

RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX
(CFR-CDF)

**L'ÉQUILIBRE ENTRE LIBERTÉ ET SÉCURITÉ DANS LES RÉPONSES DE
L'UNION EUROPÉENNE ET DE SES ÉTATS MEMBRES A LA MENACE
TERRORISTE**

La présente Observation thématique a été établie à la demande de la Commission européenne, Unité A5, "Citoyenneté, Charte des droits fondamentaux, Racisme et Xénophobie, Programme Daphné", de la DG Justice et affaires intérieures. L'Observation thématique a été remise le 31 mars 2003 par le Réseau d'experts indépendants de l'U.E. faisant autorité en matière de droits fondamentaux. Le contenu de l'Observation thématique n'engage en aucune manière l'institution qui en est le commanditaire.

RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX
(CFR-CDF)

**L'ÉQUILIBRE ENTRE LIBERTÉ ET SÉCURITÉ DANS LES RÉPONSES DE
L'UNION EUROPÉENNE ET DE SES ÉTATS MEMBRES A LA MENACE
TERRORISTE**

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	5
L'ÉQUILIBRE LIBERTÉ / SÉCURITÉ DANS LES RÉPONSES DE L'UNION EUROPÉENNE ET DE SES ETATS MEMBRES À LA MENACE TERRORISTE	7
I. La qualification du terrorisme	11
L'incrimination du terrorisme par la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme	12
II. La reconnaissance mutuelle des décisions de justice pénale entre les Etats membres ...	17
III. La coopération avec les Etats-Unis	19
IV. L'extension des pouvoirs d'enquête, de surveillance, et de poursuite	21
IV.1. L'établissement de profils d'auteurs présumés d'actes terroristes	21
IV.2. La transmission des données à caractère personnel depuis l'Union européenne vers les Etats-Unis	22
Données à caractère personnel liées au trafic aérien	22
Données détenues par Europol.....	24
IV.3. Intensification de la surveillance des communications	26
La conservation des données de trafic: la dispersion des Etats membres	27
IV.4. L'extension des pouvoirs des services répressifs	28
Extension des pouvoirs des services de renseignement	28
Emprunts de l'enquête pénale aux méthodes des services de renseignements	30
Procédures particulières pour la poursuite d'infractions terroristes	33
Réorganisation des services répressifs	35
Privation de liberté	36
V. L'application restrictive des législations relatives au séjour des étrangers	38
VI. La répression du financement du terrorisme	43
VI.1. Le gel des avoirs en amont d'un procès-verbal	43
VI.2. La confiscation des biens du crime	49
VII. Conclusions Générales	53

L'ÉQUILIBRE LIBERTÉ / SÉCURITÉ DANS LES RÉPONSES DE L'UNION EUROPÉENNE ET DE SES ETATS MEMBRES À LA MENACE TERRORISTE

Le Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a jugé utile de faire le bilan, plus d'un an après les attentats terroristes sur New York et Washington du 11 septembre 2001, sur l'ensemble des mesures prises tant par les institutions de l'Union européenne que par ses Etats membres en réponse à la menace terroriste, du point de vue de la compatibilité de ces mesures avec les exigences des droits fondamentaux.

Le terrorisme, qui constitue une grave atteinte aux droits de l'homme, doit à ce titre être combattu. Mais les caractéristiques propres que présente le terrorisme – en particulier la gravité des infractions en cause, le caractère organisé de cette forme de criminalité et sa dimension internationale – amène de la part des Etats des réponses dont la compatibilité avec les droits fondamentaux est parfois sujette à caution. Les difficultés peuvent être résumées de la manière suivante:

1. Ni les instruments juridiques internationaux¹, ni la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme² ne sont parvenus véritablement à surmonter les difficultés que rencontrent traditionnellement les tentatives de fournir du terrorisme une définition qui, tout en rencontrant l'ensemble des formes possibles, en cerne la spécificité par rapport à d'autres formes de criminalité organisée. Or une précision suffisante de la définition de l'infraction terroriste conditionne le recours non seulement à une incrimination spécifique, mais encore le recours à des règles de procédure propres, notamment dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction, ou plus encore à certaines formes spécifiques de détention. Sinon, ferait défaut aux mesures de lutte contre le terrorisme une base juridique claire, ce qui risquerait de en mettre en cause sa légalité³. Cette difficulté fait l'objet du point I de la présente Observation.

2. Le terrorisme présente avec la criminalité organisée le point commun qu'il est l'oeuvre non pas d'individus isolés, mais d'organisations criminelles. Le caractère organisé de ces formes de criminalité implique que les Etats vont être enclins à créer des délits d'appartenance, incriminant des individus pour les liens qu'ils entretiennent avec certains groupes et indépendamment de la participation que ces individus ont prise, ou non, à la commission d'autres infractions, voire même indépendamment de

¹ Voir la **Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs** (Tokyo, 14 septembre 1963), **Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs** (La Haye, 16 décembre 1970), **Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile** (Montréal, 23 septembre 1971), **Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques**, (adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1973), **Convention internationale contre la prise d'otages** (adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 17 décembre 1979), **Convention internationale sur la protection physique des matières nucléaires** (Vienne, 3 mars 1980), **Protocole pour la répression d'actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile** (Montréal, 24 février 1988), **Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime** (Rome, 10 mars 1988), **Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental** (Rome, 10 mars 1988), **Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection** (Montréal, 1^{er} mars 1991), **Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif** (adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 15 décembre 1997), **Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme** (New York, 9 décembre 1999). Il importe également de citer la Résolution 1373, adoptée par le Conseil de Sécurité des Nations unies le 28 septembre 2001, qui avec les douze conventions et protocoles internationaux précités, forme l'un des piliers de l'ordre juridique international pour la prévention et la répression du terrorisme. Enfin, les travaux en cours au sein des Nations unies portant sur le projet de « convention générale sur le terrorisme international » s'efforcent également de définir le terrorisme ou l'acte de terrorisme. Voy. K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt (sous la dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Ed. A. Pedone, Paris, 2003.

² JO L 164 du 22.6.2002, p. 3.

³ Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées lors de la 804^e réunion des Délégués, le 11 juillet 2002, principe III (Légalité des mesures anti-terroristes).

toute infraction déjà commise. Cette tendance est en cours depuis plusieurs années déjà⁴, bien qu'elle continue de donner lieu à des développements au cours de la période sous examen. C'est également sous le point I de l'Observation que ces développements sont examinés.

3. En raison de leur dimension internationale, les phénomènes du terrorisme et de la criminalité organisée ne peuvent être rencontrés avec l'efficacité voulue que par la coopération européenne et internationale (ci-après, II et III). Mais l'intensification de la coopération entre des Etats qui ont des standards différents en matière de droits fondamentaux fait courir à ceux-ci un risque, par exemple lorsque certaines données à caractère personnel font l'objet d'un échange entre Etats ayant des niveaux de protection différents, ou lorsque les extraditions ou remises entre Etats se trouvent facilitées, au détriment de la garantie qui doit être reconnue à tout individu de ne pas être soumis à la peine de mort, de ne pas subir de torture ou de traitement inhumain ou dégradant, ou de ne pas être privé d'un procès équitable. De plus, la dimension internationale de ces phénomènes peut mettre en danger la liberté de circulation des personnes, voire le droit d'asile, surtout lorsque certains Etats sont considérés comme pouvant abriter des terroristes potentiels, ce qui peut encourager des attitudes discriminatoires envers les personnes de certaines nationalités ou de certaines convictions religieuses.⁵

4. Compte tenu de la gravité des infractions en cause, les Etats ont tendance à pénétrer les organisations terroristes et à recourir de manière accrue à des méthodes particulières d'investigation telles que l'infiltration par des agents, l'observation, l'interception des communications. Ces techniques, que la police a empruntées aux services de renseignement et de sécurité, constituent des menaces potentielles à la vie privée, d'autant plus lorsqu'elles sont utilisées de manière proactive, c'est-à-dire avant que soit constatée une infraction matérielle. Les mesures d'extension des pouvoirs d'enquête, qu'il s'agisse de l'accroissement du recours à certaines techniques d'enquête, de l'extension de pouvoirs existants ou de la mise en place de procédures exceptionnelles justifiées au nom de la lutte contre le terrorisme seront examinées au point IV de la présente observation.

5. La prise en compte de la menace terroriste peut conduire à l'application restrictive des législations relatives au séjour des étrangers, y compris par l'utilisation de la clause d'exclusion de l'article 1^{er}, F,

⁴ Sur l'incrimination de l'organisation criminelle en **Belgique**, qui résulte d'une loi du 10 janvier 1999, voir F. Roggen, "La loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles", *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1135. De même, en **Grèce**, le Parlement a adopté avant même les événements du 11 septembre, une loi sur le 'crime organisé' qui, tout en ne visant pas directement les actes terroristes, mais un phénomène plus large, est susceptible de s'appliquer à de tels actes (Νόμος 2928/27.6.2001 (ΦΕΚ Α' 141), "Τροποποίηση των διατάξεων του Π.Κ. και του Κ.Π.Δ. και άλλες διατάξεις για την προστασία του πολίτη από αξιόποινες πράξεις εγκληματικών οργανώσεων" [Loi no 2928/27.6.2001 (JO A' 141), "Modification des dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale et autres dispositions pour la protection du citoyen d'actes punissables d'organisations criminelles"). Suite à l'avis circonstancié sur le projet de loi émis par la Commission nationale pour les droits de l'homme dénonçant l'incompatibilité de certains de ses aspects avec les articles 5 et 6 de la CEDH (Texte in *Rapport 2001, Commission nationale pour les droits de l'homme*, Athènes, Publ. officielle, 2002, pp. 157 ss., avis adopté en plénière le 3 mai 2001), le texte final avait été amendé dans le sens requis. C'est sur base de cette loi sur le crime organisé que fut procédé en Grèce en 2002 aux arrestations et inculpations des membres présumés de l'organisation terroriste "17 novembre" – active en Grèce depuis 1975 –, dont le procès débutera en mars 2003.

⁵ En **Allemagne**, les conditions pour l'interdiction des associations étrangères ont été considérablement élargies par d'autres modifications de la loi relative aux associations (voir § 14 de la loi relative aux associations tel qu'exprimé à l'article 9 de la loi de lutte contre le terrorisme). Parmi les nouvelles raisons d'interdiction, citons, par exemple, le fait d'empêcher des Allemands et des étrangers de vivre amicalement ensemble ou de les en menacer, l'usage, encouragé ou recommandé, de la force pour affirmer des intérêts politiques ou religieux. Les exigences restrictives de l'article 9 (2) de la constitution d'interdire les associations ("dont les buts ou les activités contreviennent aux lois criminelles ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou le concept de compréhension internationale") s'applique aux associations dont les membres ou les dirigeants sont tous ou à prédominance Allemands ou citoyens de l'Union européenne. La loi relative aux associations renfermait une règle concernant les communautés et associations religieuses: celles qui se contentent de cultiver simplement une croyance ne sont pas considérées comme des associations au sens de la loi relative aux associations (§ 2 (2) n° 3). Cette règle, qu'on appelait le privilège religieux, est maintenant radiée (Première loi de modification de la loi relative aux associations du 4 décembre 2001 (BGBl. 2001 I p. 3319)). L'idée du législateur est que même ces associations peuvent maintenant être interdites sur base de l'article 9 (2) de la constitution. La question de savoir si l'annulation du privilège religieux était compatible avec le droit à la liberté de religion et, si oui, quelles en sont les limites, a été difficile à résoudre. Voir L. Michael, *Verbote von Religionsgemeinschaften*, *Juristenzeitung* 2002, pp. 482-491. – En tout cas, le 12 décembre 2001, soit quelques jours après que la modification de loi devienne effective, le ministre de l'Intérieur a interdit l'association "Kalifatsstaat", qui combattait pour un "Etat de Dieu" en Turquie.

de la Convention de Genève du 18 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, ainsi qu'à des modifications au régime de l'extradition⁶. Le point V de cette observation s'y trouve consacré.

6. La lutte contre le financement du terrorisme, notamment dans le cadre défini par la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999, a donné lieu depuis les attentats du 11 septembre 2001 à de nombreuses initiatives incluant, outre l'incrimination du financement du terrorisme, le gel des avoirs en amont d'un procès pénal et le recours à la peine particulière de confiscation. Ces mesures sont examinées au point VI de la présente observation.

*
* *

Cette Observation thématique rend compte des initiatives prises par l'Union européenne et ses Etats membres, en réaction à l'actualité qu'ont donné à la menace terroriste les attentats du 11 septembre 2001. Cette observation est conduite à partir de la grille de lecture spécifique que constituent les droits fondamentaux. Il ne s'agit pas de rappeler les standards que les droits fondamentaux constituent, dans le domaine des mesures visant à lutter contre le terrorisme. Ces standards sont connus. Ils ont été rappelés, encore récemment, dans les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme. Approuvées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002 et adoptées le 15 juillet 2002 par les Délégués des Ministres des Affaires étrangères du Conseil de l'Europe, ces lignes directrices affirment l'obligation des Etats de protéger toute personne contre le terrorisme, mais également l'interdiction de l'arbitraire, la nécessaire légalité de toute mesure antiterroriste prise par les Etats, ainsi que l'interdiction absolue de la torture. Elles fixent également un cadre juridique en ce qui concerne, notamment, la collecte et le traitement de données à caractère personnel, les mesures d'ingérence dans la vie privée, l'arrestation, la garde à vue et la détention provisoire, les procédures judiciaires, l'extradition ou le dédommagement des victimes. La présente Observation thématique ne vise ni à revenir sur ces standards ni à les développer. Plutôt, en gardant ces standards à l'esprit, l'Observation vise à mettre à jour les quelques points sur lesquels une particulière vigilance s'impose dans l'adoption de mesures destinées à lutter contre le terrorisme, compte tenu du contenu des initiatives qui ont été prises au cours de la période de référence.

Dans l'Union européenne, les risques que fait courir aux droits fondamentaux l'adoption de mesures visant à lutter contre le terrorisme sont d'autant plus importants que les contrôles démocratique et juridictionnel sont encore très insuffisants, dans l'équilibre institutionnel actuel, en particulier dans le cadre des Titres V et VI du Traité sur l'Union européenne. Le choix délibéré des Etats membres de baser une partie importante de la réaction de l'Union sur le second pilier du Traité et notamment d'user de l'instrument des positions communes pour des mesures aussi spécifiques que la définition de listes d'organisations terroristes ou l'échange d'information, sans parler de la multiplication des clauses « anti-terroristes » dans les accords avec les Etats tiers, prive l'institution parlementaire de toute possibilité d'information et d'action⁷. Le déficit de légitimité démocratique de ces mesures est d'autant plus grand qu'une part importante de la lutte contre le terrorisme s'inscrit dans le cadre de la mise en oeuvre d'engagements internationaux et de positions dégagées au sein de l'Organisation des Nations Unies, ce qui réduit encore les possibilités de contrôle parlementaire sur des choix intergouvernementaux. Plusieurs des mesures adoptées par les Etats membres dans le cadre de la réaction à la menace terroriste l'ont été en exécution de la résolution 1373 (2001) adoptée le 28

⁶ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a formellement approuvé le 13 février 2003 le Protocole amendant la Convention pour la répression du terrorisme de 1977. Le nouveau Protocole prévoit, entre autres, un allongement considérable de la liste des infractions à «dépouiller» et l'ouverture de la Convention aux Etats observateurs auprès du Conseil de l'Europe. Par ailleurs, sont ajoutés comme motifs de refus d'extradition la peine de mort, la torture et la peine privative de prison sans possibilité de remise de peine. Le Protocole sera ouvert à la signature le 15 mai 2003 à l'occasion de la 112^e session du Comité des Ministres. Il entrera en vigueur simultanément pour toutes les parties à la Convention. Texte complet du Protocole et du rapport explicatif: <http://www.coe.int/gmt/>.

⁷ Voir la Résolution du parlement européen du 7 février 2002 sur la décision du Conseil du 27 décembre 2001 relative à des mesures de lutte contre le terrorisme, JO C 284 du 21.11.2002, p. 313.

septembre 2001 par le Conseil de Sécurité des Nations Unies arrêtant des stratégies pour lutter par tous les moyens contre le terrorisme, y compris son financement. C'est sur la base de cette résolution qu'ont été adoptées au sein de l'Union européenne la position commune 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme⁸, la position commune 2001/931//PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme⁹, ainsi que, pour ce qui concerne le gel des avoirs, le règlement du Conseil 2580/2001 du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme¹⁰. C'est sur la base de l'article 2 § 3 de ce règlement qu'a été prise la décision 2001/927/CE du Conseil, du 27 décembre 2001, établissant la liste prévue à cette disposition. Le point VI de cette Observation analysera plus précisément cette problématique.

Ce déficit de contrôle démocratique contraste fortement avec l'enjeu que représentent ces mesures, du point de vue des droits fondamentaux. Or ce déficit se trouve encore renforcé là où, comme en Belgique, les assemblées parlementaires se trouvent placées à l'écart du débat portant sur les mesures de transposition à adopter¹¹. Car sont en cause ici des droits aussi fondamentaux que le droit à la présomption d'innocence ou d'accès au juge – compte tenu des conséquences qui s'attachent pour une personne ou une organisation au fait de figurer sur la liste de la décision 2001/927/CE précitée –, le droit à la protection de la vie privée vis-à-vis du traitement de données à caractère personnel – que menace notamment l'intensification des échanges de ces données (voy. les points III et IV de l'Observation) –, ou plus généralement le droit au respect de la vie privée et les droits de la défense – auxquels viennent apporter des restrictions les nouvelles méthodes, dites "particulières", d'enquête (point IV).

Compte tenu de ce contexte, cette Observation thématique veut attirer l'attention sur certaines difficultés que peuvent poser, du point de vue du respect des droits fondamentaux énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les mesures adoptées par les Etats membres dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. L'objectif est double. D'une part, il s'agit d'éclairer les choix qu'auront à faire les parlements nationaux dans le cadre de la transposition des décisions-cadre du Conseil relatives à la lutte contre le terrorisme¹² et au mandat d'arrêt européen et aux procédures de

⁸ JO L 344 du 28.12.2001, p. 90. L'article 14 de cette position prévoit que les Etats membres deviennent dès que possible parties aux conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme qu'une annexe à cet instrument énumère. Il en est résulté un certain nombre de ratifications et de signatures de ces textes par les Etats membres. Le 24 septembre 2001, l'**Autriche** a signé la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée le 9 décembre 1999 par l'Assemblée générale des Nations unies; elle a ratifié cette convention le 15 avril 2002. La **Finlande**, qui avait déjà signé, respectivement en 1998 et en 2000, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, a ratifié ces deux textes les 27 et 28 juin 2002, et a immédiatement adopté des mesures législatives conformes à ces conventions (Loi n° 372 et Lois n° 558 et 559, comprenant un amendement au chapitre 34 du Code pénal prévoyant l'incrimination du financement du terrorisme). En juillet 2002, l'**Allemagne** a ratifié la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 (voir la Loi du 5 octobre 2002, BGBl. 2002 II p. 2506). En **Grèce**, le Parlement a adopté la loi n° 3034/2002 portant ratification de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ; déposé au Parlement le 5 juillet 2002, le projet de loi portant ratification de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif n'a pas encore été adopté. Au **Luxembourg**, un projet de loi n° 4954 portant approbation de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme a été déposé le 16 mai 2002; la ratification n'a pas encore eu lieu. En **Suède**, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme est entrée en vigueur le 6 juillet 2002. Au point VI de cette Observation, certaines initiatives nationales ayant pour objet la mise en oeuvre de cette dernière convention sont passées en revue.

⁹ JO L 344 du 28.12.2001, p. 93.

¹⁰ JO L 344 du 28.12.2001, p. 70.

¹¹ Le 27 février 2003, la Chambre des représentants a voté un Projet de loi relatif à la mise en oeuvre des mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne à l'encontre d'Etats, de certaines personnes et entités (doc. 50. 2210/001), habilitant l'Exécutif à prendre, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les mesures d'exécution nécessaires pour mettre en oeuvre des actions ou positions communes adoptées en vertu des articles 12, 14 et 15 du traité sur l'Union européenne et pour les cas traités aux articles 60 § 1, 301 et 308 du traité CE. Le texte n'ayant pas fait l'objet d'une évocation par le Sénat, il est appelé à entrer en vigueur prochainement. Par l'adoption de ce texte, la **Belgique** assurera la mise en oeuvre des mesures d'embargo ou de gel des avoirs, à la manière dont, depuis une loi du 11 mai 1995, sont mises en oeuvre les mesures d'embargo décidées par le Conseil de sécurité des Nations unies.

¹² Cette transposition devait intervenir au 31 décembre 2002. Elle est encore en cours dans plusieurs des Etats membres.

remise entre Etats membres¹³, et par la suite, chaque fois qu'ils seront appelés à exercer leur contrôle sur l'adoption de mesures présentées comme visant à répondre à la menace terroriste. Il s'agit d'autre part, par la comparaison des expériences nationales, de faciliter un apprentissage mutuel entre les Etats, quant à la réponse la plus appropriée à apporter à cette menace. Les experts indépendants en matière de droits fondamentaux sont en effet convaincus que l'efficacité des mesures destinées à combattre le terrorisme ne se mesure pas à l'ampleur des restrictions que ces mesures imposent aux libertés fondamentales, c'est-à-dire qu'il n'existe, entre le gain de sécurité et les atteintes aux libertés, aucun rapport de vases communicants: au contraire, certaines pratiques minimisent l'étendue des restrictions apportées aux droits fondamentaux, tout en présentant un degré élevé d'efficacité.

I. La qualification du terrorisme

Dès lors que l'infraction "terroriste" fait l'objet d'un traitement particulier en droit de la procédure pénale – notamment par le recours à certaines méthodes spécifiques d'enquête – ou donne lieu à des sanctions d'une nature ou d'une gravité particulières, elle doit être définie avec une précision suffisante: le principe de la légalité en matière pénale l'exige. En outre, dès lors que la dimension internationale du phénomène du terrorisme exige une coopération internationale accrue, les Etats concernés doivent s'accorder sur une définition commune du terrorisme. Or l'examen des développements de la période sous référence ne permet pas de conclure que toutes les difficultés aient été, de ce point de vue, surmontées.

La décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme du 13 juin 2002¹⁴, largement amendée depuis le texte initialement proposé par la Commission européenne le 19 septembre 2001¹⁵, propose une définition harmonisée du terrorisme. Mais par elle-même, cette définition ne suffit pas à rencontrer l'exigence de légalité¹⁶. Les éléments qui sont contenus par la décision-cadre elle-même, pour qualifier ainsi certaines infractions de droit commun, réfèrent au *degré de gravité* que présentent ces infractions («par leur nature ou leur contexte, [ces infractions, pour être qualifiées de terroristes, doivent pouvoir] porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale») ainsi qu'à la *finalité* de l'action («l'auteur les commet dans le but de: – gravement intimider une population ou – contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou – gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale»)¹⁷.

Ces éléments constitutifs ne suffisent pas à circonscrire avec une précision suffisante l'infraction terroriste des infractions de droit commun¹⁸. Enonçant, d'abord de manière générale, qu'elle « ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne », la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme précise ensuite dans son 10^e

¹³ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1. La participation à une organisation criminelle et le terrorisme constituent les deux premières infractions de la liste des infractions qui, si elles sont punies dans l'Etat membre d'émission du mandat d'arrêt européen d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans, donnent lieu à remise sans exigence de double incrimination: voir l'article 2 § 2.

¹⁴ L'article 31, e), prévoit l'adoption progressive de mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables notamment dans le domaine du terrorisme. Lors de l'adoption de la décision-cadre, six Etats membres possédaient une législation spécifique en la matière (E, F, I, All, UK, P).

¹⁵ COM (2001)521 final du 19 septembre 2001.

¹⁶ Voy. l'article 7 § 1 de la CEDH, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cour eur. D.H., arrêts *S.W. et C.R. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, Série A n° 335-B et 335-C, § 35 et § 33. La Cour de justice des Communautés européennes a également souligné l'importance de ce principe: C.J.C.E., 12 décembre 1996, *Procédures pénales c. X*, C-74/95 et C-129/95; C.J.C.E., 9 juillet 1981, *Grandrand Frères*, 169/80, *Rec.*, p. 1931.

¹⁷ Article 1^{er} de la décision-cadre.

¹⁸ Le défaut de précision est plus net encore lorsque la décision-cadre impose aux Etats de rendre punissable la direction ou la participation aux activités d'un « groupe terroriste » (article 2 § 2 de la décision-cadre), ou lorsqu'elle identifie parmi les infractions terroristes la « menace » de réaliser un acte terroriste (article 1^{er} § 1, i), de la décision-cadre).

considérant qu'elle ne saurait être interprétée «comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache». Dans une Déclaration annexée à la décision-cadre, les Etats membres réservent le cas du «comportement de ceux qui ont agi afin de préserver ou de rétablir des valeurs démocratiques», comme ce fut le cas, est-il précisé, durant la seconde guerre mondiale¹⁹. Le retour d'une appréciation subjective à l'instant où la règle s'efforçait de définir objectivement l'infraction illustre la difficulté que rencontre la définition de l'infraction terroriste, afin de réserver à celle-ci un traitement spécifique, distinct de celui qui s'applique aux infractions de droit commun.

Il est dès lors essentiel que, dans la transposition qu'ils feront de cette décision-cadre, les Etats membres prennent en compte la nécessité de pallier les incertitudes qui, dans cet instrument, continuent d'affecter la définition de l'infraction terroriste. Il est pour ce motif souhaitable que, nonobstant l'urgence d'adopter des mesures face à la menace du terrorisme, un débat parlementaire soit organisé afin d'aboutir au meilleur texte possible, et que, au cours de l'élaboration du texte, la conformité aux exigences des droits fondamentaux puissent faire l'objet d'une évaluation indépendante.

*L'incrimination du terrorisme par la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*²⁰

Les paragraphes ci-dessous dressent un bilan, encore partiel, de l'état de l'incrimination du terrorisme, mentionnant, le cas échéant, l'état de transposition de la décision-cadre dans les Etats membres:

En **Autriche**, les articles 278b à 278d ont été ajoutés dans le *Code pénal* afin d'introduire pour la première fois l'incrimination du terrorisme, tandis que l'article 64 de Code a été amendé de manière à prévoir une compétence extra-territoriale des juridictions autrichiennes pour poursuivre pareilles infractions²¹. La section 278b contient une définition de l'expression "organisation terroriste"²² qui est modelée d'après la décision-cadre du Conseil, prévoyant jusqu'à dix ans d'emprisonnement pour les membres de telles organisations, tandis que la section 278c accroît la peine maximale pour toute une série d'infractions diverses, lorsqu'elles sont commises dans le cadre d'une organisation terroriste, de la moitié de la peine qui serait infligée autrement (la peine ne pouvant toutefois en aucun cas excéder vingt ans). Le financement du terrorisme et la fourniture de ressources aux terroristes sont traités à la section 278d, qui précise que l'on peut imposer une peine de 6 mois à 5 ans d'emprisonnement.

