces jurisprudences progressistes semblaient donc ouvrir la voie à un contrôle juridictionnel des actes menés par les agents américains et à d'éventuelles censures. Mais pour cela, encore fallait-il que les juges américains acceptent de lever les dernières barrières juridiques posées par l'administration fédérale.

B. Le nouveau *self-restraint* du juge américain

Malgré ces jurisprudences encourageantes qui ouvraient la voie à un contrôle juridictionnel des actes de torture, les juges américains n'ont pas persévéré dans leur volonté de contrôler la pratique américaine de lutte contre le terrorisme. Les condamnations dans ce domaine ont été rares. Lorsqu'elles ont concerné des militaires, les commandants ont souvent choisi pour sanctions des mesures disciplinaires non-judiciaires limitées plutôt que de traduire les accusés devant des cours martiales criminelles. Et lorsque cela fut le cas, la majorité des décisions² a eu pour dénouement des peines de prison inférieures à un an ou des sanctions n'impliquant pas de peine de prison (comme la suspension des fonctions ou la dégradation militaire).

Cette absence de condamnation s'explique en grande partie par l'attitude plus que prudente des juges américains dans ce domaine.

On constate tout d'abord, que depuis 2011, la Cour suprême fait un usage régulier de son *writ of certiorary*. Comme on le sait, la Cour suprême des États-Unis dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour statuer sur les requêtes qui lui sont soumises. Dans le cas présent, elle utilise ce droit pour rejeter de nombreuses requêtes portant soit sur la situation de ces détenus, soit sur d'autres affaires relatives à la lutte contre le terrorisme. Par exemple, en 2011, elle rejeta quatre demandes formulées par les détenus de Guantanamo portant sur leurs conditions de détention. Encore récemment, le 10 mars 2015, la Cour refusa

¹ U.S.S.C., 12 juin 2008, « *Boumediene v. Bush* », 553 U.S. 557 (2008).

² Il y eut quelques exceptions, puisque certains eurent des condamnations fortes. Ex : l'ancien caporal Charles Graner, condamné à dix ans de prison, ou encore la soldate Lynndie England.

d'accueillir la requête formulée par un Syrien – Abdul Rahim Abdul Razak al Janko – qui avait été détenu pendant sept ans à Guantanamo et qui souhaitait engager la responsabilité du gouvernement américain pour acte de torture.

Ce refus de contrôle se retrouve également dans des instances inférieures, qui acceptent aisément que le gouvernement se protège derrière le secret-défense. Le secret-défense ou secret d'Etat permet à l'administration fédérale de refuser la communication de données pouvant mettre en cause la sécurité nationale. Selon une jurisprudence de 1953, « *United States v. Reynolds* »¹, le juge dispose en théorie d'une liberté d'appréciation dans ce domaine. Ainsi, il est libre d'accepter ou non l'opposition du secret d'Etat par l'administration².

Toutefois, dans les faits cette liberté d'appréciation est très faible. En effet, le juge se limite à apprécier la force et le poids des justifications avancées par l'administration mais il ne peut vérifier la véracité de ces arguments, se refusant en quelque sorte à procéder à un examen matériel des faits. Dès lors, il suffit à l'administration d'indiquer ses raisons et le juge les mettra en balance avec l'intérêt général et le droit à la transparence. Si le juge rejette les arguments de l'administration (considérant que son argumentation n'est pas suffisante ou que l'intérêt public l'exige), alors il est procédé à une audience à huis-clos lors de laquelle les juges pourront examiner le document et se prononcer sur la pertinence de son utilisation dans l'affaire en cause. Lors de l'affaire du *Watergate* par exemple, le juge a refusé l'opposition du secret d'Etat et a procédé à l'examen des documents jusque-là classés.

Que constate-t-on dans les cas concernant la lutte contre le terrorisme, qui sont propices à un recours fréquent du secret d'Etat ?