Au **Danemark**, suite à la situation du 11 septembre 2001, le gouvernement a adopté un certain nombre de mesures pour contrebalancer le terrorisme (*train de mesures législatives*)²³. Du fait de la rapidité de l'élaboration et de l'adoption de ce train de mesures, il se pourrait que le Danemark soit en violation de ses obligations légales internationales, spécialement en vertu de la Convention de Genève de 1951 ou de la Convention européenne des droits de l'homme. Une définition du terrorisme a été incluse dans le Code pénal; elle est empruntée à la décision-cadre du 13 juin 2002 et n'a pas remédié au caractère vague de la définition contenue dans cette dernière.

¹⁹ Déclaration 109/02, annexe I du doc.11532/02 du 22 août 2002 p. 19.

²⁰ La transposition par les Etats membres devait avoir lieu avant le 31 décembre 2002.

²¹ Voir *Federal Law Gazette* (BGBl.) I n° 134/2002. L'article 9 § 1 de la décision-cadre du 13 juin 2002 prévoit les cas dans lesquels chaque Etat membre doit établir sa compétence à l'égard des infractions terroristes. Parmi ces cas figure celui où l'auteur de l'infraction est l'un de ses ressortissants ou résidents, indépendamment du lieu où se trouve commise l'infraction.

²² On a argué que cette définition serait suffisamment large pour couvrir les organisations bien établies comme Greenpeace; même si c'était en théorie exact, il est vraiment très peu réaliste qu'aucun juge adopte jamais une telle interprétation.

²³ Lov (2002:378) om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven samt lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige [Loi (2002:378) portant modification de la loi concernant le Code pénal, de la loi sur l'administration de la justice, de la loi sur la concurrence des télécommunications et le consommateur, de l'ordonnance sur les armes et les explosifs et de la loi d'extradition concernant la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède].

En **Belgique**, le gouvernement a déposé le 14 mars 2003 devant la Chambre des représentants un projet de loi relatif aux infractions terroristes²⁴. Le projet de loi adapte le Code pénal en vue de rendre la législation belge conforme à la décision-cadre, en définissant les infractions dites «terroristes» ainsi que la notion de «groupe terroriste». Il introduit par ailleurs des sanctions élevées et octroie une compétence extra-territoriale aux juridictions belges pour poursuivre les auteurs présumés d'actes de terrorisme.

En **Grèce**, le processus de transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 est bien engagé, mais non encore abouti (l'infraction de terrorisme était toutefois déjà reconnue à travers la loi hellénique du 27 juin 2001).

En **Finlande**, les mesures visant à transposer la décision-cadre ne sont pas encore en vigueur. Le parlement a approuvé le 8 janvier 2003 une proposition gouvernementale²⁵ pour une loi d'incorporation de dispositions concernant le terrorisme dans le Code pénal (*Rikoslaki, loi n° 39 de 1889*), ainsi que la loi de mesures coercitives (*pakkokeinolaki, loi n° 450 de 1987*), mettant en oeuvre la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 sur la lutte contre le terrorisme. Lorsque le projet de loi gouvernemental visant à mettre en oeuvre la décision-cadre du 13 juin 2002 était devant le Comité de loi constitutionnelle du parlement, plusieurs experts académiques en droit constitutionnel et en droit criminel entendus par ledit Comité se sont dits inquiets quant à la compatibilité du projet de loi avec les droits fondamentaux, notamment le principe de légalité dans les causes criminelles (section 8), de liberté d'expression (section 12) et des libertés de rassemblement et d'association (section 13). Dans son avis, le Comité de loi constitutionnelle a demandé que l'on apporte plusieurs modifications au projet de loi, dans le but de garantir le respect approprié des droits fondamentaux et, de ce fait, de permettre que le projet de loi soit adopté par une procédure ordinaire d'adoptions législatives.²⁶ Quant à la participation à un groupe terroriste plus précisément, le parlement a finalement approuvé, le 21 janvier 2003, le projet de loi gouvernemental²⁷ suggérant que la participation aux activités d'une organisation criminelle soit punissable par la loi. Selon le gouvernement, le projet de loi s'inspirait, d'une part, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et, d'autre part, de l'Action conjointe du 21 décembre 1998, adoptée par le Conseil européen sur la base de l'article K.3 du Traité de l'Union européenne, qui fait de la participation à une organisation criminelle dans l'Etat membre de l'Union européenne une infraction criminelle.

En **Suède**, le parlement a approuvé la décision-cadre du Conseil européen sur la lutte contre le terrorisme le 29 mai 2002.²⁸ En conséquence, le gouvernement a approuvé le 4 décembre 2002 le projet d'une nouvelle loi sur le crime terroriste, qui a ensuite été soumis au Conseil de la législation pour examen.²⁹ On s'attend à ce que le parlement prenne une décision sur la nouvelle législation (Loi sur la sanction des crimes terroristes) au début de 2003. Le gouvernement suédois a clairement dit que

²⁴ Projet de loi relatif aux infractions terroristes, 14 mars 2003, Chambre des Représentants, DOC 502364/001. Voy. également l'AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT no 34.362/4 du 27 janvier 2003, section de législation, quatrième chambre, saisi par le ministre de la Justice d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi « relative aux infractions terroristes ». Le Conseil d'Etat avait scrupuleusement analysé l'admissibilité d'une première version du projet au regard du principe de la légalité des incriminations, en rappelant que «la circonstance qu'une disposition nationale s'inspire d'une norme européenne ne la soustrait pas à l'empire de l'article 7 de la Convention». En ce sens, voir Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni contre la France* du 15 novembre 1996, § 30.

²⁵ *HE terrorismia koskeviksi rikoslain ja pakkokeinolain muutoksiksi*. Voir également PeVL 48/2002vp.

²⁶ Voir *Opinion of the Constitutional Law Committee* PeVL 48/2002vp.

²⁷ *Hallituksen esitys 183/1999vp rikollisjärjestöjen toimintaan osallistumisen säätämistä rangaistavaksi*.

²⁸ Prop. 2001/02:135 *Sveriges antagande av rambeslut om bekämpande av terrorism*. Voir aussi SOU 2002:98, *Internationella brott och svensk jurisdiktion*.

²⁹ Ds 2002:35 *Straffansvar för terroristbrott*, pp. 81-86. Un grand nombre d'amendements à différentes lois existantes relatives au sujet du terrorisme entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2003. Ce qui est considéré comme un crime terroriste aura, par exemple, des conséquences pour la procédure d'asile, puisque la loi sur les étrangers et la loi spéciale de contrôle seront toutes deux amendées de façon à reprendre une référence à la loi sanctionnant les crimes terroristes.

Il faut mentionner ici que le gouvernement a mis sur pied une commission d'enquête pour vérifier, *inter alia*, si le système législatif en cours permet bien, de façon appropriée, aux autorités publiques d'empêcher et de combattre les actes terroristes (Dir. 2001:120). Ses conclusions seront publiées au plus tard le 31 mars 2003 (Dir. 2002:134) *Kommittédirektiv, Tilläggsdirektiv till 11 septemberutredningen* (Ju 2001:13).

la proposition en cours d'examen répondra aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité d'une loi, conformément aux normes internationales. Ainsi, selon lui, la définition d'un crime terroriste sera formulée avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes à qui elle s'adresse de savoir ce que l'on attend qu'elles fassent et ne fassent pas. Certains ont néanmoins argué que les dispositions existantes du code criminel concerné pouvaient être adaptées sans obstacle dans ce but.³⁰ De l'avis de ces personnes, la loi proposée souffre d'ambiguïté au même titre que la décision-cadre mentionnée plus haut, notamment en ce qui concerne les critères subjectifs. Une large définition, associée à la proposition de retirer de la loi sur le contrôle spécial des étrangers l'exception de non-expulsion pour crimes politiques (§ 1^{er}, 2^e partie) implique qu'un plus grand nombre d'étrangers risquent à l'avenir d'être expulsés pour la raison qu'on les considère comme une menace pour la sécurité nationale. On a donc identifié comme un domaine particulièrement problématique l'absence d'une ligne de partage nette entre le crime terroriste et les crimes à motivation politique.³¹ En d'autres mots, le potentiel d'abus de pouvoir par les autorités publiques est grand.

Aux **Pays-Bas**, le projet de loi sur les crimes terroristes (*Wetsvoorstel terroristische misdrijven*) a été soumis au parlement le 28 juin 2002.³² Une fois que le projet de loi sera entré en vigueur, le fait d'être membre d'une organisation criminelle dont le but est de commettre des crimes terroristes ou d'y participer sera punissable d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à huit ans, ou quinze ans dans le cas du fondateur, du chef ou de l'administrateur de l'organisation. Un amendement ultérieur, introduit le 17 décembre 2002, clarifie les choses en précisant que la personne qui apporte un appui financier, matériel ou autre à une organisation terroriste sera considérée comme "participant" à cette organisation et, donc, criminellement responsable.³³ Le projet de loi prévoit en outre que les peines maximales en cas de crimes sérieux peuvent être augmentés de moitié si ces crimes ont été commis dans un but terroriste.

Le **gouvernement irlandais** a publié en décembre 2002 le projet de loi sur les crimes terroristes (*Criminal Justice (Terrorist Offences) Bill, 2002*)³⁴, dont le but principal est d'assurer la transposition, dans la législation irlandaise, de la décision-cadre de l'Union européenne sur la lutte contre le terrorisme, mais aussi de la Convention internationale contre la prise d'otages, de la Convention sur la prévention et la sanction de crimes contre les personnes à protection internationale, y compris les agents diplomatiques, de la Convention internationale pour la suppression des bombardements terroristes (sections 8 à 11 du projet de loi)³⁵ et de la Convention internationale pour la suppression du financement du terrorisme (sections 12 à 44). Les mesures contenues dans ce projet de loi sur les crimes terroristes doivent être considérées comme complémentaires de celles contenues dans les lois concernant les crimes contre l'Etat (*Offences Against the State Acts, 1939-1998*).³⁶ Le projet de loi

³⁰ *Frivilligorganisationernas fond för mänskliga rättigheter, Svenska Helsingforskommittén för Mänskliga Rättigheter, Betänkande Ds 2002:35 "Straffansvar för terroristbrott"*, Yttrande 4 octobre 2002, p. 4.

³¹ Voir la référence que fait Petter Ljunggren à une déclaration fournie sur ce sujet par la Commission internationale des juristes, *Lagförslag mot terrorism möter hård kritik "Lagen leder till godtycke"*, Amnesty Press n° 4, Stockholm, décembre 2002, p. 22.

³² *Kamerstukken II*, 28463, n° 1 et seq.

³³ *Kamerstukken II*, 28463, n° 7.

³⁴ Pour le texte complet du projet de loi et le mémorandum explicatif, cliquez sur: www.irlgov.ie. Les débats parlementaires sur cette législation peuvent aussi être consultés à cette adresse.

³⁵ L'Irlande a signé cette Convention le 29 mai 1998. La Convention internationale contre la prise d'otages et la Convention sur la protection et la sanction de crimes contre les personnes à protection internationale ne sont plus ouvertes pour signature, mais on peut y avoir accès suite à l'adoption du projet de loi sur les crimes terroristes (*Criminal Justice (Terrorist Offences) Bill, 2002*).

³⁶ Ce dispositif législatif (et, en particulier, sa disposition prévoyant un tribunal criminel spécial sans jury) a déjà essuyé de sérieuses critiques, à plusieurs occasions, de la part du Comité des droits de l'homme. Bien que l'existence d'une telle législation puisse se comprendre par référence à l'expérience historique de violence politique en Irlande, les circonstances ont changé de manière significative depuis le milieu des années nonante. C'est dans cet esprit que cette législation a été soumise à une révision approfondie (sur base d'un engagement contenu dans les accords de Belfast de 1998) par un comité désigné par le gouvernement qui a fait rapport en avril 2002. Voir *The Report of the Committee to Review the Offences Against the State acts, 1939-1998 and Related Matters*, (Dublin: Government Publications, 2002). Ce rapport est aussi désigné comme "Le rapport Hederman", parce que le comité était présidé par le juge Anthony Hederman (un ancien membre de la cour suprême irlandaise), qui était en désaccord avec les principales conclusions du rapport. Bien que le rapport final résultant de cette révision (le rapport Hederman) n'ait pas proposé de rejeter ou, en effet, de réformes fondamentales des lois relatives aux

adapte également le modèle de la législation contre le crime organisé au contexte anti-terroriste national et international en reproduisant des dispositions de la loi de justice criminelle de 1994 (*Criminal Justice Act*, 1994) et de la loi de 1996 sur le produit des crimes (*Proceeds of Crime Act*, 1996). Les sections 6 (5) et (6) prévoient une présomption réfragable dans certaines circonstances, en fonction de l'intention voulue dans le but de commettre le crime ou de s'engager ou de tenter de s'engager dans une activité terroriste. Le projet de loi sur les crimes terroristes (*Criminal Justice (Terrorist Offences) Bill*, 2002) introduit une particularité procédurale non envisagée dans la décision-cadre: la sous-section (5) prévoit que, s'il est prouvé qu'une personne a commis, ou tenté de commettre, un acte qui constitue un crime spécifié dans le barème pertinent et que le tribunal reconnaît, considérant toutes les circonstances, qu'il est raisonnable de supposer que l'acte a été commis avec préméditation, la personne sera présumée avoir commis l'acte dans cette intention, à moins de pouvoir prouver le contraire. Les circonstances spécifiées pouvant être prises en compte par un tribunal sont énumérées à la sous-section (6) comme suit: lorsque l'acte a créé ou risquait de créer un danger collectif pour la vie ou l'intégrité physique de personnes; lorsque l'acte a causé ou risquait de causer de sérieux dommages à une organisation d'Etat ou internationale; lorsque l'acte a causé ou risquait de résulter en une perte économique majeure; et toutes autres circonstances qu'un tribunal considère pertinentes.

La **France** n'a pas encore transposé la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme. Mais elle avait déjà adopté la Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne³⁷ qui, à travers son article 33, élargit la définition de l'acte terroriste en y incluant le blanchiment d'argent et les délits d'"initiés" – cette dernière notion recevant une qualification élargie –, et crée en outre une incrimination nouvelle, soit le fait de financer une entreprise terroriste³⁸. Par ailleurs, le 10 décembre 2002 ont été précisées les orientations de l'avant-projet de loi sur la lutte contre la criminalité organisée. Ce texte entend regrouper un grand nombre d'infractions sous la qualification de « criminalité organisée » dont la notion est extensive et peut ne concerner que deux ou trois personnes. Se fait jour ici le risque d'un amalgame entre deux types de délinquances, conduisant à l'extension des principes nécessaires à la lutte contre le terrorisme à des délits qui ne nécessitent pas qu'on déroge au droit commun.

En **Allemagne**, le projet initial de la Loi relative à la lutte contre le terrorisme (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*) – adopté selon une procédure d'urgence au *Bundesrat*³⁹ – a fait l'objet de critiques nombreuses et substantielles au sein d'une Audience publique organisée par la Commission des affaires intérieures du *Bundestag* (malgré les conditions générales d'accélération des débats que l'opposition a critiquée)⁴⁰, aussi bien que de la part du Commissaire fédéral à la protection des données⁴¹: le texte, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002, a dès lors connu de nettes améliorations⁴².

crime contre l'Etat (*Offences Against the State Acts*), il a fait certaines suggestions modestes en vue d'améliorer le fonctionnement des lois. Aucune de ces suggestions n'a été mise en pratique et les mesures contenues dans le projet de loi de 2002 – qui étendent de manière significative certaines dispositions des lois relatives aux crimes contre l'Etat et d'autres actes législatifs – laissent place à la critique sur un certain nombre de points.

³⁷ Loi n° 2001-1062, JORF du 16 novembre 2001, p. 18215. Voir *infra* quant aux autres dispositions introduites par cette loi.

³⁸ Le chapitre V de cette loi relatif aux « Dispositions renforçant la lutte contre le terrorisme », qui introduit des mesures exceptionnelles, a une durée d'application limitée au 31 décembre 2003. Avant l'expiration de ce délai, le Parlement doit être saisi par le gouvernement d'un rapport d'évaluation sur l'application de l'ensemble des mesures prévues. L'article 33 relatif aux sanctions pénales des actes de terrorisme est toutefois repris dans la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, qui en assure la pérennité.

³⁹ Selon la possibilité que prévoit l'article 76 § 2 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*), qui a eu pour conséquence de réduire les débats de six semaines à trois semaines.

⁴⁰ L'opposition a critiqué le fait qu'une discussion normale était impossible du fait de la présentation, dans un délai très court, de multiples amendements par la coalition; voir *Bericht des Innenausschusses* [Rapport du Comité des affaires intérieures], Bundestags-Drucksache 14/7864, p.8.

⁴¹ On peut trouver une critique sommaire de la loi en faveur de la lutte contre le terrorisme dans B. Hirsch, "Terreur et anti-terreur – Zur Beratung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes im Deutschen Bundestag am 14. Dezember 2001", in: T. Müller-Heidelberg u.a. (ed.), *Grundrechte-Report 2002 - Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland*, p. 15-26. – Consultez aussi la documentation du Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin, "Menschenrechtliche Erfordernisse bei der Bekämpfung des Terrorismus", 2002. [Droits de l'homme à respecter lors de la lutte contre le terrorisme]

En droit pénal, jusqu'à présent, le principe d'infraction criminelle "Formation d'associations terroristes" existait à la section 129a du Code pénal (*Strafgesetzbuch*). Il est maintenant complété par le principe d'infraction criminelle "Associations criminelles et terroristes dans des pays étrangers", à la section 129b du Code pénal.⁴³

En **Italie**, le nouvel article 270bis du Code pénal⁴⁴ qui concerne désormais les "associations ayant comme activité le terrorisme, même international, ou la subversion de l'ordre démocratique" incrimine la promotion, la constitution, l'organisation, la direction ou le financement de telles associations, prévoyant des peines de prison ferme pour une durée pouvant aller de cinq à dix ans. Le nouvel article 270 ter du Code pénal sanctionne par une peine de prison ferme pouvant s'élever jusqu'à quatre ans ceux qui prêtent leur assistance aux membres de l'association sans en faire directement ou indirectement partie. Ces amendements au Code pénal ont précédé la décision-cadre du 13 juin 2002 ; ils n'en constituent pas la transposition.

La réponse législative du **Royaume-Uni** à la menace qu'elle perçoit du terrorisme international est à rechercher dans son adoption de la loi sur l'anti-terrorisme, le crime et la sécurité (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*). Cette loi au champ d'application large s'appuie sur la législation existante, mais on a dit que les dispositions qu'elle contenait sont destinées à traiter spécifiquement de la situation qui s'est développée à la lumière des attaques du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis. Cette loi a été adoptée en application d'une procédure parlementaire régulière, mais en une période relativement courte. Bien que la loi soit permanente, on a prévu de la faire entièrement réviser dans les deux ans suivant son adoption et un rapport défavorable sur toute disposition particulière conduirait à ce qu'elle cesse de prendre effet (section 122)⁴⁵. Quant à la définition du terrorisme, elle a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la Commission mixte sur les droits de l'homme, qui s'inquiétait du potentiel d'arbitraire de cette définition⁴⁶.

L'examen des mesures adoptées par les Etats membres en vue de la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme montre que ces mesures étatiques de transposition n'ont pas remédié à l'imprécision définitionnelle de cet instrument, la définition du terrorisme qui figure dans la décision-cadre se trouvant dans la plupart des cas purement et simplement reproduite dans le droit pénal interne. Or il importe de rappeler que, même lorsqu'ils mettent en oeuvre un instrument de l'Union européenne, les Etats membres demeurent tenus, notamment, par le principe de la légalité des délits et des peines inscrit à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il résulte de cette disposition que l'individu doit pouvoir "à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité"⁴⁸.

⁴² *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus* [Loi portant sur la lutte contre le terrorisme international] du 9 janvier 2002 (BGBl. 2002 I p.361) <BGBl. = Bundesgesetzblatt, *Federal Law Gazette*. Elle contient des modifications de dix-sept lois et de six instruments statutaires.

⁴³ Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz [Trente-quatrième modification du Code pénal] – section 129b StGB du 22 août 2002 (BGBl. 2002 I p. 3390).

⁴⁴ Introduit par le Décret-loi 18 octobre 2001 n° 374 (converti avec des modifications par la loi 15 décembre 2001 n° 438): *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*.

⁴⁵ Seuls les pouvoirs étendus d'arrestation et de détention de personnes suspectes de terrorisme international n'ont pas été adoptés sur base indéfinie, mais rendus opérants, en première instance, pour une période de quinze mois, avec possibilité de renouvellement par le parlement pour des périodes allant jusqu'à un an à la fois, jusqu'au 10 novembre 2006 (s 29). Il y a aussi une disposition veillant à ce que l'exercice de ce pouvoir soit revu avant la fin de chaque période pour laquelle il est en vigueur (s 28). Le pouvoir a été le sujet d'une dérogation faite en vertu de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (voir ci-dessous, le point IV de l'Observation).

⁴⁶ Voir aussi Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Avis 1/2002 du 26 août 2002, La dérogation à l'article 5 § 1 CEDH, adoptée par le Royaume Uni en 2001, Doc.CommDH(2002)7 (relevant que la définition large des organisations terroristes permet à la loi britannique de s'appliquer à des individus "n'ayant peut-être donc aucune relation avec la situation d'urgence qui est à l'origine de la législation en vertu de laquelle les droits de cet individu garantis par la Convention risquent d'être bafoués").

⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni contre la France* du 15 novembre 1996, *Rec.* 1996-V, p. 1627, § 30.

⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Kokkinakis contre la Grèce* du 25 mai 1993, Série A n° 260-A, § 52; Cour eur. D.H., arrêt *S.W. contre le Royaume Uni* du 22 novembre 1995, Série A n° 335-B, § 35; Cour eur. D.H., arrêts *Streletz, Kessler et Krenz contre l'Allemagne* et *K.-H. W. contre l'Allemagne* du 22 mars 2001, respectivement § 50 et § 45.

En outre, la qualification d'une infraction comme "terroriste" justifiant le recours à des méthodes particulières d'enquête (ci-dessous, point IV de l'Observation) qui entraînent des ingérences importantes dans la vie privée, la condition de légalité à laquelle est subordonnée la licéité de pareille ingérence exige, dès lors qu'il se fonde sur une distinction entre les infractions "terroristes" et d'autres infractions, que cette distinction soit suffisamment précise. Tel n'est pas le cas lorsque la distinction entre les deux infractions repose exclusivement sur leur degré de gravité des conséquences de l'infraction et la finalité poursuivie par l'auteur.

II. La reconnaissance mutuelle des décisions de justice pénale entre les Etats membres

La décision cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres du 13 juin 2002⁴⁹ prévoit que les infractions de participation à une organisation criminelle et de terrorisme donnent lieu à remise sur la base d'un mandat d'arrêt européen, *sans contrôle de la double incrimination*, si elles sont punies dans l'Etat membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans telles qu'elles sont définies par le droit de l'Etat membre d'émission (article 2, al. 2).

La reconnaissance mutuelle des décisions pénales, dont la décision cadre relative au mandat d'arrêt européen constitue la première concrétisation, repose sur l'idée de la confiance mutuelle que doivent pouvoir s'accorder des Etats qui sont tenus au respect des mêmes standards en matière de droits fondamentaux. Le préambule prévoit à cet égard deux verrous de sécurité. Le refus de la remise d'une personne sera justifié "s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs", que le mandat a été émis "dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle"⁵⁰. Ensuite, dès lors que "le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres", la mise en oeuvre de celui-ci pourra être suspendue en cas de violation grave et persistante par un Etat membre des principes énoncés à l'article 6 § 1^{er} du Traité sur l'Union européenne, selon la procédure que prévoit l'article 7 dudit Traité⁵¹.

Ces précautions demeurent cependant en-deça de ce qui aurait été souhaitable du point de vue du respect des droits fondamentaux. Les précisions qui viennent d'être rappelées ne figurent pas dans le dispositif du texte mais uniquement dans sa motivation, ce qui en souligne la précarité. L'article 1^{er} § 3 de la décision cadre prévoit, certes, que celle-ci "ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne". Mais une affirmation plus explicite aurait pu être souhaitable, précisant par exemple que peut constituer une cause de non-exécution des obligations de remise, l'absence de garanties quant au respect des droits fondamentaux au sein de l'Etat d'émission. L'affirmation de principe figurant cette fois à l'article 1^{er} § 3 de la décision cadre n'est pas de nature à pallier cette faiblesse dès lors qu'elle voit sa portée limitée par l'affirmation, dans le Préambule, de la nécessaire "constatation" par le Conseil d'une violation grave et persistante des droits fondamentaux qui lie l'Etat jusqu'à l'action du Conseil. Or, tandis que l'exécution du mandat d'arrêt européen intervient sur une base *individuelle*, la constatation qui s'inscrit dans le cadre de l'article 7 TUE est faite sur le plan *général* du respect par un Etat membre des principes de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, et devrait n'intervenir que dans des situations d'une exceptionnelle gravité, en cas de "violation grave et persistante" par un Etat de ces principes. Il doit être rappelé pourtant que les obligations qu'impose aux Etats membres de l'Union, en particulier, la Convention européenne des droits de l'homme, ne se limitent nullement à l'interdiction de remettre une personne aux autorités d'un Etat qui se rend coupable d'une violation de cette ampleur, dûment constatée par le Conseil.

⁴⁹ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JO L190 du 18.7.2002 p. 1. La transposition doit avoir lieu pour le 31 décembre 2003.

⁵⁰ Considérant 12, al. 1.

⁵¹ Considérant 10.

Le corps même du texte de la décision cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres mentionne un certain nombre *d'exceptions*. La décision-cadre prévoit à ce titre des dispositions évitant que l'émission d'un mandat d'arrêt européen puisse déboucher sur une violation du principe *non bis in idem*⁵². Elle prévoit aussi que l'Etat d'exécution sera dispensé de l'obligation d'exécuter le mandat d'arrêt émis si, selon son droit national, la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt européen ne peut, en raison de son âge, être tenue pénalement responsable des faits à l'origine de ce mandat⁵³. Elle prévoit également que l'Etat d'émission du mandat peut être tenu de fournir certaines garanties à l'Etat d'exécution, notamment dans certains cas de condamnations par défaut⁵⁴ ou lorsque le droit de l'Etat d'émission prévoit, pour l'infraction qui est à la base du mandat d'arrêt européen, une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté à caractère perpétuel.⁵⁵

La décision-cadre traduit en outre le souci de protéger spécifiquement certains droits qui pourraient être mis en cause par le jeu des procédures de remise: l'amnistie est prise en considération ainsi que la prise en considération de l'âge⁵⁶ ou la prescription⁵⁷. Les droits de la personne recherchée sont également expressément organisés par l'article 11 dans des conditions conformes aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme relatives aux droits des personnes privées de liberté⁵⁸, de leurs droits à l'information⁵⁹ et à la traduction ainsi qu'à celui de l'assistance d'un conseil et d'un interprète⁶⁰. Ainsi qu'il a déjà été noté, la prise en compte de raisons humanitaires peut même conduire à surseoir temporairement à l'exécution de la remise⁶¹.

Ces nombreuses garanties montrent le souci qu'ont eu les auteurs de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres que cette forme de coopération judiciaire ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. Mais ces garanties ne protègent jamais que des aspects partiels liés à la protection de ces droits. La primauté des obligations internationales des Etats membres, qui résultent des traités relatifs aux droits fondamentaux auxquels ils sont parties, sur les obligations d'entraide que leur impose la décision-cadre, aurait dû être affirmée de manière explicite, pour éviter sur ce plan toute ambiguïté. A défaut que le texte même de la décision-cadre prévoit cette garantie, il importe que les Etats membres en tiennent compte dans la transposition qu'ils en feront.

En effet, les exceptions que la décision-cadre prévoit à l'obligation de remise ne couvrent pas l'ensemble des situations où, par la remise d'une personne à des fins d'exécution des jugements ou de poursuites, l'Etat d'exécution risque d'engager sa responsabilité internationale dans le cadre d'instruments relatifs aux droits de l'homme comme il est exposé ci-dessous: selon une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme bien établie depuis 1989, « le renvoi d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de

⁵² Article 3, 2).

⁵³ Article 3, 3).

⁵⁴ Article 5, 1).

⁵⁵ Article 5, 2). La Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas que la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible puisse poser une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention: Cour eur. D.H., arrêt *Weeks c. Royaume-Uni* du 2 mars 1987, Série A n°114 et les décisions de la Cour (3^{ème} sect.) du 29 mai 2001 dans l'affaire *Sawoniuk c. Royaume-Uni* (req. n° 63716/00), et du 16 octobre 2001 dans l'affaire *Einhorn c. France* (req. n°71555/01). Voir également, Conseil de l'Europe, Rapport général sur le traitement des détenus en détention de longue durée, Sous-comité n° XXV du Comité européen pour les problèmes criminels, Editions du Conseil de l'Europe, 1977, et la Résolution (76) 2 sur "le traitement des détenus en détention de longue durée", adoptée par le Comité de Ministres du Conseil de l'Europe à la suite de ces travaux.

⁵⁶ Article 3 § 3.

⁵⁷ Article 4 § 4.

⁵⁸ Cour eur. DH, arrêt *Brogan et autres contre le Royaume Uni* du 29 novembre 1988, Série A n°145-B, §62. Voir également Cour eur. DH, arrêt *Brannigan et Mc Bride contre le Royaume Uni* du 26 mai 1993, Série A n° 258-B § 58. Cour eur. DH, arrêt *Aksoy contre la Turquie* du 12 décembre 1996 Rec.1996-VI §66; Cour eur. DH, arrêt *Sakik et autres contre la Turquie* du 26 novembre 1997, Rec.1997-VII, § 44.

⁵⁹ Cour eur. DH, arrêt *Fox, Campbell et Hartley contre le Royaume Uni* du 30 août 1990, Série A n° 182, §§ 32 et 34.

⁶⁰ Article 11 § 2.

⁶¹ Article 23 § 4.

l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le reconduit vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. En pareil cas, cette disposition implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays». ⁶² Dans le considérant 13 de son Préambule, la décision-cadre du 13 juin 2002 rappelle cette règle. Mais le dispositif de la décision-cadre n'est pas aussi explicite (sauf le délai pour la remise de la personne pour des raisons humanitaires sérieuses: article 23 § 4). En outre, l'interdiction de faire courir à une personne le risque de peine de mort, de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants, ne couvre pas l'ensemble des interdictions que fait la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'éloignement. Ainsi notamment, une interdiction d'éloignement s'impose également lorsque la personne qui en fait l'objet risque un « déni de justice flagrant » dans l'Etat vers lequel elle serait éloignée. ⁶³

Dans l'état actuel du droit de l'Union européenne, le refus par un Etat membre de s'acquitter de l'obligation de coopération qui s'impose normalement à lui en vertu de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen peut se justifier par son souci de se conformer à son obligation de respecter les droits fondamentaux. Mais dans les situations litigieuses, où le risque de violation n'est pas clairement établi, un Etat hésitera à refuser la remise d'une personne à l'Etat membre d'émission du mandat. La faiblesse des mécanismes permettant de contraindre un Etat à s'acquitter de cette obligation, ainsi que le caractère politique de certains de ces mécanismes en raison des limites de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de la procédure du renvoi préjudiciel⁶⁴, ne constitue pas un remède à cette difficulté, mais au contraire un handicap supplémentaire: seulement dans des circonstances exceptionnelles la Cour de justice des Communautés européennes pourrait-elle être amenée à exercer un contrôle sur la légalité de ce refus ; dans la plupart des situations au contraire, l'on risque d'assister à un traitement politique, au sein du Conseil, de questions qui sont pourtant juridiques, celles de la protection due aux droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de l'obligation pour les Etats membres de respecter, même dans l'exécution de leurs obligations au sein de l'Union européenne, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels ils sont parties.

III. La coopération avec les Etats-Unis

Les impératifs de la lutte contre le terrorisme ont conduit à l'intensification des coopérations avec des Etats tiers, en particulier les Etats-Unis, en vue de répondre au caractère transnational de la menace terroriste. Le renforcement de ces coopérations peut mettre en danger la protection des droits fondamentaux dès lors que les standards en vigueur au sein de ces Etats se situent à un niveau moins élevé que ceux qui existent au sein de l'Union européenne. La coopération judiciaire avec les Etats-Unis, ainsi que la demande de transmission de données à caractère personnel vers ce même Etat, en constituent deux illustrations. Ce point III de l'observation porte uniquement sur la coopération judiciaire ; la question de l'échange de données à caractère personnel est abordée au point IV.

⁶² Voir la Cour eur. D.H., arrêts *Soering contre le Royaume Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 35, §§ 90-91, *Cruz Varas et autres contre la Suède* du 20 mars 1991 série A n° 201, p. 28, §§ 69-70; *Chahal contre le Royaume Uni* du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, n° 22, p. 1853-1855, §§ 73-74, 79 et 80⁶²; *Ahmed contre l'Autriche* du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, n° 26, p. 2206, § 39; *H.L.R. contre la France* du 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III, n° 36, p. 757, §§ 33-34 et *D. contre le Royaume Uni* du 2 mai 1997, *Recueil* 1997-III, n° 37, § 46.

⁶³ Voir la Cour eur. D.H., arrêt *Drozdz et Janousek contre la France et l'Espagne* du 26 juin 1992, Série A n°240, § 110; Cour eur. D.H. (3^e sect.), *S. Einhorn contre la France* (req. n° 71555/01), déc. du 16 octobre 2001, §§ 32-33).

⁶⁴ L'article 35 § 7 TUE prévoit que chaque Etat membre peut introduire un recours en manquement contre un autre Etat membre, lorsque le différend entre eux n'a pas pu être réglé au sein du Conseil dans les six mois qui ont suivi la saisine de celui-ci par l'un de ses membres. Le recours en manquement introduit par un Etat peut concerner l'interprétation ou l'application de tout acte adopté sur base de l'article 34 § 2 TUE. La Commission européenne ne dispose pas ici de la compétence d'introduire un recours en manquement contre l'Etat membre qui violerait les obligations que le droit de l'Union européenne lui imposerait. L'article 35 TUE prévoit par ailleurs que la Cour de justice des Communautés européennes peut recevoir la compétence de statuer, sur question préjudicielle des juridictions nationales des Etats membres, dans les conditions de coopération fixées par chaque Etat membre pour ses propres juridictions (voy. également la Déclaration relative à l'article K7 du Traité sur l'Union européenne annexée à celui-ci).

Les difficultés que pose la conclusion d'un accord de coopération judiciaire avec les Etats-Unis, notamment du point de vue du respect des droits fondamentaux, sont résumées par le Parlement européen dans sa résolution "sur la coopération judiciaire entre l'Union européenne et les Etats Unis d'Amérique dans le domaine de la lutte anti-terroriste", adoptée dès la fin de l'année 2001⁶⁵. Les limites de l'action de l'Union sont définies à partir des principes fondamentaux figurant à l'article 6 TUE ainsi qu'au départ de la Convention des Nations Unies contre la torture, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, de la Convention européenne des droits de l'Homme et son protocole n°6 abolissant la peine capitale, et des règles relatives à la protection des données⁶⁶. Cette délimitation obligée de l'action de l'Union explique les difficultés de négociation d'un accord formel d'entraide répressive et d'extradition sur la base des articles 24 et 38 du traité en réponse à la demande formulée par les Etats-Unis. Le mandat de négociation de l'Union européenne confié à la Présidence a donc marqué les limites de l'exercice: en particulier, il sera subordonné à la fourniture de garanties sur la non-exécution de la peine capitale et au "maintien des garanties constitutionnelles existantes sur les peines de réclusion à perpétuité"⁶⁷.

Le Conseil JAI du 19 décembre 2002 a marqué certaines avancées⁶⁸, notamment en ce qui concerne la question de l'extradition des nationaux vers les Etats-Unis, qui est d'ordre constitutionnel dans plusieurs Etats membres. Il reste que le dossier est particulièrement complexe tant sur le plan politique que sur le plan technique. Du point de vue politique, il n'est pas certain que l'unanimité des Etats de l'Union soit aussi solide qu'il y paraît en ce qui concerne une coopération répressive dans des conditions contraires aux droits fondamentaux. Le fait que subsistent des liens bilatéraux de coopération répressive entre les Etats-Unis et certains Etats membres signifie que les Etats-Unis pourraient voir satisfaire leurs demandes au travers de tels liens dans des conditions équivalentes à celles qui résulteraient d'un accord avec l'Union européenne. Le contournement des limites dessinées dans la résolution précitée pourrait alors se réaliser au détriment des droits individuels.

D'un point de vue technique, les obstacles sont encore nombreux. Ils pourraient conduire à explorer des solutions nouvelles, telles par exemple que l'extradition temporaire. Mais il s'imposera en tout état de cause de surmonter l'obstacle à l'entraide répressive entre l'Union européenne et les Etats-Unis que constitue le maintien, dans cet Etat, de la peine de mort, dont la conséquence est que les Etats européens qui coopèrent avec les Etats-Unis risquent d'engager leur responsabilité internationale, là où il peut en résulter pour conséquence que la peine de mort soit prononcée.

Deux épisodes marquants de l'année 2002 attestent de cette difficulté, telle qu'elle se pose déjà dans le cadre de l'entraide répressive bilatérale entre les Etats-Unis et certains Etats membres de l'Union. Le premier épisode a pour origine le refus de la **France** de coopérer avec les Etats-Unis dans le cadre de l'affaire Zacarias Moussaoui – ressortissant français qui risquait la sentence capitale pour sa participation présumée aux attentats du 11 septembre 2001 –, jusqu'à ce que les autorités judiciaires américaines prennent l'engagement, par lettre du 25 novembre 2002, à que les documents et renseignements fournis par la France ne soient pas pris en compte pour le prononcé de la peine de mort⁶⁹. Le second épisode est l'adoption en **Finlande**, par le Comité de droit constitutionnel du Parlement, d'un avis sur une proposition gouvernementale en faveur d'une loi sur le traitement des données personnelles par la police (HE 93/2002vp *laiksi henkilötietojen käsittelystä poliisitoimessa ja*

⁶⁵ JO C 177 E/288.

⁶⁶ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel conclue au sein du Conseil de l'Europe le 28 janvier 1981; la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31); Directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 (JO L 24 du 30.01.1998, p. 1), à présent abrogée et remplacée par la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteurs des communications électroniques, JO L 201 du 31.7.2002, p. 37.

⁶⁷ Conclusions du Conseil JAI des 25 et 26 avril 2002, doc. 7991/02 (Presse 104) p. 13.

⁶⁸ Conclusions du Conseil JAI, doc. 15691/02 (Presse 404) p. 8.

⁶⁹ Voir notamment, pour une critique de l'attitude des autorités françaises dans cette affaire, le site Internet de la ligue des droits de l'homme: www.ldh-france.assoc.fr

eräiksi siihen liittyviksi laeiksi)⁷⁰. Dans cet avis, le Comité de loi constitutionnelle a noté que le prérequis général du transfert de données personnelles à l'extérieur de l'Union européenne (ou de l'Espace économique européen) est que le pays en question garantisse un niveau adéquat de protection des données. Le Comité a fait référence à l'article 25 de la directive sur la protection des données (95/46/CE) et au paragraphe 1^{er} de la section 10 de la constitution de Finlande. Conformément à cette dernière disposition, "des dispositions plus détaillées sur la protection des données personnelles sont couchées dans la loi". En pratique, ces "dispositions plus détaillées" sont définies par la loi sur les données personnelles (Loi n° 523/1999). Le Comité a noté que le transfert de données personnelles n'est possible que conformément aux dispositions pertinentes définies par la loi sur les données personnelles (voir, plus spécialement, le chapitre 5 de cette loi). Le Comité a en particulier fait référence au paragraphe 4 de la section 9 de la constitution, stipulant que "[un] étranger ne sera pas éloigné, extradé ou renvoyé dans un autre pays si cela le place sous la menace d'une peine de mort, de la torture ou d'un autre traitement violent la dignité humaine." Selon le Comité, l'effet interprétatif de cette disposition entraîne que des données personnelles ne seront pas transférées si elles sont utilisées dans le but de prononcer une peine de mort ou de l'exécuter.

Il est essentiel de rappeler à cet égard que, y compris dans le cadre des coopérations interétatiques qu'ils choisissent de nouer avec des Etats tiers, les Etats membres de l'Union européenne, qui sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme, sont tenus au respect de ce dernier instrument. Les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme n'ont certes pas à imposer les règles de celle-ci aux Etats ou territoires tiers. Mais selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats contractants à la Convention doivent se garder d'apporter leur concours à des Etats avec lesquels ils renforcent leur coopération judiciaire, dès lors qu'il apparaît qu'ils pourraient faire courir à l'individu le risque d'une atteinte à ses droits fondamentaux, y compris en cas de déni de justice flagrant⁷¹.

IV. L'extension des pouvoirs d'enquête, de surveillance, et de poursuite

Au cours de l'année 2002, l'Union européenne et ses Etats membres ont adopté plusieurs initiatives destinées à faciliter la recherche et la poursuite d'auteurs présumés d'actes terroristes, ou à améliorer la coordination entre les acteurs de la lutte anti-terroriste, qu'ils soient policiers ou magistrats. Ces initiatives sont très hétérogènes, bien qu'elles impliquent toutes, à des degrés variables, des restrictions imposées aux droits fondamentaux de l'individu au nom de l'exigence de la sécurité: sont en cause en particulier le droit au respect de la vie privée, les droits de la défense dans le cadre de la procédure pénale, et le droit à la liberté et à la sûreté.

Ces évolutions sont examinées sous cinq titres. L'Observation passe en revue successivement l'établissement de profils d'auteurs présumés d'actes terroristes (IV.1), la transmission des données à caractère personnel depuis l'Union européenne vers les Etats-Unis (IV.2), la surveillance des communications électroniques au sein de l'Union européenne (IV.3), et l'extension des pouvoirs des services répressifs (IV.4). Un paragraphe spécifique est enfin consacré à la dérogation que le Royaume-Uni a notifiée, en vertu de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, à propos de la détention d'étrangers soupçonnés de liens avec des organisations terroristes, sans possibilité de jugement ni d'extradition (IV.5). L'hétérogénéité de ces thèmes ne doit pas occulter l'unité de l'évolution en cours.

IV.1. L'établissement de profils d'auteurs présumés d'actes terroristes

Le conseil JAI des 28 et 29 novembre 2002⁷² a adopté la recommandation relative à l'élaboration de "profils terroristes"⁷³. Il s'agirait d'identifier les cibles et organisations terroristes et d'en rassembler les

⁷⁰ Ce projet de loi abrogera la loi actuelle sur les dossiers de données personnelles de la police (Loi n° 509 de 1995).

⁷¹ Cour eur. D.H. (2^e section), arrêt *Pellegrini contre l'Italie* (req. n° 30882/96) du 20 juillet 2001, § 40.

⁷² Conseil JAI des 28 et 29 novembre 2002, doc. 14817/02 (Presse 875), annexe II p.21. Cette recommandation n'apparaît curieusement pas dans le sommaire des conclusions.

données en coopération avec Europol. Il n'en reste pas moins, quelles que soient la pertinence et l'urgence des souhaits quant à une meilleure analyse de la criminalité terroriste, que la définition de tels "profils" ouvre le champ à de graves menaces sur le plan des libertés publiques que le simple vœu d'une "compatibilité" avec les droits fondamentaux ne saurait écarter à lui seul⁷⁴. L'inclusion dans ces profils d'éléments d'identification tels que la "nationalité", "l'éducation" ou la "situation familiale" exigent vraisemblablement des précautions beaucoup plus fortes, d'autant que le lien de ces profils avec la politique d'immigration est explicite. Au stade actuel, les modalités d'élaboration de ces profils ne paraissent pas suffisantes au regard de la véracité et de la fiabilité des informations prises en compte nonobstant leur confidentialité laquelle ne peut cependant emporter une absence totale de contrôle.

Ce risque avait été perçu immédiatement avec la proposition espagnole de décision portant création d'un formulaire type concernant les groupes violents et radicaux "liés au terrorisme"⁷⁵, initiative prenant heureusement la peine de se démarquer du droit d'expression et de manifestation garantis par le droit interne et figurant parmi les principes énoncés à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne.

L'élaboration de profils terroristes sur la base de caractéristiques telles que la nationalité, l'âge, l'éducation, le lieu de naissance, les "caractéristiques psychosociologiques", ou la situation familiale – tous ces éléments figurent dans la recommandation relative à l'élaboration de profils terroristes -, afin d'identifier les terroristes "avant l'exécution d'une action terroriste" et, "en coopération avec les services d'immigration et la police" en vue "d'empêcher ou de révéler la présence de terroristes sur le territoire des Etats membres", présente en outre un risque important de discrimination. L'élaboration de tels profils à des fins opérationnelles ne saurait être admis qu'en présence d'une démonstration claire, statistiquement significative, de liens entre de telles caractéristiques et le risque de terrorisme, démonstration qui n'est pas apportée à l'heure actuelle.

IV.2. La transmission des données à caractère personnel depuis l'Union européenne vers les Etats-Unis

Données à caractère personnel liées au trafic aérien

La transmission vers les Etats-Unis de données à caractère personnel traitées au sein de l'Union européenne est réclamée avec insistance par les autorités américaines. La question de savoir comment une telle transmission pouvait avoir lieu sans qu'il en résulte une atteinte à la vie privée des personnes concernées s'est posée dans des contextes très différents au cours de l'année 2002.

A la suite des événements du 11 septembre 2001, les Etats-Unis ont adopté plusieurs mesures législatives (Aviation and Transportation Security Act 2001 ; Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act 2002) obligeant sous peine d'amendes les compagnies de transport aérien à transmettre certaines données à caractère personnel aux services des douanes (Commissioner of Customs) ainsi que de l'immigration (Immigration and Naturalization Services). Ces services pourront également permettre l'accès à ces données à d'autres autorités fédérales. Les données en cause sont relatives aux passagers et membres d'équipages de vols traversant les Etats-Unis au départ comme à l'arrivée.⁷⁶

⁷³ Doc. 11858/02.

⁷⁴ Considérant 7.

⁷⁵ Doc. 5712/02 du 13 février 2002.

⁷⁶ Plus particulièrement, on distingue l'Aviation Transportation Security Act du 19 novembre 2001 qui impose à toutes les compagnies aériennes assurant des vols intercontinentaux débarquant aux Etats-Unis de fournir des données sur les passagers et les membres d'équipage, via le système APIS (Advance Passenger Information System). APIS fut conçu pour réduire les files d'attente aux douanes américaines. Sont ainsi communiquées aux douanes, les données (limitées) figurant sur le passeport et la carte d'embarquement du passager, préalablement à son arrivée. Ces informations sont en effet exigées 15 minutes avant le décollage. Le *Enhanced Border Security Act* prévoit quant à lui que les "compagnies aériennes volant vers les Etats-Unis doivent transmettre une liste et des informations personnelles concernant les passagers 15 minutes après le décollage – un PNR avec des détails personnels et des adresses de logement aux Etats-Unis, ainsi que toute autre catégorie de

Le Groupe de travail "Article 29" sur la protection des données a rendu un avis n° 6/2002, le 24 octobre 2002, particulièrement motivé, sur la compatibilité avec la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 de l'obligation ainsi imposée aux compagnies aériennes par les autorités des Etats-Unis⁷⁷. Son avis part du constat que les données personnelles dont la transmission est requise (PNR) dépassent celles strictement nécessaires à l'identification de la personne en ce qu'elles incluent, outre les nom, adresse, date de naissance et références du vol, des données telles que: la date de réservation du billet, l'agent de voyage consulté, des données financières, des informations relatives à des vols précédents du passager, ses convictions philosophiques et son appartenance ethnique, son lieu de travail, etc.

Le Groupe de travail "Article 29" en déduit que les compagnies dont il est exigé qu'elles transmettent ces informations sont prises dans un dilemme: elles sont tenues de n'agir que conformément à la directive 95/46/CE, mais d'autre part elles risquent, si elles ne se conforment pas aux exigences imposées par les autorités des Etats-Unis, des pénalités financières ainsi que de se voir refuser la possibilité d'atterrir aux Etats-Unis. Le Groupe de travail estime dès lors que pareil traitement de données à caractère personnel, impliquant leur collecte auprès des passagers ainsi que leur transmission, ne saurait être admise que sur la base de l'adoption, par les Etats membres de l'Union européenne, de mesures apportant certaines restrictions aux droits que la directive 95/46/CE consacre, selon la possibilité que prévoit l'article 13 de cet instrument. Il considère en outre que la transmission aux autorités des Etats-Unis des données requises par l'APIS ne serait acceptable, selon la directive 95/46/CE, qu'à la condition que certaines garanties soient offertes par l'Etat de réception de ces données, ce qu'à l'heure actuelle le droit des Etats-Unis n'offre cependant pas.

Le Groupe de travail "Article 29" déduit de ces considérations que, "bien qu'inauguré dans le contexte d'atrocités terroristes, le système APIS conduirait à une divulgation disproportionnée et systématique d'informations par des compagnies aériennes qui sont tenues au respect de la directive 95/46/CE". Il appelle par conséquent à l'adoption d'une attitude commune de la part des Etats membres de l'Union européenne, à la fois en vue de l'adoption de mesures apportant des restrictions aux droits que la directive 95/46/CE reconnaît à l'individu, ainsi que l'autorise l'article 13 de celle-ci, et en vue de négocier avec les Etats-Unis un certain nombre de garanties dans le traitement et la sécurisation des données à caractère personnel qui seraient transmises aux autorités compétentes de ce pays, afin de permettre aux compagnies aériennes de ne pas se trouver dans une situation où des obligations contradictoires leur seraient imposées.

Les 17 et 18 février 2003, la Commission européenne a finalement conclu un accord avec l'autorité compétente des Etats-Unis (US Customs) aux termes duquel toute compagnie aérienne opérant des vols transatlantiques est tenue de communiquer aux douanes américaines – avant le décollage – les identités et données personnelles des passagers.⁷⁸ Le 12 mars suivant, le Parlement européen a cependant exprimé sa déception tant vis-à-vis du contenu de l'accord que vis-à-vis de la procédure de son adoption. 414 voix contre 44 ont ainsi voté en faveur d'une résolution préparée par la Commission des libertés et droits du citoyen, justice et affaires intérieures du parlement européen (LIBE).⁷⁹ La

renseignements que l'Attorney general des Etats-Unis décidera d'ajouter à l'avenir". APIS est donc enrichi du PNR (pour "Passenger Name Record"), soit le nom générique donné aux dossiers créés par les compagnies aériennes pour chaque voyage et enregistrement de passagers. Ils sont stockés dans les bases de données de réservation et de contrôle de départ des compagnies aériennes. Le PNR permet à tous les agents différents de l'industrie aérienne (depuis l'agent de voyage et les systèmes de réservation par ordinateur (CRS) jusqu'au transporteur et aux agents de manutention dans les aéroports) de reconnaître chaque passager et d'avoir accès à toutes les informations pertinentes relatives à son voyage: vols de départ et de retour, services spéciaux requis à bord (nourriture), renseignements médicaux si nécessaires, etc.).

⁷⁷ Avis 6/2002 sur la transmission du manifeste d'informations passagers et d'autres données depuis la compagnie aérienne jusqu'aux Etats-Unis, 24 octobre 2002, 11647/02/EN.

⁷⁸ Déclaration commune de la Commission européenne et des douanes américaines, conclues les 17 et 18 février 2003, complétée par la déclaration des douanes américaines du 4 mars 2003 portant sur les données sensibles. Ces documents sont disponibles aux adresses suivantes: http://www.Europa.eu.int/comm/external_relation/us/intro/pnr.htm; ou http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/adequacy/declaration_pnr_en.pdf

⁷⁹ Parlement européen, Projet de motion pour une résolution sur le transfert de données personnelles par les compagnies aériennes à destination des services d'immigration US du 6 mars 2003 (B5-0000/2003) et texte adopté le 11 mars 2003 (B5-187/2003). Voir, pour la position de la Commission européenne, le discours n° 03/125 de F. Bolkenstein, membre de la Commission européenne chargée du marché intérieur et de la taxation du 12 mars 2002: *Airlines passenger data transfers*

résolution fait état des critiques formulées à l'égard de l'accord intervenu, lesquelles avaient déjà été épinglées par le Groupe de travail "Article 29" dans son avis précité.⁸⁰ Elle affirme l'incompatibilité de l'accord avec l'article 25 de la directive 95/46/EC, qui prévoit que la transmission des données personnelles vers des pays tiers est subordonnée au respect de conditions déterminées, soit un niveau de protection adéquat dans le pays destinataire des données, ce qui n'est pas le cas des Etats-Unis.⁸¹ Dans sa lettre du 3 mars 2003 adressée au président de la Commission LIBE du Parlement européen, le président du Groupe de travail "Article 29" sur la protection des données exprime des doutes quant à la possibilité pour les autorités nationales de contrôle de demeurer sans réaction face à des transmissions de données à caractère personnel, par les compagnies aériennes, qui ne respecteraient pas la législation nationale relative à la protection des données et l'article 25 de la directive 95/46/CE.

En vertu de l'article 25 de la directive 95/46/CE, le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement ne peut avoir lieu que si le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat. Des doutes subsistent à l'heure actuelle sur le caractère adéquat de la protection qu'offrent les Etats-Unis. Une décision de la Commission européenne, adoptée en vertu de l'article 25 § 6 de la directive 95/46/CE, selon laquelle le traitement des données personnelles aux Etats-Unis offre des garanties suffisantes, ne saurait en tout état de cause être prise que dans les limites qu'impose l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. A défaut que les principes de pertinence et de proportionnalité soient entièrement respectés, et qu'un droit de rectification existe au bénéfice de l'individu dont les données personnelles font l'objet du transfert, il existe un risque réel d'atteinte à ces différentes garanties.