Dans ce type d'affaires, l'opposition du secret d'Etat est systématique et les cours inférieures n'opèrent qu'un contrôle superficiel des arguments avancés par l'administration. Mais plus encore, on constate une véritable extension des effets de l'opposition du secret d'Etat. En effet, classiquement et traditionnellement, l'opposition du secret d'Etat empêche l'accès du juge et donc des parties à certains documents. Cependant, cela n'empêche pas en théorie le juge, même après avoir accepté l'opposition du secret d'Etat, de poursuivre l'instruction de l'affaire et de trancher le litige en se fondant sur les documents et preuves qui ont pu lui être communiqués. Dans le cas des affaires relatives à la lutte contre le terrorisme et tout particulièrement dans les litiges concernant des actes de torture, les juges prononcent, une fois l'acceptation de l'opposition du secret d'Etat, le rejet de la plainte. L'administration par cette seule opposition obtient la fin complète des poursuites. Deux exemples peuvent être ici évoqués.

Le premier est particulièrement emblématique puisqu'il concerne Khaled El-Masri. Ce ressortissant allemand d'origine albanaise est connu pour avoir été victime par erreur d'une restitution extraordinaire. Le 31 décembre 2003, il fut arrêté par des policiers macédoniens.

¹ USSC, 9 mars 1953, « *United States v. Reynolds* », 345 U.S. 1 (1953).

² Pour une présentation plus détaillée de cette jurisprudence et du contrôle opéré par le juge américain en matière de secret d'Etat, voir : C. E. WELLS, « Transparency and State Secrets in the United States », in G. J. GUGLIELMI, E.. ZOLLER (dir.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Editions Panthéon-Assas, Colloques, Paris, 2014, pp. 71-86.

Après vingt-trois jours de détention dans un hôtel de Skopje, il fut emmené, menotté et avec les yeux bandés, le 23 janvier 2004 vers l'aéroport pour qu'il soit remis à des agents de la C.I.A. Il subit alors un traitement brutal de capture (« *capture shock treatment* »¹) ainsi que plusieurs interrogatoires forcés. Il fut relâché le 28 mai 2004, une fois que les agents avaient réalisé qu'ils avaient commis une erreur : ils recherchaient son homonyme.

Une fois de retour en Allemagne, Khaled El-Masri, a décidé d'engager plusieurs procédures judiciaires pour obtenir réparation. Il déposa une première plainte aux Etats-Unis. Dès la première instance, l'administration d'Obama décida d'opposer le secret d'Etat sur certains documents (indispensables au plaignant pour attester des actes commis sur lui). La juridiction de première instance accepta l'opposition du secret d'Etat et décida alors de rejeter immédiatement la demande de Khaled El-Masri². La Cour d'appel confirma la décision du juge de première instance estimant que le juge peut parfaitement décider de rejeter l'ensemble de l'affaire « *lorsque les circonstances sont telles qu'il apparaît clairement que l'information sensible est si centrale à la demande que toute tentative de continuer la procédure pourrait menacer la protection de l'information* »³. Ce refus de donner suite à la demande de Khaled El-Masri et la facilité avec laquelle le juge américain accepte de ne pas demander plus d'informations à l'administration sont extrêmement révélateurs de l'attitude conservatrice du juge américain. Cette appréciation se confirme d'autant plus lorsque l'on sait que par la suite Khaled El-Masri a obtenu devant la Cour européenne des droits de l'Homme la condamnation de l'ex-République Yougoslave de Macédoine pour sa participation à restitution extraordinaire et qu'à cette occasion, la Cour a même procédé à un retournement de la charge de la preuve⁴.

Le deuxième exemple qu'il est possible de citer est celui concernant l'entreprise *Jeppesen Dataplan, Inc.* Alors qu'initialement l'administration se limitait à opposer le secret d'Etat dans les affaires où ses agents étaient mis en cause, elle a par la suite étendu son recours au secret d'Etat pour également protéger les entreprises privées qui collaborent avec elles dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, comme cela fut le cas pour l'entreprise *Jeppesen Dataplan, Inc.* En effet, si la mise en place des « restitutions extraordinaires » a été placée sous le contrôle de la CIA, sa réalisation a été confiée pour l'essentiel à des entreprises privées. *Jeppesen Dataplan, Inc.* a notamment été chargée du transport de certains détenus. Cinq personnes – B Mohamed, A. E. Britel, A. Agiza, M. F. Ahmad Bashmilah et B. Al-Rawi – victimes de « restitutions extraordinaires » décidèrent alors de porter plainte contre l'entreprise privée. Cependant, leur plainte ne put aboutir dans la mesure où le directeur de la C.I.A. demanda l'opposition du secret d'Etat. La cour du 9^{ème} circuit décida de rejeter la demande alors même que le programme de restitutions extraordinaires était connu car il y