Données détenues par Europol

La question de la transmission de données à caractère personnel aux Etats-Unis s'est posée également en ce qui concerne les données détenues par l'Office européen de police (Europol). Le Conseil européen avait autorisé le 27 mars 2000 le directeur d'Europol à engager des négociations concernant des accords avec des Etats tiers. Il avait subordonné cette autorisation au respect d'une procédure stricte lorsque cette coopération est susceptible d'entraîner la transmission de données à caractère personnel⁸² en s'appuyant notamment sur l'avis de l'Autorité de contrôle commune⁸³. Un certain nombre d'accords se sont ainsi formalisés sans difficultés majeures (Interpol, Norvège, Islande..), en prévoyant l'échange de telles données.

La question de la conclusion d'un tel accord avec les Etats-Unis après les événements du 11 septembre 2001, à la demande des autorités de cet Etat, a en revanche été au centre de problèmes

from the EU to the United States (Passenger Name record). La reproduction des interventions orales au cours de cette assemblée plénière du Parlement européen figure à l'adresse <http://www.statewatch.org/news/2003/mar/12epvote.htm>.

⁸⁰ Sont en cause en particulier l'incertitude quant aux destinataires de ces données, le fait que certaines données récoltées ne sont pas nécessaires à la finalité poursuivie (critère de pertinence), l'absence d'indications quant à la durée du stockage, et l'absence de droit de rectification. Une plainte peut être introduite mais toute modification est laissée à la discrétion des douanes américaines. Les données semblent également disponibles pour les douanes américaines dès la réservation par le futur passager puisqu'il semble que l'accord autorise l'accès direct de ces dernières au système de réservation des compagnies aériennes. Dans ce cas, cette transmission irait au-delà des exigences américaines qui ne requièrent la communication que 15 minutes avant et après le décollage. Selon certaines informations, la communication en serait à tout le moins exigée au plus tard 1 heure avant le décollage de l'appareil ce qui laisse suspecter que les autorités américaines s'arrogent le droit de communiquer leur refus de voir s'embarquer tel ou tel passager.

⁸¹ A cet égard, notons que la législation américaine fait elle-même l'objet de critiques, notamment de la part de l'Electronic Privacy Information Center (EPIC). Voir l'intervention de C. Laurant à l'occasion du séminaire public du Parlement européen du 25 mars 2003: "Protection des données depuis le 11 septembre 2001: quelle stratégie pour l'Europe?"

⁸² Le droit complémentaire à la Convention Europol applicable à la transmission des données à caractère personnel par Europol à des Etats et des instances tiers est constitué par l'acte du Conseil du 12 mars 1999 établissant ces règles (JO C 88 du 30.3.1999, p. 1) modifié le 13 juin 2002 par une décision du Conseil (JO C150 du 22.6.2002, p.1).

⁸³ L'Autorité de contrôle commune veille au respect des droits de la personne et à la licéité de la transmission des données émanant d'Europol (article 24.2 et 7 de la Convention Europol) et elle est susceptible d'être saisie par des personnes s'estimant lésées (article 24.4 de la convention Europol).

particulièrement sensibles au sein de l'Union européenne, au point qu'il a fallu d'abord conclure un accord partiel entre Europol et les Etats-Unis excluant de l'accord la transmission de données à caractère personnel⁸⁴. L'article 18 de la Convention Europol⁸⁵ prévoit qu'Europol peut transmettre des données à caractère personnel conservées par ses services à des Etats tiers pourvu que plusieurs conditions soient remplies, dont notamment l'existence d'un niveau adéquat de protection des données garanti au sein de l'Etat destinataire de la transmission. Il est cependant permis de douter à cet égard de la qualité des garanties que peuvent offrir les Etats-Unis. Ceux-ci n'ont pas ratifié la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel⁸⁶. Le caractère fédéral des Etats-Unis rend en outre incertaine l'ampleur de la diffusion des informations en cause⁸⁷.

D'autres critiques se font entendre, cependant, et ont conduit à ce que des réserves parlementaires soient émises dans un certain nombre d'Etats membres (France, Pays-Bas, Royaume-Uni)⁸⁸. En essence, les critiques sont les suivantes: (i) il manque dans l'accord une disposition concernant spécifiquement le traitement des données; (ii) l'accord ne garantit pas le droit d'accès aux données par les sujets des données, comme précisé dans les règles européennes, internationales et nationales, et exprimé à l'article 8 (2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; (iii) l'accord ne respecte pas non plus les obligations internationales qui s'appliquent aux Etats membres de l'Union européenne et les règles européennes concernant la protection des données, qui requièrent qu'il y ait une autorité indépendante, et pas seulement une autorité au degré "approprié" d'indépendance, comme dans le traité proposé. Cela est explicitement stipulé à l'article 8 (3) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; (iv) l'accord ne tient pas compte des règles internationales qui restreignent sévèrement le traitement des données dans certaines catégories "sensibles", comme précisé à l'article 6 de l'accord. Il y a donc un risque qu'Europol transmette ses informations ou reçoive des informations américaines qui violent les règles du traitement des données sensibles; (v) la Cour de justice des communautés européennes n'a aucun pouvoir pour statuer sur la validité ou l'interprétation de tels traités et il n'y a aucune procédure de contrôle public de l'application de tels traités. Le parlement européen n'a pas non plus été consulté au sujet de la conclusion de tels accords et la ratification parlementaire nationale n'est pas requise.

En dépit de ces difficultés, le Conseil JAI du 19 décembre 2002 a finalement approuvé le texte d'un projet d'accord. Le projet garantit la protection des informations à caractère racial, politiques ou religieuses: celles-ci ne seront fournies que dans un cadre strictement nécessaire; et l'Etat ayant fourni l'information conserve une maîtrise décisive. Il n'en reste pas moins que l'exigence d'accords particuliers avec les nombreuses agences américaines qui avait été formulée par certains Etats membres pour couvrir le risque d'une diffusion incontrôlable des informations n'a pas été retenue par les Etats-Unis⁸⁹: un seul accord sera signé par le directeur d'Europol et il permettra la fourniture de données à tous niveaux, ce qui paraît discutable même si l'Union a inscrit une clause lui permettant de dégager sa responsabilité⁹⁰.

⁸⁴ L'accord partiel est du 6 décembre 2001. L'organisme de supervision conjointe d'Europol (*Europol Joint Supervisory Body*, qui n'a pas été convenablement consulté sur l'accord conformément à la convention Europol) a argué qu'il n'y avait pas de base légale pour un tel accord dans la Convention – qui ne contient que des règles d'accords de coopération "complète".

⁸⁵ Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (convention Europol), JO C 31 du 27.11.1995, p. 1.

⁸⁶ L'article 23 de cette Convention rend possible l'adhésion d'Etats non membres du Conseil de l'Europe.

⁸⁷ Voir par exemple Statewatch analysis n°15, "*The exchange of personal data between Europol and the USA*", par S. Peers. Le président de l'Autorité de contrôle a été amené à remarquer que si l'Union devait utiliser à leur égard les mêmes critères que ceux utilisés à l'égard des pays d'Europe centrale et orientale en vue de leur adhésion à l'Union, l'accord devrait être refusé aux Etats-Unis, faute pour cet Etat d'offrir des garanties suffisantes (compte-rendu de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat français, Communication de M. Alex Turk, Président de l'Autorité de contrôle commune d'Europol, sur le projet d'accord entre les Etats-Unis et Europol relatif à l'échange de données à caractère personnel (E 2141)).

⁸⁸ Pour une vue d'ensemble, consultez par exemple <http://www.statewatch.org/news/2002/nov/analy15.pdf>

⁸⁹ Article 7 et 12.

⁹⁰ Article 11.

L'article 18 de la Convention Europol adoptée par Acte du Conseil du 26 juillet 1995⁹¹ définit les conditions auxquelles Europol peut transmettre des données à caractère personnel conservées par ses services à des Etats ou instances tiers. Mais les conditions fixées par l'article 18, y compris la conditions selon laquelle un niveau adéquat de protection des données est garanti dans l'Etat ou l'instance tiers, doivent s'interpréter en tenant compte des exigences générales de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Du point de vue de ces dispositions – et particulièrement de l'article 8 § 3 de la Charte des droits fondamentaux –, l'absence d'une autorité de contrôle indépendante ayant la compétence de surveiller la transmission des données par Europol ainsi que le traitement qui en est fait par les autorités des Etats-Unis, constitue un motif de préoccupation particulièrement important.

IV.3. Intensification de la surveillance des communications

Le 14 décembre 2001, le Groupe de travail "Article 29" sur la protection des données (*Article 29 Data Protection Working Party*) a rendu un avis n° 10/2001 sur la nécessité d'une approche équilibrée de la lutte contre le terrorisme (*Opinion 10/2001 on the need for a balanced approach in the fight against terrorism*), dans lequel il s'inquiète de la criminalisation accrue de certains comportements liés à la société de l'information, ainsi que les atteintes croissantes au droit des individus au respect de leur vie privée, telle que la rétention des données relatives à la télécommunications par les opérateurs concernés.

La Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques⁹² prévoit cependant que les Etats membres peuvent "adopter des mesures législatives prévoyant la conservation de données pendant une durée limitée lorsque cela est justifié" par les nécessités de la sauvegarde de la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique, ou pour la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques (voy. l'article 15, § 1^{er} de la directive). Aux termes de cette disposition, ces restrictions à la vie privée ne peuvent toutefois intervenir que dans les limites qu'impose le respect des droits fondamentaux, et notamment de la vie privée telle qu'elle est garantie par la directive 95/46/CE.

En juillet 2002, l'organisation non gouvernementale Statewatch a divulgué un projet de décision-cadre prévoyant que les Etats membres de l'Union européenne imposeront aux opérateurs de services de télécommunications, la conservation des données de trafic pour une période de 12 mois au moins et de 24 mois au plus, afin de permettre l'accès à ces données aux autorités chargées de vérifier l'application effective de la loi⁹³. A la suite de la révélation de ce projet, les commissaires européens à la protection des données ont exprimé leurs doutes quant à la légitimité et la légalité de telles mesures. Ils ont exprimé le point de vue selon lequel "Lorsque des données de trafic doivent être conservées, sa nécessité doit être démontrée, la période de conservation doit être aussi courte que possible et cette pratique doit être clairement établie par la loi, de façon à prévenir tout accès illégal ou toute autre forme d'abus. La conservation systématique de tout type de données pour une période d'un an ou plus serait clairement disproportionnée et par conséquent inacceptable"⁹⁴. Le Groupe de travail "article 29" de protection des données a appuyé cette position, dans un avis 5/2002 qu'il a adopté le 11 octobre 2002⁹⁵.

⁹¹ JO C 316 du 27.11.1995, p. 1.

⁹² JO L 201 du 31.7.2002, p. 37.

⁹³ Analyse Statewatch n° 11: Surveillance des télécommunications: rétention obligatoire des données.

⁹⁴ Déclaration des Commissaires européennes à la protection des données adoptée lors de la conférence internationale de Cardiff (9-11 septembre 2002), relative à la conservation systématique et obligatoire des données de trafic des télécommunications.

⁹⁵ 11818/02/FR/final, WP 64.

Dans le plan d'action qu'il a adopté à la suite des attentats du 11 septembre, le Conseil invitait la Commission européenne à faire des propositions «pour veiller à ce que les autorités répressives aient la possibilité d'enquêter sur des actes criminels comportant l'utilisation de systèmes de communications électroniques et de prendre des mesures contre leurs auteurs»⁹⁶. Dans ses conclusions du 19 décembre 2002, le Conseil Justice et Affaires intérieures rappelle cette demande, en soulignant la nécessité d'aboutir progressivement à une harmonisation des législations nationales des Etats membres dans le domaine de la conservation des données du trafic, ceci afin de faciliter la coopération entre les systèmes judiciaires et policiers des Etats membres, et afin qu'à la mobilité des communications et à l'utilisation par les réseaux criminels des moyens modernes de communication, corresponde une capacité de réaction dans le chef des autorités publiques des Etats membres. L'accent est cependant mis à présent, plutôt que sur le rapprochement des législations, sur la nécessité d'un dialogue avec les secteurs concernés, notamment afin que soient pris en compte les coûts que peut entraîner, pour l'industrie des télécommunications et de l'Internet, l'obligation de conserver les données de trafic⁹⁷.

La conservation des données de trafic: la dispersion des Etats membres

La vigueur du débat portant sur la conservation des données de trafic n'a rien d'étonnant. Le thème de la protection des données et des systèmes d'information apparaît comme une problématique cruciale de la lutte contre le terrorisme⁹⁸. Au niveau des Etats membres, les initiatives se multiplient dans ce domaine. Par exemple:

En **Belgique**, ce sont sans doute ces incertitudes entourant encore la question de la licéité de pareille conservation systématique et obligatoire des données de trafic, pour une durée aussi longue, qui ont retardé l'adoption des *arrêts d'exécution de l'article 109ter E de la Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques* (dite "Loi Belgacom")⁹⁹. Inséré dans cette loi par la loi du 28 novembre 2000 sur la criminalité informatique, l'article 109ter E prévoit que l'Exécutif fixe "les obligations pour les opérateurs de réseaux de télécommunications et les fournisseurs de services de télécommunications d'enregistrer et de conserver, pendant un certain délai en vue de l'investigation et de la poursuite d'infractions pénales (...), les données d'appel de moyens de télécommunications et les données d'identification d'utilisateurs de services de télécommunications". Ce délai ne peut être inférieur à douze mois. La déclaration des commissaires européens à la protection des données à caractère personnel adoptée lors de la conférence internationale de Cardiff (9-11 septembre 2002) dispose cependant que la conservation systématique et obligatoire des données relatives à l'usage de tout moyen de télécommunication pour une durée d'un an ou plus est jugée comme un moyen disproportionné et inacceptable.

En **France** en revanche, les articles *L 32-3-1 et L.32-3-2 du Code des postes et télécommunications* prévoient que «pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à la disposition de l'autorité judiciaire d'informations, il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques» relatives aux communications.¹⁰⁰ Les catégories de données visées et la durée de leur conservation sont déterminées après avis de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL). Il est précisé que les données

⁹⁶ Conclusions de la session extraordinaire du Conseil du 20 septembre 2001, point 4 p. 6, doc. 12019/01 (presse 327).

⁹⁷ Voir 15691/02 (Presse 404).

⁹⁸ La proposition de décision-cadre du Conseil relative aux attaques visant les systèmes d'information (COM(2002)173 final du 19 avril 2002, JO C 203E du 27.8.2002) souligne encore dans cet esprit la nécessité d'une réponse à la délinquance informatique et la nécessité de l'encadrer par les principes des chapitres II et VI de la Charte des droits fondamentaux (considérant 19), sans pour autant en déduire toutes les implications qui s'imposent.

⁹⁹ La difficulté technique et les enjeux économiques de la matière peuvent également expliquer l'absence à ce jour de mesures d'exécution.

¹⁰⁰ Articles insérés par l'article 29 de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (Loi n°2001-1062, JORF du 16 novembre 2001, p. 18215). L'on rappelle que ces dispositions ont une durée d'application limitée au 31 décembre 2003, mais elles seront probablement prorogées par le projet de loi pour la sécurité intérieure (article 17) jusqu'au 31 décembre 2005.

conservées et traitées portent uniquement sur l'identification des personnes utilisatrices des services de télécommunications et sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers (soit la durée des communications, la destination d'appel et le support utilisé: données de trafic), et non sur le *contenu* des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que cela soit, dans le cadre de ces communications.

Au **Danemark**, la législation anti-terroriste établit une base juridique permettant d'affirmer l'obligation, à charge des fournisseurs de télécommunications, d'enregistrer et entreposer des informations concernant les données de trafic¹⁰¹.

Au **Royaume-Uni**, la loi sur l'anti-terrorisme, le crime et la sécurité (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*) crée une base légale pour la rétention, par les fournisseurs de communication, de données concernant les communications de leurs clients, de façon à ce que les agences de sécurité, d'intelligence et de maintien de la loi puissent y avoir accès en vertu de leurs pouvoirs législatifs existants.

En **Allemagne**, le *Telekommunikations-Überwachungsverordnung* [Décret permettant de garder les télécommunications sous surveillance]¹⁰² a été adopté à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Son but est notamment de réguler les normes de l'équipement technique des services de télécommunication, de façon à ce que les mesures de surveillance permises puissent avoir lieu.

IV.4. L'extension des pouvoirs des services répressifs

Extension des pouvoirs des services de renseignement

Bien que le lien avec la lutte contre le terrorisme à l'intérieur des frontières nationales soit au mieux indirect, il convient d'attirer l'attention sur certaines situations où les services de renseignement des forces armées d'Etats membres de l'Union européenne ont reçu des pouvoirs accrus de surveillance. L'exercice de tels pouvoirs peut assurément avoir un impact sur le droit au respect de la vie privée et le secret des communications.

En **Belgique**, a été soumis le 9 octobre 2002 à la Chambre des représentants un projet de loi modifiant les articles 42 et 44 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal: le texte, voté sans amendement par la Chambre en séance plénière le 18 décembre 2002, est actuellement à l'examen auprès du Sénat. L'article 259bis avait été inséré dans le Code pénal par la loi du 30 juin 1994 relative aux écoutes, à la prise de connaissance et à l'enregistrement de communications et de télécommunications privées. Il punit d'emprisonnement ou d'amende tout agent public qui, notamment, "intentionnellement, à l'aide d'un appareil quelconque, écoute ou fait écouter, prend connaissance ou fait prendre connaissance, enregistre ou fait enregistrer, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées, auxquelles il ne prend pas part, sans le consentement de tous les participants à ces communications ou télécommunications" (art. 259bis, § 1^{er}, 1^o), ou en vue de commettre une de ces infractions "installe ou fait installer un appareil quelconque" (art. 259bis, § 1^{er}, 2^o). L'article 259bis § 5 du Code pénal, introduit par l'article 44 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité, prévoit cependant une exception à ces règles au bénéfice du Service général du renseignement et de sécurité des Forces armées: les interdictions pénales visées "ne s'appliquent pas à la captation, l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement [par ce Service], à des fins militaires, de radiocommunications militaires émises à l'étranger". Le projet gouvernemental voté à la

¹⁰¹ Lov (2002:378) om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven samt lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige. [Loi (2002:378) d'amendement du Code Pénal, de la Loi sur l'Administration de Justice, de la Loi sur la concurrence, les télécommunications et les consommateurs, du Décret relatif aux armes et explosifs, de la Loi d'Extradition concernant la Finlande, l'Islande, la Norvège, et la Suède]

¹⁰² Décret concernant la mise en place technique et organisationnelle de mesures permettant de garder les télécommunications sous surveillance du 22 janvier 2002 (BGBl. I p. 458).

Chambre des représentants prévoit d'étendre l'exception déjà prévue au bénéfice du Service général du Renseignement et de la Sécurité des Forces armées à "toutes formes de communications émises à l'étranger", et non plus seulement à des fins militaires mais également "pour des motifs de sécurité et de protection de nos troupes et de celles de nos alliés lors de missions à l'étranger et de nos ressortissants établis à l'étranger" (article 2 du projet de loi tel que voté par la Chambre, modifiant l'article 259bis, § 5, du Code pénal). La possibilité pour le Service général du Renseignement et de la Sécurité des Forces armées d'effectuer des écoutes s'étend donc à l'ensemble des moyens modernes de communication tels que téléphones portables, correspondances électroniques, communications par satellite, dès lors que les communications émanent de l'étranger, et que leur destinataire soit, lui, situé en Belgique ou à l'étranger. Bien que l'initiative gouvernementale se présente comme une façon de tirer les conséquences des circonstances du décès de militaires belges au Rwanda en avril 1994, elle a été encouragée par la nécessité pour la Belgique de pouvoir contribuer efficacement à la coopération internationale dans la lutte contre le terrorisme.

La compatibilité du texte initialement projeté avec les exigences du droit au respect de la vie privée vis-à-vis de l'interception des communications mérite un examen attentif. Dans un avis (n° 09/2002) qu'elle a rendu d'initiative le 28 février 2002 sur ce qui était alors un avant-projet de loi, la Commission de protection de la vie privée – se ralliant à la recommandation émise le 3 mai 1999 par le Groupe de travail "Article 29" de protection des données (*Article 29 Data Protection Working Party*), à propos du respect de la vie privée dans le contexte de l'interception des communications – a notamment souligné que la définition excessivement vague des conditions de l'interception de communications par le Service général du Renseignement et de la Sécurité des Forces armées ne respectait pas l'exigence de spécificité qui se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme: dès lors que la surveillance exploratoire ou générale des télécommunications à grande échelle est interdite, les circonstances dans lesquelles des interceptions peuvent avoir lieu et les conditions auxquelles elles sont soumises doivent être identifiées avec une précision suffisante. Le même avis soulignait la nécessité de soumettre l'interception des communications à une autorité de contrôle, présentant les garanties d'indépendance et d'impartialité requises, et ayant la compétence d'interdire ou de faire cesser toute interception des communications non conforme aux exigences légales. La section de législation du Conseil d'Etat s'était déjà prononcée en ce sens dans un avis n° 32.623/4 rendu le 28 janvier 2002. Au surplus, selon le Conseil d'Etat, dès lors que la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité encourage la coopération entre les services de renseignement et les autorités judiciaires, y compris la communication de données (articles 19 et 20), l'extension des compétences que reçoit le Service général du Renseignement et de la Sécurité des Forces armées – l'autorisant à écouter, capter, écouter, prendre connaissance et enregistrer toute forme de communication émise à l'étranger – crée le risque que se trouvent contournées les obligations internationales de la Belgique sur le plan de l'entraide judiciaire, ce qui serait de nature à affecter la régularité des éléments de preuve recueillis¹⁰³.

Les modifications apportées à l'avant-projet initial à la suite de ces avis tiennent compte des deux premières préoccupations qui ont été exprimées: les conditions régissant l'interception de communications émises depuis l'étranger ont été quelque peu resserrées, par un renvoi aux missions que l'article 11 de la loi du 30 novembre 1998 précitée attribue au Service général du Renseignement et de la Sécurité ; surtout, il est à présent prévu que l'interception de communications par ce service sera soumise au contrôle du Comité permanent de contrôle des services de renseignements (dit "Comité permanent R"). Institué par la loi du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services de police et de renseignements, la mission du Comité permanent R – composé de trois membres effectifs nommés par le Sénat et présidé par un magistrat – est d'enquêter sur les activités, les méthodes, les

¹⁰³ Le Conseil d'Etat ajoutait à ces deux préoccupations celle du respect de la souveraineté de l'Etat étranger, qui s'opposerait à ce que des actes d'autorité, relevant d'un pouvoir de contrainte des autorités exécutives ou judiciaires, puissent être effectués par des organes de l'Etat belge sur le territoire d'un Etat étranger par un autre Etat. Le Conseil d'Etat citait la Recommandation n° R(95) 13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres, selon laquelle une perquisition transfrontalière sur réseau menée par les autorités chargées de l'enquête sans l'autorisation des autorités compétentes du pays où les données sont stockées "pourrait constituer une violation de la souveraineté et du droit international, ainsi qu'un contournement partiel de la voie traditionnelle d'entraide judiciaire".

règlements et directives internes des services de renseignements, ainsi que sur les documents réglant le comportement de leurs membres, ceci notamment afin de vérifier que ces services respectent les droits fondamentaux des personnes. Le projet de loi modifiant les articles 42 et 44 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité confère à ce comité de contrôle un pouvoir de décision: tenu informé des interceptions qui se pratiquent, il peut à tout moment faire cesser l'interception en cours (article 6 du projet, prévoyant l'insertion d'un nouvel article 44ter dans la loi du 30 novembre 1998). En revanche, il n'apparaît pas que les objections soulevées par le Conseil d'Etat en ce qui concerne la compatibilité du projet avec le respect de la souveraineté des autres Etats et les obligations de la coopération judiciaire internationale aient été rencontrées.

En **Autriche**, un amendement¹⁰⁴ récent à la loi sur les pouvoirs militaires autorise les services secrets militaires à demander aux fournisseurs de télécommunication, à titre gratuit, des informations sur le nom, l'adresse et le numéro de téléphone d'une certaine connexion. Ils se sont en outre vu accorder le droit de demander aux autorités compétentes la délivrance de faux documents destinés à masquer la véritable identité de leur détenteur en vue de préparer ou de mener des investigations secrètes dans le cadre de leurs tâches de renseignement. Pour chaque cas individuel, le ministre de la Défense déterminera, dans une ordonnance spéciale, le but et la portée de ces documents et tout usage réel sera dûment documenté.

En **Allemagne**, ce sont plus spécialement les compétences des services secrets¹⁰⁵ et du Bureau fédéral de police criminelle (BKA)¹⁰⁶ qui ont été élargies. En particulier, le *Bureau fédéral pour la protection de la constitution (BfV)* – similaire au Service de renseignement fédéral et le contre-espionnage militaire – a gagné de nouvelles attributions à grande portée¹⁰⁷, qui sont également accordées aux bureaux de protection de la constitution des Länder. Dans des cas isolés et sous certaines conditions, le BfV est autorisé à mener des enquêtes auprès de banques, de services financiers et d'institutions financières, de compagnies aériennes ainsi que de services postaux et de télécommunication afin de révéler la situation financière et personnelle de réseaux de terrorisme internationaux. Des moyens techniques peuvent également être utilisés pour localiser un téléphone mobile actif et pour déterminer quel est l'appareil et son numéro de carte (c'est ce qu'on appelle l'IMSI-Catcher). Le BKA est habilité à prélever directement des données dans toutes les institutions, publiques ou non, sans contacter auparavant les autorités policières des Etats fédéraux.¹⁰⁸

Emprunts de l'enquête pénale aux méthodes des services de renseignements

En **Belgique**, la loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, sanctionnée et promulguée le 6 janvier 2003,¹⁰⁹ a vu son processus législatif vraisemblablement accéléré par le souci du législateur d'autoriser ces pratiques particulières aux fins

¹⁰⁴ Federal Law Gazette (BGBl.) I n° 103/2002. A l'origine, cette loi n'était pas prévue pour combattre le terrorisme, mais les pouvoirs qu'elle renferme peuvent être utilisés dans ce champ d'application particulier.

¹⁰⁵ Les services secrets sont:

Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) [Bureau fédéral pour la protection de la constitution]. Le BfV est l'autorité fédérale chargée de protéger l'ordre fondamental de la démocratie libre, la permanence et la sécurité du gouvernement fédéral et des Etats fédéraux. Au niveau fédéral, elle est chargée de rassembler et d'évaluer des informations pertinentes. Elle coopère avec les agences d'Etat correspondantes.

Bundesnachrichtendienst (BND) [Service fédéral de renseignement]. Le BND rassemble et évalue les informations pertinentes pour mieux connaître les pays étrangers et significatives pour la politique étrangère et la sécurité de la république fédérale d'Allemagne.

Militärischer Abschirmdienst (MAD) [Contre-renseignement militaire]. Le MAD est l'autorité chargée de la protection de la constitution en ce qui concerne le *Bundeswehr* [forces armées].

¹⁰⁶ Le BKA est le bureau central d'information et de communication de la police et de la police criminelle. Il renforce les forces de la police nationale et la police dans les Etats fédéraux pour la prévention et la poursuite des crimes et délits d'importance transfrontalière, internationale ou autre.

¹⁰⁷ Art. 1-3 de la loi pour la lutte contre le terrorisme: Modifications de la loi pour la protection de la constitution, la loi MAD et la loi BND.

¹⁰⁸ Art. 10: Modifications de la loi sur le bureau fédéral de police criminelle.

¹⁰⁹ Le texte en a été voté à la séance plénière du Sénat le 12 décembre 2002, après avoir été adopté par la Chambre des représentants le 20 juillet 2002.

notamment de détecter et de combattre efficacement la menace terroriste. La loi offre un cadre légal¹¹⁰ à plusieurs méthodes mises en oeuvre par les services de police dans le cadre d'une information ou d'une instruction, et que ces services ont empruntées aux services de renseignement: sont visées en tant que "méthodes particulières de recherche" l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs; constituent les "autres méthodes d'enquête" l'interception du courrier, les écoutes directes, les contrôles visuels discrets, l'intervention différée ainsi que la récolte de données concernant des comptes bancaires et des transactions bancaires.

Ces méthodes présentent des risques particulièrement importants d'atteinte à la vie privée ou aux droits de la défense. Or, si l'objectif dont la poursuite justifie le recours aux techniques particulières de recherche est la lutte contre la criminalité grave et organisée, le champ d'application que la nouvelle loi prévoit pour l'utilisation de ces méthodes est beaucoup plus étendu. La loi aurait pu indiquer limitativement les infractions (liées à la grande criminalité ou à la criminalité organisée) pour la poursuite desquelles les méthodes particulières de recherche peuvent être mises en oeuvre. Au lieu de quoi, la nouvelle loi se réfère à cette fin tantôt au seuil minimum d'une peine d'un an d'emprisonnement (les infractions punies d'un an d'emprisonnement ou d'une peine plus lourde peuvent être poursuivies par recours à l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques, à l'interception de courrier, ou à la récolte de données bancaires), tantôt à la liste des infractions pour lesquelles les écoutes téléphoniques sont autorisées par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle. En outre, certaines méthodes d'enquête réglementées par la loi peuvent en outre être mises en oeuvre pour toute infraction (observation sans l'usage de moyens techniques, recours aux indicateurs, intervention différée).

Trois préoccupations essentielles ont été exprimées à propos de la loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête¹¹¹. Une première préoccupation porte sur l'usage *proactif* de ces méthodes particulières de recherche. La possibilité de recourir à pareilles méthodes particulières d'enquête alors qu'aucune infraction n'a encore été commise, pourvu que des indices sérieux existent donnant à penser qu'une infraction pourrait être commise, leur donne un champ d'utilisation particulièrement large¹¹². Cela peut être problématique du point de vue de l'exigence de prévisibilité qui figure parmi la condition de légalité que doit respecter toute ingérence dans le droit de l'individu au respect de sa vie privée. A défaut de garder à l'esprit cette limite, la frontière risquerait insensiblement d'être franchie entre ce qui relève de l'enquête policière et ce qui est typique de l'activité d'un service de renseignement.

Une seconde préoccupation est que le risque de provocation policière se trouve nettement accentué par le recours à l'infiltration dans un cadre *proactif*¹¹³. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme admette en principe le recours à des *agents infiltrés*¹¹⁴, elle conclut à l'absence d'équité du procès lorsque les éléments permettant d'incriminer l'accusé ont été recueillis à la suite d'une *provocation*

¹¹⁰ Ces méthodes n'étaient jusqu'à présent réglementées que par voie de circulaires (circulaires ministérielles du 24 avril 1990 et du 5 mars 1992 relative aux techniques particulières de recherche pour combattre la criminalité grave ou organisée, non publiées).

¹¹¹ Au cours des travaux parlementaires, d'autres préoccupations ont été exprimées, en particulier s'agissant du respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans le recours aux méthodes particulières de recherche et aux autres méthodes d'enquête policière – exigence qui n'est pas toujours formulée explicitement par la loi -, et dans la définition des conditions auxquelles non seulement les fonctionnaires de la police, mais également des civils qui ont fourni directement une aide ou une assistance nécessaire à l'exécution de la mission de la police ou qui ont contribué à une infiltration (article 47quinquies, § 2, du Code d'instruction criminelle), peuvent commettre des infractions dans le cadre de leurs missions, à condition que ces infractions ne soient pas plus graves que les infractions pour lesquelles les méthodes sont mises en oeuvre et demeurent proportionnelles à l'objectif visé.

¹¹² Celles-ci peuvent être mises en oeuvre "en vue de poursuivre les auteurs de délits, de rechercher, de collecter, d'enregistrer et de traiter des données et des informations sur la base d'indices sérieux que des faits punissables vont être commis ou ont déjà été commis, qu'ils soient connus ou non" (article 47ter, § 1^{er}, al. 2, du CIC).

¹¹³ Voir l'article 47octies, § 1^{er}, définissant l'infiltration comme "le fait, pour un fonctionnaire de police, (...) d'entretenir, sous une identité fictive, des relations durables avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe *des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions* dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal ou des crimes ou des délits visés à l'article 90ter, §§ 2 à 4" (notre accent).

¹¹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, Série A n°238.

policière, c'est-à-dire lorsque l'infiltration d'agents a provoqué une infraction pénale qui, à défaut, n'aurait pas été perpétrée¹¹⁵. Or, si l'article 47quater introduit dans le Code d'instruction criminelle par la nouvelle loi prévoit que "Dans le cadre de l'exécution d'une méthode particulière de recherche, un fonctionnaire de police ne peut amener un suspect à commettre d'autres infractions que celles qu'il avait l'intention de commettre", sous peine d'irrecevabilité des poursuites, la conception de la provocation policière prohibée est plus restrictive que celle qui se dégage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: ainsi que le note la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis du 21 décembre 2001, cette disposition confirme en réalité une jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique qui estime que l'on ne se trouve pas en présence d'une provocation dans une situation où, alors que "l'intention criminelle est établie dans le chef d'une personne et ce, en dehors de toute influence de l'agent undercover", celui-ci se borne à "créer l'occasion de commettre librement un fait punissable dans des conditions telles que la police est à même d'en constater l'exécution"¹¹⁶. La compatibilité de cette jurisprudence avec les exigences définies par la Cour européenne des droits de l'homme au départ de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas certaine. Elle a d'ailleurs été contestée en doctrine¹¹⁷, l'arrêt *Texeira de Castro* de la Cour européenne des droits de l'homme paraissant conclure à l'existence d'une provocation dès lors que rien ne permettait de supposer que l'infraction aurait été commise en l'absence de l'infiltration policière, même si aucune forme de pression n'avait été exercée en l'espèce sur le requérant l'incitant à commettre ladite infraction. Enfin, le rapport remis au procureur du Roi sur le déroulement de l'infiltration figure dans un dossier confidentiel séparé, et, dans les procès-verbaux qui seront joints au dossier répressif, l'officier de police judiciaire chargé de l'opération d'infiltration est dispensé de mentionner tout élément susceptible de "compromettre les moyens techniques et des techniques d'enquête policière utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'infiltration" (article 47novies, § 2, du Code d'instruction criminelle, introduit par la nouvelle loi). Cette confidentialité constitue une restriction importante aux droits de la défense de l'accusé, en particulier lorsqu'il s'agira pour lui de démontrer qu'il a été victime d'une provocation policière: cette démonstration suppose en effet que la défense puisse avoir accès aux conditions dans lesquelles s'est déroulée l'opération d'infiltration contestée.

La troisième préoccupation est enfin que la nouvelle loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête place le recours à ces méthodes sous le contrôle du ministère public (procureur du Roi), alors que, dans le droit belge de la procédure pénale, c'est le juge d'instruction qui est le garant du respect des droits et libertés individuels: instruisant à charge et à décharge, le juge d'instruction doit veiller normalement à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés, selon la mission que lui confie l'article 56 § 1^{er} du Code d'instruction criminelle¹¹⁸. Ce glissement est d'autant plus préoccupant que, le ministère public n'ayant pas les moyens de suivre de près les enquêtes policières, il est probable que la police disposera en pratique d'une large autonomie dans leur conduite.

Aux **Pays-Bas**, début janvier 2003, une Task force du ministère de la Justice a demandé un allègement des règles sur l'échange et le stockage d'informations par les services de police. A leur point de vue, la loi sur les registres de police (*Wet politieregisters*) était trop limitée pour permettre d'apporter une réponse adéquate aux menaces terroristes. La Task force a plaidé pour la création de "registres thématiques", où l'on pourrait stocker des informations sur des individus et des groupes, y compris des personnes non suspectées d'une quelconque infraction criminelle, pouvant être impliqués dans la préparation ou la perpétration d'un crime comme le terrorisme.¹¹⁹ En réaction, le président du *College*

¹¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Texeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, Rec. 1998-IV, p. 1463, § 63; comp. Cour eur. D.H., déc. *Calabro c. Italie et Allemagne* (req. n° 59895/00) du 21 mars 2002.

¹¹⁶ Cass., 5 février 1985, *Gaddum, Pas.*, 1985, I, 690; Cass., 7 février 1979, *Salerno, Pas.*, 1979, I, 665.

¹¹⁷ F. Kutry, "Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie ab initio et définitivement tout procès pénal", *J.L.M.B.*, 1998, p. 1155.

¹¹⁸ Voir en ce sens l'avis n° 32.973/2 du 19 décembre 2001 rendu par le Conseil d'Etat, partie V, ainsi que l'audition du juge D. Vandermeersch devant la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants, in *Projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête*, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Ch.*, sess. ord. 2001-2002, doc. 1688/013, p. 129.

¹¹⁹ *Staatscourant* 2002, no. 5, p. 1.

bescherming persoonsgegevens (CBP) [autorité néerlandaise de protection des données] a fait part de son désaccord avec la proposition de la Task force. Selon lui, le risque d'abus serait trop grand, alors que les pouvoirs existants sont déjà suffisants.¹²⁰

En **Italie**, le Décret-loi 18 octobre 2001 n° 374 (converti avec des modifications par la loi 15 décembre 2001 n° 438) sur les dispositions urgentes relatives au terrorisme prévoit des dispositions touchant à la procédure pénale, en particulier en matière d'écoutes préventives. Il prévoit des normes spécifiques régissant l'activité "sous couverture" de la police judiciaire.¹²¹

Procédures particulières pour la poursuite d'infractions terroristes

Une dimension spécifique de la réaction des Etats face à la menace terroriste réside dans la séparation entre une procédure pénale de droit commun et une procédure pénale spéciale pour certaines infractions particulièrement graves, telle que le terrorisme. Cette spécificité se marque aussi bien du point de vue de l'organisation des autorités de poursuite que du point de vue du respect au cours de la procédure pénale des droits de la défense¹²².

Ainsi en **Belgique**, le 21 mai 2002 est entrée en vigueur la loi du 21 juin 2001 modifiant certaines dispositions en ce qui concerne le parquet fédéral¹²³. Cette loi crée un parquet fédéral, compétent pour l'ensemble du territoire national, dirigé par un procureur fédéral et composé d'un maximum de 18 magistrats fédéraux. L'article 7 de la loi du 21 juin 2001 introduit un article 144ter dans le Code judiciaire, en prévoyant que l'action publique pourra être exercée par le parquet fédéral, pour autant que son intervention contribue à "la bonne administration de la justice", afin de poursuivre les infractions caractérisées soit par leur nature, soit par leur étendue géographique. Il s'agit notamment des infractions:

- liées à l'activité habituelle consistant à favoriser l'entrée ou le séjour d'un étranger en exerçant sur lui une contrainte ou en abusant de sa situation vulnérable, ou à la participation à une association exerçant cette activité (trafic d'êtres humains: art. 77bis, §§ 2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers; même la traite des étrangers non habituelle pourra être poursuivie par le parquet fédéral, compte tenu de la dimension internationale de cette forme de criminalité)
- "commises avec usage de violence à l'encontre de personnes ou intérêts matériels, pour des motifs idéologiques ou politiques, dans le but d'atteindre ses objectifs par la terreur, l'intimidation ou les menaces" (art. 144ter Code jud., 2°);
- "les infractions qui, dans une large mesure, concernent plusieurs ressorts ou qui ont une dimension internationale, en particulier celles de la criminalité organisée" (art. 144ter Code jud., 3°) (le Conseil d'Etat a formulé sur ce point également une critique de l'imprécision de la loi: avis précité, p. 13);
- les infractions à l'interdiction de l'association de malfaiteurs et à l'organisation criminelle (articles 322 à 326 du Code pénal).

L'installation d'un parquet fédéral en Belgique ne vise pas uniquement, certes, les infractions terroristes, et la loi est antérieure aux événements du 11 septembre 2001. Se pose néanmoins à travers cette loi une question de principe, celle du traitement particulier réservé à l'infraction terroriste, par rapport à des infractions de droit commun, alors que la distinction entre les deux deux infractions

¹²⁰ *Staatscourant* 2002, no. 6, p. 1.

¹²¹ L'approbation des nouvelles normes n'est s'est pas déroulée selon des procédures exceptionnelles: le décret-loi adopté par le gouvernement suivi par la conversion en loi par le Parlement est un instrument habituellement utilisé pour apporter des modifications en matière pénale.

¹²² Plusieurs des évolutions qu'ont connues les législations nationales en 2002 sont évoquées dans le rapport annuel sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, sous l'article 48 de la Charte.

¹²³ *M.B.*, 20 juillet 2001. Cette loi complète la loi du 22 décembre 1998 sur l'intégration verticale du ministère public, le parquet fédéral et le conseil des procureurs du Roi (*M.B.*, 10 février 1999). Voir A. Masset, "Le parquet fédéral est arrivé: plus-value pour le ministère public", *J.T.*, 2002, p. 121.

demeure floue: à l'occasion de l'examen du projet de loi, le Conseil d'Etat belge a d'ailleurs critiqué la formulation très large et imprécise de la définition de l'infraction terroriste, ne permettant pas selon lui d'identifier précisément quelles infractions qui peuvent être poursuivies par le parquet fédéral¹²⁴.

En **France**, la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne¹²⁵ apporte un certain nombre de dérogations au code de procédure pénale en vue d'optimiser l'efficacité de la lutte contre le terrorisme:

les officiers de police judiciaire peuvent procéder, sur décision du juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République, à des perquisitions, visites domiciliaires et saisie de pièces à conviction sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu. Les perquisitions et les visites domiciliaires qui ont lieu dans des locaux autres que ceux à usage d'habitation sont possibles en dehors des heures légales sur autorisation du juge des libertés et de la détention¹²⁶ ;

les officiers et agents de police judiciaire ainsi que les agents des douanes et les agents de sûreté agréés, sous le contrôle des officiers de police judiciaire, peuvent procéder à des visites de personnes, des bagages, du fret, des colis, des marchandises, des aéronefs, des véhicules et des navires dans les aéroports et les ports en vue de renforcer la sécurité de ces lieux (article 25 et 26) ;

le nouvel article 706-71 du code de procédure pénale (introduit par l'article 32 de la loi relative à la sécurité quotidienne) prévoit en outre l'utilisation de moyens de télécommunications au cours de la procédure. Il dispose que «lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient, l'audition ou l'interrogatoire d'une personne ainsi que la confrontation entre plusieurs personnes peuvent être effectués en plusieurs points du territoire de la République se trouvant reliés par des moyens de télécommunication garantissant la confidentialité de la transmission». Les garanties pour la personne auditionnée de la sorte semblent satisfaisantes en ce que les moyens de télécommunications garantissent la confidentialité de la transmission, la présence d'un interprète ainsi que l'établissement des procès-verbaux dans chacun des lieux est assurée. Ces dispositions sont «également applicables pour l'exécution simultanée, sur un point du territoire de la République et sur un point situé à l'extérieur, de demandes d'entraide émanant des autorités judiciaires étrangères ou des actes d'entraide réalisés à l'étranger sur demande des autorités judiciaires françaises ».

Initialement prévus pour une durée limitée au 31 décembre 2003, les articles 24 à 26 seront, le cas échéant, prorogés par l'article 17 du Projet de loi pour la sécurité intérieure jusqu'au 31 décembre 2005.¹²⁷ Ce projet pérennise en outre, à travers son article 39, l'article 27 de la loi sur la sécurité quotidienne qui autorise les palpations de sécurité avec le consentement exprès de la personne concernée en cas de circonstances particulières liées à l'existence de menaces graves pour la sécurité publique. L'article 32 de la loi pour la sécurité quotidienne relatif à l'utilisation des moyens de télécommunications au cours de la procédure pénale est par ailleurs repris dans la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice. Par la prorogation voire la reprise de ces dispositions, on assiste à la normalisation des mesures d'exception et au risque de voir reporter la soumission au Parlement du rapport d'évaluation sur l'application de l'ensemble de ces dernières.

Il importe ici également de mentionner l'avant-projet de loi sur la lutte contre la criminalité organisée, dont les orientations ont été précisées dans une note de la chancellerie le 10 décembre 2002. Cet avant-projet prévoit de conférer d'importantes prérogatives aux policiers et au parquet, tout en réduisant de manière significative le débat devant le juge d'instruction. Or, la personne mise en examen a peu d'opportunité de prouver son innocence au stade de l'enquête, dite préliminaire, laissée à la discrétion du procureur de la République en ce qu'elle n'est pas avertie de l'existence de l'enquête. La procédure est secrète, non contradictoire et d'une durée illimitée. Ce renforcement des pouvoirs du parquet

¹²⁴ Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., 2000-2001, doc. n° 0897/002, p. 13.

¹²⁵ Loi n°2001-1062, JORF du 16 novembre 2001, p. 18215.

¹²⁶ Article 24, *ibid.*, notons la formulation exacte: «le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser, par **décision écrite et motivée** ... à procéder à des perquisitions...».

¹²⁷ Projet de loi précité dans le rapport et disponible sur www.assemblee-nationale.fr.

conduit à un déséquilibre significatif entre la défense et les pouvoirs d'enquête qui pourraient révéler un glissement vers une procédure de type accusatoire.

En **Italie**, la loi 438/2001, modifiant l'article 270bis du Code pénal¹²⁸, a augmenté la peine à cinq ans dans son seuil minimum et à dix ans dans son maximum¹²⁹ avec des conséquences significatives sur le plan de la procédure pénale: en premier lieu, le délit prévu par l'article 270 bis du Code pénal appartient désormais à la catégorie des infractions pour lesquelles l'arrestation en flagrance est autorisée. Deuxièmement, les délais maximaux des enquêtes préliminaires augmentent jusqu'à deux ans, pendant que la décision de prorogation de ces délais ne doit pas être communiquée à l'intéressé pour des raisons de confidentialité de l'enquête.

Il est enfin à noter que tant les législations **grecque** qu'**espagnole** restreignent la liberté de choix de son avocat par la personne suspectée de faits terroristes.¹³⁰

Réorganisation des services répressifs

Une des conséquences qu'a entraînées la nécessité de répondre à la menace terroriste a été la réorganisation des services chargés du renseignement et de la répression, afin d'en assurer un fonctionnement pleinement efficace.

En **Autriche**, à défaut d'une extension des compétences des services chargés de la lutte contre le terrorisme, on a assisté à la rationalisation de ces services. La lutte contre le terrorisme était jusqu'ici confiée à deux départements de la police d'Etat au sein du ministère fédéral de l'Intérieur, avec, pour tâches principales, l'observation générale et l'analyse descriptive. Le Groupe d'opérations anti-terrorisme¹³¹ effectuait, en outre, des tâches opérationnelles et investigatives. Outre ces forces policières, il existe également des unités spéciales anti-terrorisme (GEK-“Cobra” et le WEGA, basé à Vienne), qui jouent un rôle indispensable dans la lutte contre le terrorisme. Depuis le 1^{er} décembre 2002, les départements II/C/6 et II/C/7 et le Groupe d'opérations anti-terrorisme ont été fusionnés en une nouvelle Agence fédérale de protection de la constitution et de lutte contre le terrorisme (BVT)¹³², conçue comme une solide unité centrale avec seulement neuf agences subordonnées dans les provinces, remplaçant un nombre de vingt-deux autorités préalablement compétentes dans ce domaine. Il est clair que le but principal de la nouvelle organisation est d'intensifier la coopération entre l'unité centrale et les autorités provinciales, qui doivent lui faire rapport. La nouvelle structure de la police anti-terrorisme couvrira toutes les tâches anciennes, y compris le terrorisme, l'extrémisme, l'espionnage, la sécurité des personnes et des biens, mais à l'avenir, l'accent sera davantage mis sur une connaissance précoce et une analyse globale. Il faut cependant noter qu'on assiste ici à une simple réorganisation des ressources existantes. L'agence BVT ne se verra notamment pas accorder de pouvoirs exécutifs supplémentaires, mais on attend d'elle qu'elle utilise mieux les outils existants offerts par le cadre légal. Un de ces instruments, au caractère nettement préventif, déjà disponible avant les attaques, est le contrôle “ouvert” de groupes sans avoir besoin au préalable de soupçons documentés de conduite criminelle, et que les termes de la loi ont étendue à l'investigation pour menaces (*erweiterte Gefahrenerforschung*)¹³³. Pour des mesures à plus grande portée comme l'observation concrète, les opérations d'écoute ou l'utilisation d'informateurs de police secrets, la loi exige toutefois qu'il y ait au moins des indices matériels d'une menace de crime. Les officiels

¹²⁸ Cette disposition a été évoquée ci-dessus: voir le texte correspondant à la note 42.

¹²⁹ Avant ces récentes modifications, la peine prévue pour le délit de participation à l'association de l'article 270 bis pouvait aller d'un minimum de quatre ans jusqu'à un maximum de huit ans.

¹³⁰ L'article 7 al. 4 (loi **grecque** 3090/2002) porte des limitations au droit de l'accusé de récuser un avocat commis d'office. Lorsqu'il s'agit d'un procès pénal pour crime, qui risque de se prolonger à cause de la gravité des faits ou de leur objet, l'accusé - qui n'est pas assisté par un avocat - ne peut pas refuser d'être défendu par le ou les avocats commis d'office mais il peut, par demande motivée, récuser un seul des avocats; dans ce cas la défense est assurée par les autres avocats commis d'office. Le rapport **espagnol** indique que les personnes suspectées de terrorisme se voient désigner un avocat commis d'office pour éviter toute collaboration entre elles-même et leur conseil.

¹³¹ Einsatzgruppe zur Bekämpfung des Terrorismus (EBT).

¹³² Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT).

¹³³ Voir la section 21 de la loi sur la police de sécurité (*Sicherheitspolizeigesetz*), Federal Law Gazette (BGBl.) N° 85/2000.

s'attendent néanmoins à ce que la réforme des services de la police d'Etat produise une valeur ajoutée significative sous la forme d'une analyse et d'une capacité de prévention accrues à tous les niveaux opérationnels. La nouvelle agence va en outre servir de contact privilégié pour la politique et le Conseil de sécurité nationale, récemment mis en place¹³⁴. Ce Conseil est constitué comme un organe politique consultatif, avec des membres-clés de cabinet, des fonctionnaires de haut rang et des représentants de tous les partis au parlement, dont la tâche consiste à débattre de sujets cruciaux pour la sécurité nationale et de fournir des recommandations au gouvernement sur la politique étrangère et de défense comme sur les questions de sécurité.

Privation de liberté

Au **Royaume-Uni**, aux termes de la loi sur l'anti-terrorisme, le crime et la sécurité (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*), le ministre des Affaires intérieures s'est vu attribuer un pouvoir élargi d'arrestation et de détention de ressortissants étrangers soupçonnés d'être des terroristes internationaux ou dont la présence sur le territoire est considérée comme constitutive d'un danger pour la sécurité nationale. Ce pouvoir¹³⁵ (sections 21 à 23) empiète sur le droit à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière telle qu'il ne pouvait pas être justifié sans une dérogation, puisqu'il n'est pas lié à la réalisation future d'un procès criminel ni à celle d'une procédure d'éloignement (vu que l'impossibilité d'éloigner l'étranger concerné est un pré requis à l'exercice du pouvoir), et ne peut en outre s'inscrire dans aucune des catégories spécifiées à l'article 5 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁶.

Une contestation de la certification délivrée par le ministre des Affaires intérieures, ainsi que des matières relatives à la dérogation, ne peut être entendue que par la Commission spéciale d'appel de l'immigration (*Special Immigration Appeals Commission*), qui prévoit qu'une personne soit désignée pour représenter, lors des procédures qui ont lieu devant elle, les intérêts d'une personne détenue (sections 25 à 27). Cette garantie peut être estimée suffisante pour répondre à toutes les inquiétudes au sujet des restrictions pouvant être imposées au droit d'être entendu, puisque les autres remèdes comme l'*habeas corpus* et le contrôle judiciaire sont maintenant exclus : a fortiori, la présence d'un conseil devant la Commission spéciale d'appel de l'immigration permet aussi d'examiner de manière complète le bien-fondé de la cause de détention. Il n'est cependant prévu d'appel, sur les points légaux, que devant la cour d'appel et la chambre des Lords, de sorte qu'il n'est pas possible de contester toute évaluation de la preuve par la Commission.

La prolongation de cette détention peut faire l'objet d'un appel devant un organisme judiciaire (la Commission spéciale d'appel de l'immigration), ainsi qu'à révision par cet organisme après six mois et, ensuite, à intervalles de trois mois (sections 25 à 27), mais l'annulation d'un certificat relatif à un individu particulier n'empêche pas qu'on en rédige un nouveau le concernant. Bien que la détention ne soit pas à vocation punitive, la loi ne contient pas de dispositions spéciales abordant les circonstances dans lesquelles une personne en détention peut être retenue ; la durée potentiellement longue de la détention devrait justifier des efforts positifs pour faciliter les liens familiaux et pour sauvegarder les intérêts professionnel et économique de l'étranger concerné.

Depuis le 18 décembre 2001, ce pouvoir accru d'arrestation et de détention a été le sujet d'une dérogation en vertu de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, en application de l'urgence publique prétendue exister au Royaume-Uni. Cette dérogation est intervenue au regard de

¹³⁴ Entrée en vigueur le 17 novembre 2001, par le biais de la Federal Law Gazette (BGBl.) I N° 122/2001.

¹³⁵ Ce pouvoir accru d'arrestation et de détention de personnes soupçonnées de terrorisme international n'a pas été adopté sur base indéfinie, rendu opérant en première instance pour une période de quinze mois, mais avec une disposition pour son renouvellement par le parlement pour un an maximum à la fois, jusqu'au 10 novembre 2006 (s 29). Une autre disposition prévoit la révision de ce pouvoir avant la fin de chaque période pour laquelle il est en vigueur (s 28).