¹ Il fut battu, ses vêtements et ses sous-vêtements lui furent retirés, il fut sodomisé avec un objet, puis enchaîné et drogué et enfin placé dans un avion vers une destination inconnue par lui. Il sut plus tard qu'il s'agissait de l'Afghanistan.

² *El Masri v. Tenet*, 437 F. Supp. 2d 530 (ED Va. 2006).

³ Extraits en anglais : « *a proceeding in which the state secrets privilege is successfully interposed must be dismissed if the circumstances make clear that the privileged information will be so central to the litigation that any attempt to proceed will threaten that information disclosure* ». Voir : *El Masri v. United States*, 479 F. 3d 308 (4th Circ. 2007). Pour une analyse de cette décision au regard du secret d'Etat, voir : C. E. WELLS, « Transparency and State Secrets in the United States », in G. J. GUGLIELMI, E. ZOLLER (dir.), *op. cit.* (n. 20), pp. 81 et s.

⁴ CEDH, Gde Ch., 13 décembre 2012, *El-Masri c. Ex-République Yougoslave de Macédoine*, requête 39630/09.



avait selon elle « *un risque inacceptable* » que des secrets d'Etats puissent être révélés¹. Cette décision fut contestée devant la Cour suprême, mais cette demande fut également rejetée le 16 mai 2011².

Le refus répété de la Cour suprême de donner suite à sa jurisprudence ou l'acceptation rapide par les juges de première et deuxième instance de l'opposition du secret-défense constituent des preuves de leur self-restraint lorsqu'il s'agit d'affaires de terrorisme. Cette attitude s'explique essentiellement pour des raisons politiques. La balance entre sécurité et libertés peut être mise en œuvre et tempérée par des instruments juridiques mais elle repose profondément sur des postulats politiques, c'est-à-dire sur une vision du cadre qui structure la société. Le Droit devient alors hautement malléable.

Les propos tenus en décembre 2014 par Antonin Scalia, un des juges de la Cour suprême américaine, permettent de le confirmer.

Ce juge conservateur, réputé par la dureté de ses propos, est allé jusqu'à tordre le Droit pour affirmer devant le micro d'une radio belge que la torture n'était en réalité pas interdite en droit constitutionnel américain : « *la Constitution ne dit rien sur la torture (...). Elle parle de châtiments ; les châtiments "cruels et exceptionnels" sont interdits* ». Selon lui, ces châtiments ne sont interdits que lorsqu'ils sont commis en tant que sanction après une condamnation. Autrement dit, il estime que la torture ou les châtiments sont conformes à la Constitution tant que la personne n'a pas été mise en examen ou condamnée d'un crime qu'elle aurait commis. La torture serait donc inconstitutionnelle en tant que châtiment, mais elle ne le serait pas en tant que moyen d'obtenir des informations.

Ces propos ne sont certainement pas représentatifs de la pensée profonde de chacun des juges de la Cour suprême américaine, et encore moins de l'ensemble des juges américains. Toutefois, ils sont révélateurs d'une certaine compréhension à l'égard de la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Pourtant, si le terrorisme est un vrai danger pour les démocraties, la lutte effrénée contre le terrorisme l'est tout autant.

¹ *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 614 F. 3d 1070 (9th Circ.) (*en banc*). Voir : C. E. WELLS, « Transparency and State Secrets in the United States », in G. J. GUGLIELMI et E. ZOLLER (dir.), *op. cit.* (n. 20), pp. 81 et s.

² Voir le texte de l'appel de l'*American Civil Liberties Union* : www.aclu.org/national-security/mohamed-et-al-v-jeppesen-dataplan-inc-petition-certiorari.