¹³⁶ Pour un examen de la dérogation faite par le Royaume Uni au regard du respect dû aux droits fondamentaux et en particulier à la Convention Européenne des droits de l'homme, voy. O. De Schutter, « La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in E. Bribosia, A. Weyembergh (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 127-140

l'article 5 § 1^{er}, f), de la Convention. Aux termes du texte de la notification adressée au secrétaire général du Conseil de l'Europe: “ (...) il se peut que, nonobstant une intention continue de renvoyer ou d'expulser une personne détenue, il y ait des circonstances au regard desquelles on ne peut prétendre qu'une 'procédure d'expulsion soit en cours' au sens de l'interprétation donnée à l'article 5(1) (f) par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal*. Par conséquent, dans la mesure où l'exercice du pouvoir élargi de détention peut être non conforme aux obligations du Royaume-Uni en vertu de l'article 5 (1), le gouvernement a décidé de se prévaloir du droit de dérogation conféré par l'article 15 (1) de la Convention et cela, jusqu'à nouvel avis”.¹³⁷

Aucune dérogation similaire n'a été faite en ce qui concerne la garantie de liberté et de sécurité en vertu de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³⁸. La dérogation en vertu de la Convention était formellement correcte, mais la preuve spécifique d'une menace n'y était pas fournie et de nombreuses personnes considéraient encore qu'elle manquait au moment de l'adoption de la loi.¹³⁹ L'utilisation d'une mesure moins restrictive que la détention ne semble pas avoir été envisagée, mais, lorsqu'on peut les enclencher, des poursuites à l'encontre de l'auteur présumé d'une infraction seraient nettement plus appropriées que sa détention prolongée. La dérogation en vertu de l'article 15 de la Convention a été le sujet d'un avis rendu par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Opinion 1/2001, CommDH(2002)7). Le Commissaire est d'avis que l'on a fourni une preuve inadéquate d'un risque pour le Royaume-Uni. A cet égard, il estime que la mise en garde générale contre un risque accru d'activité terroriste après le 11 septembre 2001 ne peut pas en soi être suffisant pour justifier la dérogation à la Convention et que plusieurs Etats européens confrontés depuis longtemps à une activité terroriste fréquente n'ont d'ailleurs pas jugé bon de le faire dans les circonstances actuelles.

L'avis conclut: “Bien que la détention en vertu des pouvoirs dérogatoires de la loi *Anti-terrorism, Crime and Security Act* ne s'applique qu'aux étrangers non expulsables, elle est déterminée en fin de compte uniquement par la suspicion de participation à une organisation terroriste internationale. Même si le caractère raisonnable de la suspicion du ministre de l'intérieur est justifié, il n'en demeure pas moins qu'il est procédé à la détention sans procédure d'accusation en bonne et due forme (...). La détention illimitée dans ces circonstances représente une sérieuse restriction à l'exercice du droit à la liberté et à la sécurité et porte sérieusement atteinte à la présomption d'innocence et au droit au procès équitable dans la détermination des droits et obligations d'un individu ou de toute charge retenue contre lui. Il convient de rappeler qu'il est difficile voire impossible de donner réparation de manière satisfaisante à une privation de liberté sans fondement”.

L'avis du Commissaire aux droits de l'homme ajoute que “Ces mesures n'étant applicables qu'aux étrangers non expulsables, elles pourraient par ailleurs conduire à une justice à deux vitesses, selon laquelle des normes différentes en matière de droits de l'homme s'appliqueraient aux étrangers et aux nationaux”.¹⁴⁰ Le juge anglais a cependant estimé que la situation créée par l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* n'était pas constitutive de discrimination. Après avoir initialement été acceptée par la Commission spéciale d'appel de l'immigration, une plainte selon laquelle étaient illégaux en vertu de leur nature discriminatoire la mesure donnant à la dérogation force de loi au Royaume-Uni et le pouvoir de détention en vertu de la loi de 2001, en ce qu'ils ne concernaient que les seules personnes dépourvues du droit légal de demeurer au Royaume-Uni, a été rejetée par la cour d'appel. La cour a estimé que les personnes affectées par ces mesures n'étaient pas dans une situation similaire à celles

¹³⁷ Conseil de l'Europe, dérogation en vertu de l'article 15 CEDH exercée par le Royaume Uni/ Danger public après le 11 septembre 2001. Pour le texte intégral de la dérogation, voy. *RUDH*, 2002, p. 155.

¹³⁸ Dans son opinion sur la loi relative à l'anti-terrorisme, au crime et à la sécurité (*Anti terrorism, Crime and Security Act* 2001), le *Joint Committee on Human Rights* a souligné que, en ce qui concerne le pouvoir de détention proposé, une dérogation était nécessaire pour le Pacte et pas seulement pour la Convention (2^e rapport, Session 2001-2002, 14 novembre 2001, et 5^e rapport, Session 2001-2002, 5 décembre 2001).

¹³⁹ Le *Joint Committee on Human Rights* a reconnu qu'il pouvait y avoir preuve d'une menace contre la survie de la nation, mais a déclaré qu'aucune preuve ne lui avait été présentée et qu'il n'était donc pas convaincu que les prérequis pour une dérogation en vertu de l'article 15 de la CEDH étaient rencontrés.

¹⁴⁰ Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Avis n° 1/2002 du 26 août 2002, «La dérogation à l'article 5§1 CEDH, adoptée par le Royaume Uni en 2001, Doc. CommDH(2002)7.

pouvant résider au Royaume-Uni, puisque les premières pouvaient faire l'objet d'une mesure d'éloignement s'il n'y avait aucun risque de torture dans le pays de renvoi et que la condition de non-discrimination n'obligeait pas à prendre des mesures plus extensives que ce que l'on considérait comme nécessaire. Le fait qu'aucune mesure comparable de détention prolongée n'avait été entreprise contre les personnes qui avaient le droit de résider au Royaume-Uni ne pouvait, par conséquent, pas être utilisé comme base de contestation de l'action menée contre ceux qui ne bénéficiaient de la faveur temporaire de demeurer sur le territoire britannique que tant qu'on ne pouvait pas les éloigner. Il a été considéré qu'il y avait un état d'urgence suffisant pour justifier une dérogation en vertu de l'article 15 de la Convention européenne, ce qui a toutefois été considéré comme se limitant à la menace que faisait peser Al Quaida et ses réseaux associés (et personne d'autre), de sorte que cela limitait l'exercice du pouvoir à certifier et, ensuite, à détenir une personne comme terroriste international. La cour d'appel a également estimé que le mode de détention des personnes concernées n'équivalait pas à un traitement inhumain ou dégradant¹⁴¹.

En **Espagne**, l'article 55 § 2 de la Constitution prévoit qu'il peut être dérogé par une loi organique au délai ordinaire de 72 heures de *detención policial*, soit une détention préventive sans intervention du pouvoir judiciaire (article 17-2 de la Constitution), dans le cadre d'investigations relatives à des faits terroristes et ce, à l'encontre de personnes déterminées. Un contrôle judiciaire et parlementaire de l'application de cette législation dérogatoire destinée à lutter contre le terrorisme est exigé par la Constitution. Son application n'est pas subordonnée au recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), introduite par La Ley Organica 4/1988 du 25 mai 1988, prévoit en ce sens que ce délai peut être dans augmenté de 48 heures, soit porté à une durée de 5 jours (article 520 bis LECr).¹⁴² La demande d'extension de la détention au delà des 72 heures doit être motivée et accordée par le juge avant que le délai de 72 heures ne soit pas échu.

L'ensemble de ces développements appelle une considération commune. Le droit international des droits de l'homme ne s'oppose certes pas à ce que l'Etat prenne des mesures afin de se protéger de la menace terroriste. Mais en contrepartie des restrictions que, pour répondre à cette menace, l'Etat adopte, il doit imaginer des mécanismes par lesquels sera limitée au strict minimum les conséquences qui en résultent pour la garantie des libertés individuelles. En particulier, des mécanismes de contrôle indépendants doivent être prévus, qui fassent rempart aux éventuels abus commis par l'Exécutif ou les instances de poursuite pénale. D'autre part, les restrictions apportées aux libertés individuelles en réponse à la menace terroriste doivent être limitées à ce qui est absolument nécessaire. Adoptées afin de faire face à une menace immédiate, mais qui ne sera pas nécessairement permanente, ces mesures doivent ne présenter qu'un caractère temporaire, et être soumises à un mécanisme d'évaluation régulier. Elles doivent être ciblées avec une précision suffisante, et ne pas englober, sous prétexte de lutte contre le terrorisme, d'autres phénomènes, voire des catégories de personnes, qui sont distincts. C'est également le motif pour lequel l'infraction terroriste, pouvant justifier le recours à certaines mesures particulières qui constituent des restrictions aux libertés individuelles, doit être définie avec précision, de manière à écarter tout risque d'arbitraire dans l'utilisation qui sera faite de ces mesures.

V. L'application restrictive des législations relatives au séjour des étrangers

Dans la vingt-neuvième conclusion de sa session extraordinaire du 20 septembre 2001, le Conseil "Justice et affaires intérieures" invitait la Commission à "examiner d'urgence le rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection". Dans le document qu'elle a émis en réponse à ce souhait¹⁴³, la Commission a notamment voulu préciser quels mécanismes juridiques étaient à la disposition des Etats pour exclure

¹⁴¹ *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 1502, 13 BHRC 394.

¹⁴² Des dérogations sont également apportées à l'exigence, hors consentement de l'intéressé ou flagrant délit, d'une autorisation préalable pour pénétrer un domicile privé ou intercepter des communications dans le cadre de telles investigations (articles 553 et 579 de la LECr).

¹⁴³ Document de travail de la Commission, "Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection", COM(2001) 743 final du 5.12.2001.

de la protection internationale les personnes suspectées d'activités terroristes¹⁴⁴. Le document de la Commission prenait appui sur deux principes: "d'une part, les réfugiés et les demandeurs d'asile qui sont de bonne foi ne doivent pas faire les frais des événements récents et, d'autre part, les individus qui soutiennent ou commettent des actes terroristes ne doivent pas pouvoir facilement accéder au territoire des Etats membres de l'Union européenne". Il s'agissait en particulier de souligner les possibilités d'utiliser à l'égard de personnes soupçonnées d'activités terroristes ou de participation active dans des groupes terroristes la clause dite d'exclusion que contient l'article 1^{er}, F, de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, selon lequel cette Convention ne s'applique pas aux personnes "dont on a des raisons sérieuses de penser: a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés; c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies".¹⁴⁵ Le Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies (UNHCR) a noté à propos de cette clause, dans son Agenda pour la protection émis le 26 juin 2002¹⁴⁶, que dans la mesure où la lutte contre le terrorisme constitue essentiellement une question relevant de l'application du droit pénal, et où l'abus de l'option de l'asile doit être évité, les Etats devraient mettre en place des mesures, assorties des garanties juridiques appropriées, pour donner effet aux clauses d'exclusion de la Convention, soit entre autres, l'intégration de ces clauses dans la législation nationale; une coopération plus étroite et un partage de l'information plus efficace entre le HCR, le cas échéant, et les autorités chargées de l'asile/de l'immigration et du maintien de l'ordre public; le traitement prioritaire des demandes d'asile par des experts lorsque l'on a des raisons de penser que le demandeur peut relever de l'article 1F de la Convention de 1951.¹⁴⁷

Le document de travail de la Commission "Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection"¹⁴⁸ s'inscrit assez précisément dans le cadre de cette interprétation de l'article 1F de la Convention de Genève. Le malaise qu'a pu créer la démarche consistant à réexaminer des dispositifs protecteurs au départ de l'impératif sécuritaire paraît cependant expliquer le rejet, le 25 septembre 2002, du rapport parlementaire¹⁴⁹ portant sur cette communication et celle relative à la coordination ouverte¹⁵⁰. Entre autres raisons, le lien effectué entre terrorisme et immigration dans le débat public et la volonté d'encadrer l'invocation à la sécurité intérieure en matière d'asile furent mis en avant pour expliquer la constitution d'une légère majorité hostile au texte.

Quoi qu'il en soit de l'accueil réservé à ce document de travail, l'examen des évolutions qui ont eu lieu dans plusieurs Etats membres montre une intensification des échanges entre les autorités chargées de l'examen des demandes d'asile et les services de renseignement afin, le cas échéant, que la demande d'asile puisse être déclarée irrecevable sur la base de la clause d'exclusion de l'article 1F de la Convention de Genève, lorsqu'il existe des raisons de croire que le demandeur d'asile s'est rendu

¹⁴⁴ La position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme (2001/930/PESC) prévoit que "Les mesures appropriées sont prises, conformément aux dispositions pertinentes de la législation nationale et du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme, afin de s'assurer, avant d'octroyer le statut de réfugié, que les demandeurs d'asile n'ont pas organisé ou facilité la perpétration d'actes de terrorisme et n'y ont pas participé".

¹⁴⁵ En vertu du paragraphe 5 de la Résolution 1373 des Nations unies, les actes de terrorisme sont contraires à ces buts et principes.

¹⁴⁶ Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Agenda pour la protection, Assemblée générale des Nations unies, A/AC.96/965/Add.1.

¹⁴⁷ Il convient de noter à cet égard l'article 7 du projet de Convention générale sur le terrorisme international: «Les Etats Parties prennent, en conformité avec les dispositions de leur droit interne et du droit international, y compris le droit international relatif aux droits de l'homme, des mesures voulues pour que le statut de réfugié ne soit pas accordé à une personne au sujet de laquelle il existe des motifs raisonnables de penser qu'elle a commis une infraction visée à l'article 2».

¹⁴⁸ COM(2001) 743 final du 5.12.2001.

¹⁴⁹ Rapport Evans du 9 juillet 2002, A5-0257/2002.

¹⁵⁰ Communication sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination – Premier rapport de la Commission sur la mise en oeuvre de la communication COM(2000)755 final du 22 novembre 2000, COM(2001)0710 final du 28.11.2001.

coupable d'activités terroristes. On assiste en outre à la tendance de certains Etats, au mépris de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, à expulser ou à extraditer les "étrangers suspects" vers des Etats où ils risquent d'être soumis à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Le cas de la **Suède** est particulièrement préoccupant. Depuis le 11 septembre 2001, la Suède semble avoir modifié son mode d'action quand il s'agit d'éloigner ou d'expulser des individus vers des Etats où ils risquent d'être torturés ou condamnés à mort.¹⁵¹ Au printemps 2002, la Suède a, par exemple, essuyé de vives critiques, à la fois de la part du Comité des droits de l'homme (CDH) et du Comité contre la torture (CCT), notamment pour la façon dont le gouvernement a négligé les droits de l'homme individuels dans le cadre de sa lutte contre le terrorisme. Le CCT a manifesté son inquiétude en ce qui concerne le contenu et la mise en œuvre de la loi spéciale de 1991 de contrôle des étrangers (*Lag om särskild utlänningskontroll* (SFS 1991:572)), appelée loi anti-terrorisme. Elle permet d'expulser les étrangers soupçonnés de "terrorisme" en vertu d'une procédure qui pourrait bien ne pas être conforme à la Convention des Nations unies contre la torture, puisque le gouvernement est la première et la seule instance décisionnaire¹⁵²: on ne peut pas faire appel de la décision du gouvernement d'éloigner ou d'expulser des demandeurs d'asile soupçonnés de "terrorisme" ni la réviser d'aucune autre manière, c'est-à-dire que le candidat n'a aucun moyen de connaître la preuve sur laquelle les instances décisionnelles s'appuient pour adopter leur décision.¹⁵³ La loi en question stipule, d'autre part, que, dans les matières qui ne sont pas particulièrement urgentes, les procédures légales se déroulent au tribunal de district de Stockholm, où le Conseil national de la police de sécurité est la partie adverse (§ 6 de la loi spéciale de contrôle des étrangers). L'investigation du tribunal se traduit par un avis, qui est soumis au gouvernement. L'avis peut être basé des informations importantes et vitales, mais non accessibles au demandeur d'asile soupçonné. Le CCT a, par conséquent, recommandé que la Suède aligne la loi spéciale de contrôle des étrangers sur la Convention contre la torture.¹⁵⁴ Le CCT estime que la pratique consistant à éloigner des personnes en se basant sur des critères pouvant mener à une violation du principe de non-refoulement est inquiétante. Elle pourrait aussi contredire l'engagement international de la Suède pour l'abolition de la peine de mort et entrer en conflit avec d'autres normes légales internationales.

Le CDH a, en outre, exprimé son inquiétude en mars 2002, pendant l'évaluation du cinquième rapport périodique de la Suède en vertu du PIDCP face aux cas d'expulsion vers leur pays d'origine de demandeurs d'asile soupçonnés de terrorisme. Le Comité des droits de l'homme a souligné le fait que, malgré les garanties formelles que les droits de l'homme des personnes expulsées seraient respectés, les pays de renvoi pouvaient présenter de graves risques pour la sécurité personnelle et la vie des personnes expulsées, spécialement en l'absence d'efforts suffisamment sérieux quant au contrôle de la mise en œuvre des garanties offertes¹⁵⁵. Le CDH semble avoir gardé en mémoire les deux citoyens égyptiens (Muhammad Muhammad Suleiman Ibrahim El-Zari et Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza) qui avaient été renvoyés de force en Egypte en décembre 2001.¹⁵⁶ On avait substitué à

¹⁵¹ Contre-rapport au Comité des droits de l'homme, de l'ONG suédoise Fondation pour les droits de l'homme et du Comité suédois d'Helsinki pour les droits de l'homme, Stockholm 2002-03-07, p. 7.

¹⁵² CAT/C/CR/28/6, § 6(b). Un demandeur d'asile qui n'est pas rejeté ou expulsé conformément à la loi sur les étrangers peut être expulsé sur base du § 1^{er} de la loi spéciale de contrôle des étrangers "1. si c'est nécessaire pour la sécurité du royaume ou 2. si, étant donné ce qu'on sait des activités précédentes de l'étranger ou d'autres circonstances, on peut craindre qu'il commette ou contribue à un acte criminel, incluant la violence, la menace de violence ou la contrainte dans un but politique". Un cas d'expulsion en vertu de la législation ci-dessus est normalement référé au gouvernement par le Conseil de la police nationale de sécurité (SÄPO), mais il peut aussi être soulevé par le gouvernement lui-même. (Loi spéciale de contrôle des étrangers, § 2).

¹⁵³ Cette procédure, dans laquelle le gouvernement est l'autorité décisionnelle, a fait l'objet de vives critiques, notamment de la part de l'Association du barreau suédois. Voir l'avis soumis le 20 juin 2002 par la section suédoise d'Amnesty International, la Fondation suédoise des droits de l'homme, le Centre suédois de conseil des réfugiés, le Comité d'Helsinki des droits de l'homme et l'Association du barreau suédois.

¹⁵⁴ UN Doc. Observations de clôture du Comité contre la torture, Suède 07/05/2002, CAT/C/XXVII:CONCL.1, § 6 (b) et § 7(c)).

¹⁵⁵ UN Doc. CCPR/CO/74/SWE, § 12.

¹⁵⁶ AI a adressé une lettre au ministre de l'Immigration en février 2002, lui demandant de s'intéresser à nouveau au cas mentionné ci-dessus et de fournir des informations concernant le traitement des personnes concernées en Egypte, y compris

l'interdiction inconditionnelle d'expulser un étranger vers un pays où il risque d'être soumis à la torture, de simples garanties de la part du gouvernement égyptien.¹⁵⁷ Il faut ajouter que les critiques du CDH étaient à ce point graves qu'il a été recommandé au gouvernement suédois de fournir au Comité, dans le délai d'un an, des informations pertinentes, y compris relatives au suivi des cas des personnes expulsées. Il importe de noter qu'il s'agit d'une mesure qui n'avait jamais été prise auparavant en ce qui concerne la Suède.¹⁵⁸ Il faut enfin se souvenir que le Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies a insisté sur le fait que les décisions d'expulsion doivent être adoptées conformément à la loi, à savoir que le bien-fondé de pareilles décisions, s'il peut être justifié par la menace pour la sécurité que fait peser l'individu concerné, doit toujours pouvoir être contesté par les individus en fournissant toute preuve pouvant contrer les allégations.¹⁵⁹

Au **Royaume-Uni**, la loi sur l'anti-terrorisme, le crime et la sécurité (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*) stipule que la problématique de la délivrance ou non d'un certificat ministériel relatif à l'application de la clause d'exclusion doit être tranchée préalablement à l'analyse de chaque demande d'asile. Ce pouvoir d'un ministre de certifier que les articles 1F and 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 empêchent, dans tel cas d'espèce, le demandeur d'asile d'avoir le droit d'être traité comme un réfugié (section 33). Destiné à accélérer la procédure d'asile, le gouvernement britannique juge néanmoins que le fait que la clause d'exclusion doive être soulevée préliminairement n'est pas contestable. Toutefois, stipuler que l'examen de la demande d'asile d'individus suspects ne serait pas nécessaire pourrait avoir pour résultat que l'inadmissibilité de l'éloignement sur la base du risque de mauvais traitement dans le pays de renvoi ne soit pas analysée (sans préjudice du fait qu'une demande d'asile ne soit pas justifiée (section 34)), et pourrait donc mener à une violation de l'article 3 de la Convention, à moins que la personne soit alors détenue en vertu des pouvoirs étendus d'arrestation et de détention précédemment évoqués (sur base des sections 25 à 28 de la loi). La liberté potentielle de l'usage de la clause d'exclusion de l'article 1F (ainsi que de celle de l'article 33) de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 a certainement été accrue par la loi sur l'anti-terrorisme, le crime et la sécurité. Pourtant, jusqu'ici, il ne semble pas qu'il y ait la moindre preuve que ces clauses soient réellement invoquées d'une manière plus intensive qu'auparavant. Et il ne semble pas qu'il y ait une présélection des candidatures d'asile sur la base du pays d'origine, bien que la loi sur la nationalité, l'immigration et l'asile (*Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*) ait réintroduit la désignation de certains pays jugés essentiellement « sûrs », de sorte qu'un appel contre le refus d'asile interjeté par une personne originaire d'un de ces pays est sans effet suspensif sur son éloignement.

Tout en déclarant qu'il n'a pas été fait un usage plus important de la clause d'exclusion en **Belgique** dans le courant de l'année 2002, le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides "soucieux de la menace terroriste à laquelle sont confrontés les Etats" s'est déclaré "particulièrement vigilant dans le traitement des dossiers des demandeurs d'asile provenant de certains Etats ou régions (Irak, Algérie, Tchétchénie, Soudan, ...)"¹⁶⁰.

En **Grèce**, on assiste, selon les statistiques établies par le Bureau du HCR à Athènes, à une chute spectaculaire de reconnaissances de la qualité de réfugiés, sans toutefois que les autorités compétentes

leur possibilité d'avoir accès à un conseiller légal de leur choix. A la fin de l'année 2002, la lettre de AI n'avait toujours pas reçu de réponse de la part des autorités publiques suédoises.

¹⁵⁷ Plusieurs ONG ont objecté que la mise en oeuvre des garanties données par le gouvernement égyptien dans le cas auquel on fait référence n'a pas été correctement contrôlée. Le personnel de l'ambassade suédoise n'a rendu visite aux expulsés dans leur prison que deux fois en trois mois, la première fois quelque cinq semaines après l'expulsion et sous la supervision des autorités qui les détenaient (C. Söderbergh, le secrétaire général de la section suédoise de AI, a fait référence à cette affaire dans un discours qu'il a fait pendant les journées des droits de l'homme à Stockholm le 18 novembre 2002. Il a exprimé sa profonde inquiétude au sujet de la façon dont ont agi les autorités publiques). Certaines ONG suédoises ont, en outre, été troublées par la façon dont il a été fait référence à la résolution 1373 des Nations unies dans la motivation écrite de la décision d'expulsion des deux Egyptiens, où l'on affirme que la décision était basée sur la relation de la Suède aux autres pays plutôt que sur la menace potentielle de la sécurité.

¹⁵⁸ CCPR, Observations de clôture: Suède. 24/04/2002. CCPR/CO/74/SWE, § 17.

¹⁵⁹ UNCHR, "Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection", Perspective de l'UNCHR, Genève, novembre 2001, § 21.

¹⁶⁰ Courrier du 3 mars 2003 adressé par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides à l'expert du réseau chargé de recueillir des informations à propos de la Belgique.

n'aient explicitement invoqué l'article 1F de la Convention de Genève. Après le 11 septembre, l'examen des demandes d'asile - et tout particulièrement émanant d'Irakiens - a été "gelé" jusqu'à fin décembre 2001. Par ailleurs, depuis 1997 jusqu'au 31 décembre 2002, les pourcentages des demandes acceptées pour l'octroi du statut de réfugié sont de 5,5% en 1997, 3,9% en 1998, 8,5% en 1999, 11,2% en 2000, 11,2% en 2001 et 0,4% en 2002. Si l'on y ajoute les personnes autorisées à demeurer en Grèce "à titre humanitaire", les pourcentages d'acceptation se présentent comme suit: 9,5% en 1997, 11,3% en 1998, 32,2% en 1999, 20,1% en 2000, 22,5% en 2001 et 1% en 2002. Même si le HCR évite d'établir officiellement une relation avec les événements du 11 septembre, un lien de cause à effet peut raisonnablement être tracé.

Au **Danemark**, la plupart des amendements apportés par les diverses mesures législatives précitées¹⁶¹ introduisent de nouvelles dispositions dans les instruments législatifs relatifs aux étrangers, qu'ils soient demandeurs d'asile, réfugiés, immigrants ou personnes jouissant d'autres formes de protection internationale ou nationale (protection subsidiaire, clause humanitaire). La loi d'extradition danoise a été amendée pour introduire la possibilité d'extradition des auteurs d'infractions politiques et l'extension de la portée de l'extradition à tout type d'activité criminelle. Elle établit une différence de traitement entre les citoyens d'origine danois et les autres. Il manque par ailleurs des protections satisfaisantes face au risque de traitement inhumain ou dégradant après l'extradition et/ou en cas de jugement inéquitable dans le pays d'origine. La loi danoise sur les étrangers a été amendée pour mettre en oeuvre la coopération entre les services d'immigration et de renseignements sur l'accès aux données sans le consentement de la personne affectée. En outre, il existe maintenant une possibilité pour l'étranger d'être expulsé même en présence d'un risque réel de subir des traitements inhumains ou dégradants dans le pays d'origine. La possibilité d'expulsion d'étrangers – y compris ceux qui se sont vu accorder le statut de réfugiés – lorsqu'ils ont fait l'objet d'une mesure d'emprisonnement à perpétuité et sans tenir compte de leur situation factuelle, confirme la tendance de mesures restrictives à leur égard.

En **Allemagne**, on assiste à des modifications de la loi sur les étrangers¹⁶² via la loi pour la lutte contre le terrorisme, dont un certain nombre de mesures sont destinées à faciliter le contrôle de l'identité des étrangers. De même, le nombre de « raisons spéciales » permettant de refuser un permis de séjour qui pourrait autrement être revendiqué a été considérablement accru (voy. notamment : menacer l'ordre démocratique fondamental; participer à des actes de violence à motivation politique; être membre d'une association qui soutient la terreur internationale). La réglementation concernant l'éloignement d'un étranger ou de l'éloignement d'une personne qui demande l'asile reproduit textuellement l'art. 1^{er} F de la Convention de Genève.¹⁶³ Les individus qui fournissent des informations erronées, en dépit des instructions données pendant la procédure de visa et face au bureau des étrangers seront habituellement expulsés. Dans le registre central des étrangers, les données concernant les étrangers sont sauvegardées de manière considérablement plus vaste; le registre est développé en un fichier central de visa. Les bureaux de police ainsi que les services secrets ont désormais un accès facilité à cette banque de données.

¹⁶¹ Lov (2002:378) om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven samt lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige [Loi (2002:378) de modification de la loi concernant le Code pénal, Loi sur l'administration de la loi sur la justice, la concurrence des télécommunications et le consommateur, Ordre sur la loi concernant les armes et les explosifs, Loi d'extradition et la Loi d'extradition concernant la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède].

¹⁶² Art. 11-16 de la loi sur la lutte contre le terrorisme: Modifications de la loi sur les étrangers (*Ausländergesetz*), de la loi de procédure d'asile (*Asylverfahrensgesetz*), de la loi concernant le registre central de la loi sur les étrangers (*Ausländerzentralregister*) ainsi que des modifications de trois décrets de loi sur les étrangers.

¹⁶³ La section 51 (3) de la loi sur les étrangers se formule à l'article 11 de la loi pour la lutte contre le terrorisme. Le législateur voulait ainsi s'assurer que l'on tiendrait compte du besoin de protection de la personne concernée et de l'absence de crime commis (pas de protection en tant que réfugié); voir *Bericht des Innenausschusses* [Rapport du Comité sur les Affaires intérieures], Bundestagsdrucksache 14/7864, p. 8, en plus de l'article 11 n° 9. – L'UNHCR critique la 51 (3), qui mélange les articles 33 (2) et 1^{er} F de la Convention de Genève.

En **Italie** enfin, la nouvelle législation en matière de terrorisme n'a pas modifié les normes en matière de droit d'asile ou d'immigration. Aucun comportement hostile de l'Administration visant les ressortissants d'Etats déterminés n'a été signalé.

VI. La répression du financement du terrorisme

VI.1. Le gel des avoirs en amont d'un procès-verbal

L'article 8, al.1^{er} et 2, de la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme invite les Etats parties à incriminer les actes de financement du terrorisme, ainsi qu'à adopter les mesures nécessaires à l'identification, à la détection, au gel ou à la saisie de tous fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre les infractions terroristes, ainsi que du produit de ces infractions, aux fins de confiscation éventuelle. Le processus de ratification de cet important instrument s'est accélérée brutalement à la suite des attentats du 11 septembre 2001. En outre, la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies relative au gel des avoirs terroristes et au financement du terrorisme invite à ériger en crime "la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme" (article 1 a)). Cette résolution décide également que les fonds, avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui "commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent" seront gelés au même titre que ceux des personnes ou entités qui y sont liées (article 1 b)).

A la suite de l'adoption de la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies, l'Union européenne a adopté deux positions communes le 27 décembre 2001¹⁶⁴. Les États membres décident, outre d'incriminer le financement du terrorisme, de geler les avoirs de certaines des personnes ou entités répertoriées – en annexe de la Position commune 2001/931/PESC – convaincues d'assistance au terrorisme (a). En même temps, la coopération policière et judiciaire à l'égard de l'ensemble des groupes, entités ou individus listés dans l'annexe a été renforcée (b). La liste, dont les noms ont fait l'objet de mises à jour semestrielles, est établie "sur la base d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision a été prise par une autorité compétente à l'égard des personnes, groupes et entités visés, qu'il s'agisse de l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste, ou la tentative de commettre, ou la participation à, ou la facilitation d'un tel acte, basées sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles, ou qu'il s'agisse d'une condamnation pour de tels faits" (article 1 § 4 de la position commune 2001/931/PESC). Son élaboration comme ses modifications est assurée par le Conseil, sur base de critères non définis au préalable et confidentiels.

(a) Le 27 décembre 2001, le Conseil a également adopté le règlement 2580/2001¹⁶⁵, une intervention communautaire étant requise pour mettre en œuvre le volet « gel des avoirs » de la position commune 2001/931/PESC, et une décision établissant la liste prévue par l'article 2 § 3 de ce règlement¹⁶⁶. Les concepts de « fonds, avoirs financiers et autres ressources économiques » sont définis au sens large puisqu'ils regroupent « les avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, acquis par quelque moyen que ce soit, et les documents ou instruments légaux sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique ou numérique, qui prouvent un droit de propriété ou un intérêt sur ces avoirs, incluant, mais non exclusivement, les crédits bancaires, les mandats, les actions, les titres, les obligations, les traites et les lettres de crédit. »¹⁶⁷

¹⁶⁴ Position commune 2001/930/PESC du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, JO L344 du 28.12.2001, p. 90 et Position commune 2001/931/PESC du Conseil relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, JO L344 du 28.12.2001, p. 93.

¹⁶⁵ Règlement 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001, JO L344 du 28.12.2001 p. 70.

¹⁶⁶ Décision 2001/297 du Conseil du 27 décembre 2001, JO L 344 du 28.12.2001 p. 83.

¹⁶⁷ Règlement 2580/2001, article 1 §1

Par la suite, la position commune 2001/931/PESC comme la décision ont fait l'objet de plusieurs mises à jour¹⁶⁸. La même inspiration a guidé l'action de l'Union à l'encontre du mouvement Al Qaida¹⁶⁹. Cet ensemble normatif a donné matière à une série de recours en annulation dont certains mettent notamment en cause le fond de la mesure, c'est-à-dire le droit à la lutte armée des personnes visées¹⁷⁰, tandis que d'autres préfèrent se situer dans le cadre formel de l'adoption de ces textes ou de l'atteinte à leur activité politique¹⁷¹. Sont menacés ici, en particulier, l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit à la propriété ainsi que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à un procès équitable. Ces mesures mettent en cause la présomption d'innocence – car le gel des avoirs préjuge de la culpabilité de personnes qui n'ont pas fait l'objet d'une condamnation pénale¹⁷². Elles représentent pour la présomption d'innocence une menace d'autant plus sérieuses que certains pourraient être tentés de mentionner le gel des avoirs, lui-même obtenu sur base d'informations secrètes ou de considérations politiques, comme preuves apportées *a priori* dans le cadre de procédures pénales subséquentes.

(b) Les personnes, groupes ou entités concernés uniquement par l'article 4 de la position commune 2001/931/PESC relatif au renforcement de la coopération policière et judiciaire aux fins de prévenir et combattre les actes de terrorisme,¹⁷³ ne disposent en revanche pas d'un recours juridictionnel équivalent. A l'heure actuelle en effet, aucun contrôle juridictionnel des mesures adoptées dans le cadre du Titre V du Traité sur l'Union européenne n'est organisé au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁷⁴. Pareille situation ne se laisse pas concilier avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ni, *a fortiori*, avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Sans doute, dans sa décision d'irrecevabilité rendue le 23 mai 2002 sur les requêtes jointes *SEGI et autres et GESTORAS PRO-AMNISTIA et autres c. les 15 Etats membres de l'Union européenne*, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les requérants ne peuvent se prétendre "victimes", au sens de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme,

¹⁶⁸ Par exemple, Position commune 2002/976 du Conseil du 12 décembre 2002 mettant à jour la position commune 2001/931/PESC, JO L337 du 13.12.2002, p. 93; Décision 2002/974 du Conseil du 12 décembre 2002 appliquant l'article 2§3 du règlement 2580/2001, JO L337 du 13.12.2002, p. 85.

¹⁶⁹ Position commune du Conseil du 27 mai 2002 concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant les positions communes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC et 2001/771/PESC et Règlement 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, et abrogeant le règlement (CE) n° 467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Taliban d'Afghanistan, JO L139 du 29.5.2002, p. 9. L'article 6 du Règlement prévoit qu'aucune responsabilité ne peut être attribuée à celui qui bloquerait indûment des fonds en voulant appliquer de bonne foi le règlement. Ces listes sont intégrées en droit interne des Etats membres pour application. Ainsi en Belgique, voir l'Arrêté ministériel du Ministre des Finances du 14 février 2003 modifiant l'arrêté ministériel du 15 juin 2000 d'exécution de l'arrêté royal du 17 février 2000 relatif aux mesures restrictives à l'encontre des Taliban d'Afghanistan, Mon.b., 21 février 2003.

¹⁷⁰ L'Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran a déposé un recours en invoquant subsidiairement que cette décision lui cause un préjudice "considérable" et viole la règle supérieure du droit "à la révolte contre la tyrannie et l'oppression". Recours introduit le 26 juillet 2002 par Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran (OMPI) contre Conseil de l'Union européenne (affaire T-228/02), JOCE, n° C 247, 12 octobre 2002, p. 20. Voyez également le Recours introduit le 31 juillet 2002 par Osman Ocalan au nom du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) et Serif Vaniy au nom du Congrès national du Kurdistan (KNK), contre le Conseil de l'Union européenne (affaire T-229/02), JOCE n° C 233, 28 septembre 2002, p. 32.

¹⁷¹ Voyez notamment, ci-dessous, le recours introduit par trois suédois d'origine somalienne.

¹⁷² Voir Cour eur. D.H., arrêt *Alenet de Ribemont contre la France* du 10 février 1995 ("une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal mais aussi d'autres autorités publiques": § 36).

¹⁷³ Voir également la Décision 2003/48/JAI, adoptée par le Conseil le 19 décembre 2002, relative à l'application de mesures spécifiques de coopération policière et judiciaire en matière de lutte contre le terrorisme, conformément à l'article 4 de la position commune 2001/931/PESC. Cette décision prévoit notamment la désignation au sein des services de police et des autorités judiciaires (Eurojust ou autres) de services ou de magistrats spécialisés (articles 2 et 3), un échange d'information optimal avec Europol (article 5), une priorité et un traitement urgent à accorder aux demandes d'entraide portant sur les personnes et groupes repris dans la liste (article 6), ainsi qu'un accès maximal par les autorités d'autres Etats membres aux informations portant sur les personnes et groupes visés (article 7). Il faut approuver ici le souci du Parlement européen et du Conseil d'encadrer par un rappel explicite aux droits fondamentaux la volonté des Etats membres d'utiliser Eurojust et Europol dans leur lutte contre le terrorisme en vertu de l'article 4 de la position commune 2001/931/PESC (Conclusions du Conseil JAI, doc. 15691/02(presse 404), annexe II).

¹⁷⁴ Voir l'article 46 TUE.

d'une atteinte à leurs droits en raison de l'adoption des deux positions communes en cause, adoptées le 27 décembre 2001 dans le cadre de la PESC (position commune 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme, et position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme)¹⁷⁵. La Cour considère en effet que reconnaître la qualité de "victimes" aux requérants dans une telle situation reviendrait à admettre que le droit de requête individuelle organisé par la Convention européenne des droits de l'homme puisse avoir pour objet de "prévenir une violation de la Convention", et étendrait la notion de "victime potentielle" d'une violation au-delà des cas où cette notion a pu auparavant être utilisée. Elle se fonde à cet égard sur le constat que les "positions communes" adoptées dans le cadre de la PESC "ne sont pas, en tant que telles, directement applicables dans les Etats membres, et leur mise en oeuvre requiert l'adoption par chaque Etat membre de dispositions internes concrètes sous la forme juridique appropriée".

Pourtant il serait erroné de déduire de la décision *SEGI et autres* que l'absence de tout contrôle juridictionnel dans le cadre du Titre V du Traité sur l'Union européenne serait par principe acceptable. Parmi les droits fondamentaux de la personne figurent le droit d'être protégé de toute atteinte à son honneur ou à sa réputation ainsi que le droit d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie. Or ces deux droits peuvent être menacés, voire violés, par des prises de position du Conseil adoptées dans le cadre de la PESC qui identifient certains individus ou organisations afin de leur attribuer certaines responsabilités en demandant aux Etats membres d'adopter des mesures contre eux ou qui, simplement, désignent ces individus ou organisations de certains qualificatifs susceptibles de nuire à leur réputation. C'est d'ailleurs pourquoi, dans sa décision précitée du 23 mai 2002, la Cour européenne des droits de l'homme qualifie de "gênante" la circonstance que deux des organisations requérantes devant elle figurent dans une liste annexée à la position commune 2001/931/PESC du 27 décembre 2001, tout en refusant de tirer de ce constat les conclusions qui paraissaient s'imposer. Si le Tribunal de première instance des Communautés européennes, saisi à présent de deux recours introduits par les organisations concernées¹⁷⁶, devait constater qu'il n'a pas la compétence de connaître de ces recours, il serait difficile de ne pas constater le caractère insuffisant de la protection juridictionnelle du particulier vis-à-vis des conséquences que peuvent produire à son égard des positions ou actions communes adoptées dans le cadre du Titre V du Traité sur l'Union européenne.

Indépendamment des questions liées à la confidentialité de la récolte des informations concernées qui ne doivent pas aboutir à une absence complète de contrôle, une préoccupation importante demeure: celle de la véracité et de la fiabilité des informations qui aboutissent à l'inscription sur cette liste, le risque d'abus dans le gel des avoirs s'accroissant avec l'indéterminabilité de l'infraction terroriste. Indéniablement, les modalités d'élaboration de la liste ne paraissent pas satisfaisantes en l'état, vu le choix d'une procédure administrative (inscription sur la liste par un organe de nature gouvernementale) dans un domaine qui devrait être strictement réservé au pouvoir judiciaire. En outre, l'inscription sur la liste, qui peut résulter d'une simple ouverture d'enquête dans un Etat membre, imposera aux autres Etats membres de geler les fonds des personnes listées, sans qu'aucun contrôle des autorités judiciaires des ces derniers ne soit envisagé.¹⁷⁷

Les initiatives qu'ont prises les Etats membres sont fortement convergentes, étant encadrées par la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, par la résolution 1373

¹⁷⁵ Cour eur. D.H., déc. du 23 mai 2002, req. jtes n° 6422/02 et n° 9916/02, *Segi et autres contre l'Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)* et *Gestoras Pro-Amnistia et autres contre l'Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)*.

¹⁷⁶ Le 31 octobre 2002, les deux organisations basques ont introduit une requête auprès du Tribunal de première instance des Communautés européennes contre la Décision du Conseil de Ministres de les inclure dans la liste commune d'organisations terroristes (aff. T-333/02, JO C 19 du 25.1.2003, p. 36; et aff. T-338/02, JO C 7 du 11.1.2003, p. 24). Les requérants allèguent notamment l'atteinte à la présomption d'innocence, au droit à un recours effectif, à défaut que la position commune puisse faire l'objet d'un recours en annulation, à liberté d'expression, ainsi qu'au droit au respect de la vie privée. Ils avancent en outre l'absence de consultation préalable du Parlement européen, la violation de leur droit de la défense du fait de ne pas avoir été informés de leur inclusion dans la liste.

¹⁷⁷ Un Projet de décision-cadre relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve tend à appliquer le principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de gel des avoirs, dans une perspective de coopération judiciaire.

du Conseil de sécurité des Nations Unies, ainsi que par le règlement 2580/2001 de mise en œuvre du gel des avoirs. Ce dernier instrument est directement applicable dans les Etats membres, seules les sanctions contre la violation du Règlement devant être obligatoirement prévues par les Etats.¹⁷⁸

La **Belgique** a ainsi adopté un arrêté royal du 2 mai 2002 «relatif aux mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme»¹⁷⁹. En vertu de son article 2, les sanctions prévues à l'égard des personnes se rendant coupables d'infraction au Règlement 2580/2001 équivalent à un emprisonnement de 8 jours à 5 ans et à une amende de 25 à 25.000 euros.¹⁸⁰ Cet arrêté rétroagit sur des situations antérieures à la date de sa promulgation: il produit ses effets à la date du 28 décembre 2001. Il a toutefois semblé nécessaire aux chambres législatives de s'emparer de cette problématique à travers le dépôt d'un projet de loi «relatif à la mise en oeuvre des mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne à l'encontre d'Etats, de certaines personnes et entités», adopté par la Chambre des représentants le 27 février 2003.¹⁸¹ Ce projet contient néanmoins d'autres aspects litigieux en ce qu'il permettrait d'exécuter par arrêté royal, en contournant *ipso facto* le parlement, des positions communes (pourtant non contraignantes).

L'**Espagne** a ratifié le 9 avril 2002 la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme.¹⁸² Elle a par ailleurs déposé en 2002 un Projet de Loi de prévention et de saisie du financement du terrorisme qui nécessite encore l'approbation du Sénat. Le but de cette initiative législative consiste à bloquer les transactions et mouvements de capitaux des entités terroristes, ainsi qu'à interdire l'ouverture de compte financier lorsqu'une des parties à l'opération est liée à des groupes ou organisations terroristes. Une Commission de surveillance dirigera et contrôlera ces activités.

En **Irlande**, les sections 12 à 44 du projet de loi sur les crimes terroristes (*Criminal Justice (Terrorist Offences) Bill, 2002*)¹⁸³ traitent de la répression du financement du terrorisme en prévoyant les mesures nécessaires pour permettre la ratification par l'Irlande de la Convention des Nations unies pour la suppression du financement du terrorisme de 1999. La définition du financement du terrorisme donnée à la section 13 est très large et prévoit qu'une personne est coupable de crime si elle fournit, collecte ou reçoit des fonds, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Etat, directement ou indirectement, illégalement et volontairement, dans l'intention de les utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés pour accomplir un acte qui constitue un crime selon la loi irlandaise et dans le cadre d'un traité annexé à la Convention de 1999 mentionnée plus haut¹⁸⁴. Les tentatives de commettre un tel crime sont également

¹⁷⁸ En application de l'article 9 du règlement 2580/2001.

¹⁷⁹ **Publié au Moniteur belge du 28 mai 2002.** Cet arrêté fut précisément adopté sur base de l'article premier de la loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (publiée au *Moniteur belge* du 29 juillet 1995); cet article prévoit, en effet, que le Roi peut prendre, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les mesures nécessaires à la mise en œuvre des décisions obligatoires que prend le Conseil de sécurité en vertu de la Charte des Nations unies. L'article 4 de cette loi impose par ailleurs une sanction générale aux infractions aux mesures contenues dans les arrêtés pris en application de cette loi, équivalent à un emprisonnement de 8 jours à 5 ans et à une amende de 25 à 25.000 euros.

¹⁸⁰ Le contraste entre, d'une part, la sévérité de la peine infligée à ceux -organismes financiers,...- qui s'abstiennent de geler les fonds de personnes et entités listées et, d'autre part, l'immunité prévue à l'article 6 *Règlement 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002* (instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, voir supra) au bénéfice de ceux qui gèleraient des fonds par erreur mais dans la conviction d'agir de bonne foi, pourrait faire craindre une tendance renforcée à "geler", même en cas de doute quant à la conformité entre l'identité des personnes et entités visées par les instruments européens et celles à qui la décision de gel des avoirs est concrètement infligée.

¹⁸¹ Doc 50/2210, déposé le 6 janvier 2003 à la Chambre. Les pénalités prévues sont calquées sur celles stipulées dans l'arrêté royal du 2 mai 2002.

¹⁸² Publication le 23 mai 2002.

¹⁸³ Pour le texte complet du projet de loi et le memorandum explicatif, consultez: www.irigov.ie. Les débats parlementaires sur cette législation peuvent aussi être consultés à cette adresse.

¹⁸⁴ Les conventions annexées à la Convention de 1999 sont les suivantes: Convention pour la suppression de la capture illégale des avions; Convention pour la suppression des actes illégaux contre la sécurité de l'aviation civile; Convention sur la prévention et la sanction de crimes contre les personnes à protection internationale, y compris les agents diplomatiques; Convention internationale contre les prises d'otages; Convention sur la protection physique du matériel nucléaire; Protocole pour la suppression des actes de violence illégaux dans les aéroports desservant l'aviation civile internationale, complément à la Convention pour la suppression des actes illégaux contre la sécurité de l'aviation civile; Convention pour la suppression

incriminées. Un dispositif de gel et de confiscation des fonds utilisés ou alloués pour être utilisés en rapport avec le crime de financement du terrorisme est inséré dans la loi de *Criminal Justice* de 1994, aux sections 21 à 43.¹⁸⁵ Les sections 14 à 20 prévoient une procédure (basée sur la loi de procédure criminelle (*Proceeds of Crime Act*, 1996)) au moyen d'un ordre de la cour, pour le gel, la retenue ou la confiscation de fonds en la possession ou sous le contrôle d'une personne qui les utilise ou a l'intention de les utiliser pour commettre ou faciliter l'accomplissement d'un crime terroriste ou d'un crime de financement du terrorisme. Une répartition de la charge de la preuve est prévue: la section 18 (basée sur la section 8 de la loi de 1996) prévoit l'utilisation d'une preuve constituée de l'opinion d'un membre de *An Garda Siochana* (la police irlandaise) dont le rang ne peut pas être inférieur à celui de *Chief Superintendent*, sous réserve que la Haute Cour soit convaincue que cette opinion repose sur des bases raisonnables. La section stipule également que la norme de preuve à appliquer est celle appliquée aux procédures civiles, à savoir le « bilan des probabilités ».

Au **Royaume-Uni**, la Convention des Nations unies pour la répression du financement du terrorisme a été ratifiée et est entrée en vigueur le 10 avril 2002. Les crimes qu'elle énumère seront ajoutés à la liste des crimes punis d'extradition. On constate, par ailleurs, que, contrairement au pouvoir de confiscation (sections 1 à 3 de la loi sur l'anti-terrorisme, le crime et la sécurité (*Anti-terrorism, Crime and Security Act* 2001)), celui qui se rapporte au gel des avoirs ne se limite pas aux utilisations liées au terrorisme (sections 4 à 14). Il recouvre, en particulier, aussi leur utilisation dans le cas d'actions qui nuisent à l'économie du Royaume-Uni. Non seulement le gel des avoirs pourrait s'appliquer aux auteurs d'activité économique entièrement légitime là où elle prend place, mais l'omission de stipulation des critères selon lesquels on peut juger de la nature néfaste d'une action pour l'économie hypothèque l'exercice potentiel du pouvoir préventif du gel des avoirs. Le manque de critères handicaperait aussi le contrôle judiciaire de tout exercice de ce pouvoir. Ces dispositions ne sont donc pas entièrement compatibles avec les contrôles autorisés de la jouissance pacifique de possessions.

L'**Italie** a également procédé à la ratification de la Convention de New York du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme.¹⁸⁶ Le gouvernement, prenant acte du contenu de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité de l'ONU, a par ailleurs institué un Comité pour la sécurité financière auprès du Ministère de l'économie et des finances.¹⁸⁷ La prévention de la délinquance de type mafieux (loi du 19 mars 1990 n° 55) est ainsi renforcée en prévoyant aussi pour les délits énumérés à l'article 270 bis qui comprend le financement du terrorisme (décret 374/2001, *supra*, section relative à la Définition du terrorisme) des sanctions disciplinaires, la suspension ou la révocation des titres qui habilitent à l'exercice de l'activité bancaire, déjà prévues pour le recel, le blanchiment de l'argent, l'emploi d'argent, de biens ou d'autres utilités de provenance illicite.¹⁸⁸ Le problème principal soulevé par ces nouvelles normes concerne la répression d'un comportement qui a

des actes illégaux contre la sécurité de la navigation maritime; Protocole pour la suppression des actes illégaux contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental; et Convention internationale pour la suppression des bombardements terroristes.

¹⁸⁵ Les sections 14, 15 et 16 prévoient des ordres respectivement provisoires, interlocutoires et de règlement, qui ont pour effet de geler certains fonds. Ces dispositions reflètent les sections 2-4 de la loi de 1996 sur les produits du crime.

¹⁸⁶ Texte approuvé par la Chambre des députés le 19 décembre 2002, non encore publié au Journal officiel. Le Parlement ne s'est pas limité à insérer la Convention dans l'ordre juridique national, mais il a introduit des normes qui modifient et coordonnent le contenu de la Convention avec la législation en vigueur. La norme la plus importante ayant subi des modifications est l'article 25 quater du Décret législatif du n° 231 (Discipline de la responsabilité administrative des personnes morales, des sociétés et des associations, même sans personnalité juridique). La nouvelle version prévoit des sanctions pécuniaires ou des interdictions pour les auteurs des délits ayant comme finalité le terrorisme ou la subversion de l'ordre démocratique ou des délits « accomplis en violation de l'article 2 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme faite à New York le 9 décembre 1999 ».

¹⁸⁷ Décret-loi 12 octobre 2001 n° 369 (loi de conversion du 14 décembre 2001 n° 431): Mesures urgentes pour la répression et la lutte contre le financement du terrorisme international. Ce comité, qui dispose d'un mandat annuel prorogeable, doit assurer la coordination des données concernant les infractions à l'embargo et au blocage des biens sur le plan interne et international. Il doit également coordonner toutes les initiatives adoptées contre le financement du terrorisme, agissant comme centre de recueil de données et d'information et ayant le pouvoir de demander à la CONSOB, au Bureau national des changes et à l'Organe spécial de la police fiscal d'effectuer des inspections.

¹⁸⁸ Suite à un arrêt récent de la Cour de Cassation (Cassazione penale, sez. II, sentenza del 22 novembre 2000), le financement réalisé par le biais de virements sur des comptes bancaires à l'étranger doit être considéré comme si il avait été fait en Italie, ce qui entraîne l'application de l'article 270 bis du Code pénal.

contribué seulement de manière occasionnelle à la réalisation des buts de l'association: la possibilité de réprimer pénalement une conduite de soutien à l'association qui ne s'est pas concrétisée dans une participation effective de l'acteur à cette association comporte un risque de violation du principe de légalité qui pourrait engendrer la création de nouveaux modèles de répression non prévus par la législation.

La **Suède** a, pour sa part, été traversée par des débats relatifs à la décision (SC/7206) concernant trois citoyens suédois (originaires de Somalie) accusés d'association avec une organisation terroriste et dont les avoirs ont été gelés sur cette base en l'espace de quelques jours, en dépit de leurs véhémentes dénégations de toute connexion avec Al Qaida. Plusieurs ONG suédoises ont critiqué la non-divulgaration d'informations par le Conseil de sécurité des Nations unies au sujet du cas d'espèce, en ce que cela privait les accusés de toute possibilité de contester la décision.¹⁸⁹ Il est de la plus haute importance que les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime ne soient pas pénalisées avant que leur culpabilité ait été prouvée au cours d'un procès équitable, par un tribunal indépendant. Selon la Croix-Rouge suédoise, ce principe légal fondamental n'a manifestement pas été pris en considération dans le cas des trois Suédois.¹⁹⁰ Ils ont été condamnés sans être entendus et sans la moindre opportunité de se défendre. A l'origine, on leur a refusé l'assistance d'un avocat, malgré leur carence de ressource. Le gouvernement suédois a été critiqué pour la façon dont il a appliqué les résolutions des Nations unies et les dispositions de l'Union européenne.¹⁹¹ Le litige fait actuellement l'objet d'une procédure devant le tribunal de première instance de la Communauté européenne à Luxembourg, se focalisant principalement sur les actions entreprises par l'Union européenne et la Suède en la matière. Les trois Suédois et l'organisation Al Barakaat ont ainsi introduit une action en annulation devant le tribunal de première instance de la Communauté européenne le 10 décembre 2001, contestant, *inter alia*, la décision de l'Union européenne de geler leurs avoirs (Annexe I à la réglementation n° (CEE) 881/2002).¹⁹² Le tribunal de première instance a prononcé le 7 mai 2002 sa décision sur la partie relative à la demande de mesures provisoires dans le cas T-306/01R, *Abdirisak Aden, Abdulaziz Ali, Ahmed Yusuf, Al Barakaat International Foundation contre l'Union européenne et la Commission européenne*. La plainte a été rejetée.¹⁹³ Entre-temps, les noms des trois citoyens suédois ont été rayés de la liste des sanctions, en résultat d'un accord entre eux et les Etats-Unis.¹⁹⁴

En vue de la ratification de la Convention des Nations unies pour la répression du financement du terrorisme de 1999¹⁹⁵, une nouvelle loi (*Lag om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall, m.m.*; (SFS 2002:444)) de sanction du financement des crimes particulièrement graves dans certaines circonstances (2002:444) et une nouvelle réglementation (*Förordning om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall*, (SFS 2002:552)) ont été approuvées et sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2002. La nouvelle loi criminalise le financement des actes terroristes, conformément à l'article 2 de la Convention des Nations unies. Elle comprend également des règles explicites concernant la compétence, la confiscation de fonds utilisés ou alloués dans le but de commettre les crimes énumérés à l'article 2. La loi oblige en outre les sociétés concernées par la loi sur les mesures contre le blanchiment d'argent (SFS 1993:768) d'examiner attentivement toute transaction dont on peut supposer, sur bases raisonnables, qu'elle est destinée à financer des crimes couverts par la loi (c'est-à-dire les crimes terroristes énumérés dans la Convention et son annexe). Les sociétés rapporteront toute circonstance pouvant indiquer de telles transactions au « FIU » suédois.

¹⁸⁹ Contre-rapport au Comité des droits de l'homme, p. 45.

¹⁹⁰ Svenska Röda Korset, Flykting & Folk rätt, 19 octobre 2002, p. 2. Voir aussi A.Wigenmark, *Bekämpning av terrorism efter 9/11, Rättigheter i farozonen*, MR-INFO, Frivilligorganisationernas fond för mänskliga rättigheter N° 04-2002, pp. 1-2.

¹⁹¹ Contre-rapport au Comité des droits de l'homme, p. 47.

¹⁹² Regeringens förhållande till riksdagen, 2001/02:KU20, 2.11. FN-sanktioner, pp. 115-127, <http://www.riksdagen.se/SrvFunc/dokarkiv/0102/bet/KU20.doc>.

¹⁹³ Leur demande de mesures provisoires a été rejetée au motif que, pouvant prétendre à une assistance sociale des autorités suédoises, les requérants ne prouvaient pas que le gel des avoirs décidé à leur encontre constituait un préjudice grave et difficilement réparable (ordonnance du 7 mai 2002 dans l'affaire T-306/01 R).

¹⁹⁴ Voir www.ud.se et SC/7490, 27 août 2002.

¹⁹⁵ Prop. 2001/02:149 Sveriges tillträde till Förenta nationernas internationella konvention om bekämpande av finansiering av terrorism. La Convention est entrée en vigueur pour la Suède le 6 juillet 2002.

Il faut enfin rappeler que l'**Autriche**, la **Finlande**, la **Grèce** et la **France** ont ratifié la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme¹⁹⁶. Au Luxembourg, un projet de *loi n° 4954 portant répression du terrorisme et de son financement* et portant approbation de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 10 janvier 2000, déposé le 16 mai 2002, n'a pas encore été adopté¹⁹⁷.

VI.2. La confiscation des biens du crime

La présidence danoise de l'Union Européenne a soumis le 13 juin 2002 une initiative en vue de la décision-cadre du Conseil relative à la confiscation des produits, instruments et biens du crime,¹⁹⁸ en vue d'harmoniser les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres. Conformément à l'article 2 de cette proposition initiale, chaque Etat membre est invité à adopter les mesures nécessaires lui permettant de confisquer tout ou partie des instruments et produits provenant d'infractions passibles de peines d'une durée supérieure à un an, ou de biens dont la valeur correspond à ces produits. Le pouvoir de confiscation s'étend en outre aux biens appartenant à une personne jugée coupable d'un acte criminel même s'ils ne présentent pas de lien avec l'infraction pénale lorsque cette dernière, *de nature à* générer un profit important, est passible d'une peine privative de liberté maximale de 6 ans (article 3, al.1^{er}). A ces conditions, la confiscation peut également être élargie aux biens dont le conjoint ou la partenaire de la personne concernée a possession, les Etats pouvant toutefois en excepter les biens possédés plus de trois ans avant la commission de l'infraction pénale. Enfin, en vertu de l'article 3, al. 4, il appartient à la personne concernée par la mesure de confiscation d'établir la probabilité que ses biens ont été acquis légalement, si bien qu'il paraît s'agir d'un véritable renversement de la charge de la preuve plutôt que d'un partage autorisé.¹⁹⁹

Cette dernière disposition a été critiquée tant par le Conseil Justice et Affaires intérieures des 14-15 octobre 2002²⁰⁰, que par le Parlement dans sa résolution rendue publique le 7 novembre 2002. Le Parlement européen a suggéré les principaux amendements suivants²⁰¹:

- chaque peine de confiscation devrait être proportionnelle à l'infraction constatée²⁰² ;
- les pouvoirs élargis de confiscation prévu à l'article 3 § 1 de l'initiative danoise ne pourraient s'opérer que si l'infraction *a* effectivement *généré* des produits importants et que l'origine des biens ne peut être déterminée²⁰³ ;

¹⁹⁶ Voir ci-dessus, note 7.

¹⁹⁷ Le 10 avril 2002, a été déposé le projet de loi n° 4937 portant approbation de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 15 décembre 1997.

¹⁹⁸ Initiative du royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens du crime, *J.O. C* 184 du 2 août 2002, p.3. Une première Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime. Elle prévoyait le rapprochement des dispositions nationales en matière de confiscation d'avoirs émanant de la criminalité organisée et, plus spécifiquement, voulait s'assurer que les États membres ne forment pas, ni ne maintiennent de réserves à l'égard des dispositions sur la confiscation de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment et à la confiscation des produits du crime signée à Strasbourg le 8 novembre 1990 (que l'ensemble des États membres a ratifiée) notamment lorsque l'infraction était punie d'une peine d'emprisonnement ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an. Cette décision-cadre s'est cependant révélée insuffisante.

¹⁹⁹ En vertu de l'article 12 sur la confiscation et la saisie de la Convention des Nations unies du 12 décembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée, les États parties peuvent envisager d'exiger que l'auteur d'une infraction établisse l'origine licite du produit présumé du crime ou d'autres biens pouvant faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où cette exigence est conforme aux principes de leur droit interne et à la nature de la procédure judiciaire et des autres procédures

²⁰⁰ Voir les Conclusions du Conseil JAI de l'UE des 14-15 Octobre 2002, partiellement publiées le 28 octobre 2002: "la disposition ne devrait s'appliquer que dans les cas où l'accusation a démontré que la propriété concernée n'avait pas été acquise de manière légale".

²⁰¹ Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil concernant l'Initiative du royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens du crime: 10697/2002-C5-0375/2002-2002/0818 CNS, rapporteur Di Lello Finuofi GUE présentée le 7 novembre 2002.

²⁰² *Ibidem*, amendement 2 à l'article 2.

²⁰³ *Ibidem*, amendement 3 à l'article 3 § 1, a) et c). La formule suivante élaborée par la Commission LIBE pour préciser la signification de «l'origine indéterminée» des biens – «biens dont dispose la personne reconnue coupable d'une infraction pénale ou dont elle est titulaire, même par personne physique ou morale interposée, (dont la valeur) est disproportionnée par

- l'élargissement des pouvoirs de confiscation au conjoint ou partenaire n'est admissible que s'il est prouvé par l'accusation que les biens acquis de manière illégale par le condamné n'appartiennent que fictivement au conjoint ou au partenaire²⁰⁴ ;
- la charge de la preuve sur la provenance illicite des biens doit incomber à l'accusation et non à la défense.

Tout en restreignant le champ d'application de la confiscation, la proposition de texte amendé par le Parlement maintient la possibilité de confisquer des biens ou des produits issus d'infractions autres que celle pour laquelle l'intéressé est inculpé. Cela peut constituer la source d'une certaine insécurité juridique. Dans la dernière version datée du 19 décembre 2002 du projet de décision-cadre du Conseil relative à la confiscation des produits, instruments et biens du crime²⁰⁵, ce pouvoir de confiscation élargi n'est toutefois autorisé que lorsque l'intéressé est coupable d'une des infractions énumérées limitativement²⁰⁶, et ce à certaines conditions relatives à la peine maximale de privation de liberté prévues pour ces infractions et à la nature de ces dernières.²⁰⁷

Sans intégrer textuellement les amendements proposés par le Parlement, le projet de décision-cadre prévoit en outre « qu'il ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux (...), y compris notamment la présomption d'innocence » (article 3ter). Il est précisé que le tribunal national ne pourra procéder à la confiscation de biens que lorsqu'il est pleinement convaincu de leur origine criminelle, éventuellement sur base d'éléments concrets ou sur base d'un rapport disproportionné entre les biens détenus par la personne condamnée et son revenu légal (article 3.2.).

La version du projet de décision-cadre, datée du 19 décembre 2002, paraît conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. Dans son arrêt *Philipps c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001²⁰⁸, celle-ci avait rappelé que les principes relevés dans l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel le droit pour une personne poursuivie d'être présumée innocente et d'obliger l'accusation à supporter la charge de prouver les allégations dirigées contre elle, s'applique à la procédure d'infliction d'une peine qu'est la confiscation. Elle avait estimé que « ce droit n'est toutefois pas absolu, car tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit, auxquelles la Convention ne met évidemment pas obstacle du moment que les Etats contractants ne franchissent pas certaines limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense (arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, série A n° 141-A, § 28) »²⁰⁹. Alors que renverser la charge de la preuve est incompatible avec l'article 6 de la Convention, une répartition de la charge sur la base de présomptions de droit ou de fait est par conséquent admissible à condition notamment que les présomptions ou la répartition de la charge soient réglées légalement, que l'intéressé ait la faculté de faire valoir ses arguments dans le cadre d'une procédure judiciaire avec audience publique, et qu'un réel pouvoir d'appréciation, tant par rapport aux éléments de fait que par rapport aux éléments de droit, soit réservé au juge.²¹⁰

rapport à ses revenus déclarés à des fins fiscales ou à ses activités et dont elle ne peut justifier l'origine licite) – n'a donc pas été retenue.

²⁰⁴ *Ibidem*, amendement 4 à l'article 3 § 2: «[...] s'il est prouvé que ces biens appartiennent à la personne reconnue coupable d'une infraction pénale et que, fictivement, le conjoint ou le partenaire en a la disposition ou en est titulaire».

²⁰⁵ Projet de décision-cadre du Conseil relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens du crime, version rendue publique le 23 janvier 2003, 5299/03 DROIPEN 3.

²⁰⁶ Les infractions relevant de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme sont répertoriées dans la liste (voir article 3, 1. b).

²⁰⁷ Il est prévu que l'infraction doit être de nature à générer des bénéfices, bien que la Commission ait exprimé une réserve à cette disposition, eu égard à la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme.

²⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Philipps contre le Royaume Uni* (req. n°41087/98) du 5 juillet 2001.

²⁰⁹ Voir § 40 de l'arrêt *Philipps contre le Royaume Uni*.

²¹⁰ Voir Cour eur. D. H., arrêt *Pham Hoang c. France* du 25 septembre 1992, série A, n° 243. Dans l'arrêt *Philipps contre le Royaume Uni*, la Cour relève que le tribunal anglais peut décider de ne pas avoir recours aux présomptions s'il y a selon lui un risque important que l'application des présomptions puisse provoquer une injustice dans le chef de l'inculpé.

Parallèlement au projet de décision-cadre sur la confiscation, était déposée une autre initiative danoise destinée à élargir le champ de la reconnaissance mutuelle et à renforcer le cadre de la coopération²¹¹ en autorisant l'exécution directe par les Etats membres des décisions de confiscation des gains illicites prononcées par les autorités judiciaires d'un autre Etat membre, et ce sans contrôle de la double incrimination, lorsque les biens proviennent d'une infraction déterminée tels, parmi d'autres, la participation à une organisation criminelle ou les actes de terrorisme, et ce aux conditions définies à l'article 5 § 1 de la décision-cadre.

Plusieurs initiatives prises par les Etats membres doivent être recensées, dès lors qu'elles sont relatives à l'introduction de la peine de confiscation des produits du crime et peuvent être rapportées aux évolutions qui viennent d'être rappelées. Ainsi, la **Belgique** s'est récemment dotée d'une Loi portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale²¹². L'article 4 de la loi introduit la répartition de la charge de la preuve entre le ministère public et l'inculpé en ce qui concerne l'origine d'actifs patrimoniaux suspects. Il appartient ainsi au ministère public de démontrer que le condamné a bénéficié de certains avantages patrimoniaux, qu'il existe des indices *sérieux et concrets* que ces derniers découlent d'une infraction et que le condamné n'a pas pu rendre plausible le contraire. Les « indices sérieux et concrets » peuvent être puisés dans tous les éléments dignes de foi qui ont été soumis au tribunal de manière régulière et qui montrent un *déséquilibre de quelque intérêt* entre, d'une part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et des dépenses du condamné au cours de la période pertinente (soit la période commençant cinq ans avant l'inculpation de la personne et courant jusqu'à la date du prononcé) dont le ministère public apporte la preuve, et, d'autre part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les dépenses du condamné au cours de cette période pour lesquels l'intéressé peut rendre plausible qu'ils ne découlent pas des faits pour lesquels il a été condamné ou de faits identiques.²¹³ Le partage de la charge de la preuve ainsi défini quant à l'origine illicite ou non des biens semble respecter les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme.

D'autres caractéristiques de la loi belge méritent d'être signalées. La nouvelle loi permet la saisie conservatoire par équivalent d'actifs patrimoniaux. Elle offre au ministère public la possibilité d'instaurer une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux moyennant l'accord du tribunal et ouvre à ce dernier la liberté d'imposer séparément la confiscation. La législation belge prévoit en outre, à l'instar du projet européen, l'extension des possibilités de confiscation à, non seulement la confiscation des avantages patrimoniaux résultant de l'infraction pour laquelle est jugé l'inculpé, mais également pour ceux qui résulteraient de faits identiques.

En **Italie**, le nouvel article 270 bis du Code pénal prévoit également la confiscation obligatoire des choses qui ont été utilisées pour commettre l'infraction et des choses qui constituent le prix, le profit, le produit ou l'emploi de du produit de l'infraction.²¹⁴

En **Irlande**, la section 22 du projet de loi sur les crimes terroristes (*Criminal Justice (Terrorist Offences) Bill, 2002*)²¹⁵ autorise des ordres de confiscation avec disposition détaillée pour l'estimation de la valeur des fonds sujets à confiscation par amendement de la 2^e partie de la loi de justice

²¹¹ Initiative du royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de confiscation, JO C 184, du 2.8.2002, p.5. Cette initiative a également fait l'objet d'amendements par le Parlement européen: voy. Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil concernant l'Initiative du royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de confiscation: 10701/2002-C5-0375/2002-2002/0816 CNS, rapporteur Di Lello Finuofi GUE présentée le 7 novembre 2002.

²¹² Loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, *Mon.b.* 14 février 2003 (entrée en vigueur le 24 février 2002).

²¹³ Voir Nouvel article 43quater § 3 du Code pénal, introduit par l'article 4 de la Loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, *Mon.b.* 14 février 2003 (entrée en vigueur le 24 février 2002).

²¹⁴ Décret-loi 18 octobre 2001 n° 374 (converti avec des modifications par la loi 15 décembre 2001 n° 438): *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*.

²¹⁵ Pour le texte complet du projet de loi et la memorandum explicatif, voir: www.irlgov.ie. Les débats parlementaires sur cette législation peuvent aussi être consultés à cette adresse.

criminelle (*Part II of the Criminal Justice Act*) de 1994. Tous les pouvoirs contenus dans la loi de 1994 concernant les crimes de trafic de drogue sont maintenant étendus aux crimes terroristes. Ceux-ci incluent, *inter alia*, des dispositions relatives à la faillite, au blanchiment d'argent, aux mandats de perquisition, à la communication d'informations par des corps désignés, etc.

*
* *

Lorsqu'il reviendra aux États membres d'adopter des mesures de transposition de la décision-cadre relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, il est essentiel qu'ils tiennent compte des limites qu'a fixées la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Phillips contre Royaume-Uni* du 5 juillet 2001. Dans cette affaire où le requérant alléguait que la présomption légale appliquée à son encontre par le tribunal ayant prononcé une ordonnance de confiscation à la suite de sa condamnation pour une infraction à la législation sur les stupéfiants avait violé les règles du procès équitable de l'article 6 de la Convention, la Cour n'a conclu à l'absence de violation qu'après avoir constaté les garde-fous que contient la loi britannique en cause: "l'appréciation en question était confiée à un tribunal dans le cadre d'une procédure judiciaire avec audience publique, communication à l'avance des arguments de l'accusation et possibilité pour le requérant de produire des preuves documentaires et verbales. Le tribunal avait le pouvoir de prononcer une ordonnance de confiscation d'un montant moindre s'il lui apparaissait probable que seul un montant inférieur pourrait être réalisé. La principale garantie résidait toutefois dans le fait que le requérant avait la faculté de combattre la présomption prévue par la loi de 1994 ; il lui suffisait pour cela de démontrer, selon le critère de la probabilité, qu'il avait acquis les biens concernés autrement que grâce au trafic de la drogue. De surcroît, le juge disposait d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas faire jouer la présomption s'il lui apparaissait que son application comporterait un risque sérieux d'injustice". Cette dernière condition est particulièrement importante aux yeux de la Cour, dont l'arrêt relève explicitement que "pour chacun des points pris en compte, le juge s'estima convaincu, sur la base soit des aveux faits par le requérant, soit des preuves produites par l'accusation, que le requérant était propriétaire des biens litigieux ou avait dépensé les sommes en question et que la conclusion qui s'imposait était que tout cela provenait d'une source illégitime"²¹⁶.

²¹⁶ Cour eur. D.H. (2^e section), arrêt *Phillips contre le Royaume Uni* du 5 juillet 2001, §§ 43-44.

VII. Conclusions Générales

Les principales conclusions auxquelles aboutit l'Observation thématique sont les suivantes.

1. L'examen des mesures adoptées par les États membres en vue de la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme montre que ces mesures étatiques de transposition n'ont pas remédié à l'imprécision définitionnelle de cet instrument. En effet, la définition du terrorisme qui figure dans la décision-cadre se trouve dans la plupart des cas purement et simplement reproduite dans le droit pénal interne. Cette situation contient un risque d'atteinte au principe de la légalité des délits et des peines inscrit à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, la qualification d'une infraction comme "terroriste" justifiant le recours à des méthodes particulières d'enquête qui entraînent des ingérences importantes dans la vie privée, la condition de légalité à laquelle est subordonnée toute ingérence dans la vie privée exige une précision suffisante de la disposition sur laquelle l'ingérence se fonde. Tel n'est pas le cas lorsque la définition de l'infraction "terroriste" repose exclusivement sur le degré de gravité des conséquences de l'infraction et la finalité poursuivie par l'auteur.

2. Dans l'état actuel du droit de l'Union européenne, le refus par un Etat membre de s'acquitter de l'obligation de coopération qui s'impose normalement à lui en vertu de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres du 13 juin 2002 peut se justifier par son souci de se conformer à son obligation de respecter les droits fondamentaux. Mais dans les situations litigieuses, où le risque de violation n'est pas clairement établi, un Etat hésitera à refuser la remise d'une personne à l'Etat membre d'émission du mandat. En raison des modalités d'organisation du renvoi préjudiciel dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas véritablement en mesure d'imposer une interprétation uniforme de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, ce qui accentue le risque d'une subordination des exigences des droits fondamentaux à des considérations politiques et à la négociation au sein du Conseil.

3. Dans le cadre des coopérations interétatiques qu'ils choisissent de nouer avec des Etats tiers, les Etats membres de l'Union européenne, qui sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme, doivent se garder d'apporter leur concours à des Etats dès lors qu'il apparaît qu'ils pourraient faire courir à l'individu le risque d'une atteinte à ses droits fondamentaux, y compris en cas de déni de justice flagrant. Cette interdiction définit la limite de la coopération judiciaire qui peut être envisagée avec les Etats-Unis. Elle joue un rôle également dans le domaine de l'échange des données à caractère personnel. En vertu de l'article 25 de la directive 95/46/CE, le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement ne peut avoir lieu que si le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat. Des doutes subsistent à l'heure actuelle sur le caractère adéquat de la protection qu'offrent les Etats-Unis. Une décision de la Commission européenne, adoptée en vertu de l'article 25 § 6 de la directive 95/46/CE, selon laquelle le traitement des données personnelles aux Etats-Unis offre des garanties suffisantes, ne saurait en tout état de cause être prise que dans les limites qu'impose l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. A défaut que les principes de pertinence et de proportionnalité soient entièrement respectés, et qu'un droit de rectification existe au bénéfice de l'individu dont les données personnelles font l'objet du transfert, il existe un risque réel d'atteinte à ces différentes garanties. De même, l'article 18 de la Convention Europol adoptée par Acte du Conseil du 26 juillet 1995 définit les conditions auxquelles Europol peut transmettre des données à caractère personnel conservées par ses

services à des Etats ou instances tiers. Mais les conditions fixées par l'article 18, y compris la condition selon laquelle un niveau adéquat de protection des données est garanti dans l'Etat ou l'instance tiers, doivent s'interpréter en tenant compte des exigences générales de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Du point de vue de ces dispositions – et particulièrement de l'article 8 § 3 de la Charte des droits fondamentaux –, l'absence d'une autorité de contrôle indépendante ayant la compétence de surveiller la transmission des données par Europol ainsi que le traitement qui en est fait par les autorités des Etats-Unis, constitue un motif de préoccupation particulièrement important.

4. En novembre 2002, le Conseil a adopté une recommandation relative à l'élaboration de "profils terroristes". L'élaboration de profils terroristes sur la base de caractéristiques telles que la nationalité, l'âge, l'éducation, le lieu de naissance, les "caractéristiques psychosociologiques", ou la situation familiale, afin d'identifier les terroristes "avant l'exécution d'une action terroriste" et, "en coopération avec les services d'immigration et la police" en vue "d'empêcher ou de révéler la présence de terroristes sur le territoire des Etats membres", présente un risque important de discrimination. L'élaboration de tels profils à des fins opérationnelles ne saurait être admise qu'en présence d'une démonstration claire, statistiquement significative, de liens entre de telles caractéristiques et le risque de terrorisme. Cette démonstration qui n'est pas apportée à l'heure actuelle. Le risque de discrimination est clairement établi.

5. Dans plusieurs Etats membres, des mesures particulières ont été adoptées depuis les attentats du 11 septembre 2001 pour faire face à la menace terroriste. Elles se traduisent par des immixtions dans la vie privée ou dans le secret des communications, par des possibilités accrues de recours à des agents infiltrés avec le risque de provocation que cela entraîne, par des restrictions aux droits de la défense (notamment par la préservation de l'anonymat des témoins), ou par des formes exceptionnelles de détention. Au Royaume-Uni, l'adoption de l'Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 a donné lieu à la notification d'une dérogation adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe sur la base de l'article 15 de la Convention européenne de droits de l'homme, bien qu'il soit douteux que les conditions requises pour l'utilisation de cette disposition soient réunies, ou que la détention que la dérogation prétend couvrir soit admissible, même sous couvert de la dérogation telle que notifiée. L'ensemble de ces développements appelle une considération commune. Le droit international des droits de l'homme ne s'oppose certes pas à ce que l'Etat prenne des mesures afin de se protéger de la menace terroriste. Mais en contrepartie des restrictions que, pour répondre à cette menace, l'Etat adopte, il doit imaginer des mécanismes par lesquels seront limitées au strict minimum les conséquences qui en résultent pour la garantie des libertés individuelles. En particulier, des mécanismes de contrôle indépendants doivent être prévus, qui fassent rempart aux éventuels abus commis par l'Exécutif ou les instances de poursuite pénale. D'autre part, les restrictions apportées aux libertés individuelles en réponse à la menace terroriste doivent être limitées à ce qui est absolument nécessaire. Adoptées afin de faire face à une menace immédiate, mais qui ne sera pas nécessairement permanente, ces mesures doivent ne présenter qu'un caractère temporaire, et être soumises à un mécanisme d'évaluation régulier. Elles doivent être ciblées avec une précision suffisante, et ne pas englober, sous prétexte de lutte contre le terrorisme, d'autres phénomènes, voire des catégories de personnes, qui sont distincts. C'est également le motif pour lequel l'infraction terroriste, pouvant justifier le recours à certaines mesures particulières qui constituent des restrictions aux libertés individuelles, doit être définie avec précision, de manière à écarter tout risque d'arbitraire dans l'utilisation qui sera faite de ces mesures.

6. Le sort des personnes, groupes ou entités visés par l'article 4 de la position commune 2001/931/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme – et confirmée ensuite par les positions communes 2002/340/PESC

du 2 mai 2002 et 2002/940/PESC du 17 juin 2002 – illustre clairement le risque qu'implique, pour la garantie du droit à un recours effectif devant un juge, l'absence de tout contrôle juridictionnel dans le cadre du Titre V du Traité sur l'Union européenne. Indépendamment même de la qualité des informations sur la base desquelles ces personnes ont été identifiées, force est de constater que ces personnes, groupes ou entités subissent une grave atteinte à leur droit à la présomption d'innocence, ainsi qu'à leur droit à la préservation de leur réputation. Même s'il devait s'avérer possible pour eux d'obtenir réparation du préjudice que leur causent ces atteintes, la situation demeurerait insatisfaisante: les atteintes aux droits fondamentaux doivent, autant que possible, être évitées, et non seulement réparées une fois qu'elles sont commises.