12 > 13 avril 2018 – Paris

LA RÉPONSE JUDICIAIRE AU TERRORISME AU REGARD DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UE :

« TERRORISME, « RISQUES » ET DROITS FONDAMENTAUX »

- CONFERENCE FINALE -

Par Antoine MÉGIE

Rapporteur du projet européen

Avec le soutien financier
du programme Justice de l'Union européenne

SYNTHESE

Quels sont les futurs défis pour les autorités judiciaires européennes face aux terrorismes actuels? Grâce à cette conférence finale, différents enjeux communs aux pays européens ont pu être abordés et mis en perspective.

Quel contrôle pour la législation antiterroriste ? La superposition des législations dans tous les pays européens, tout d'abord. L'adoption de lois de plus en plus nombreuses et leur instrumentalisation politique, ces cycles d'actions réactions entre violence terroriste et réponses des Etats posent de véritables questions sur l'équilibre du pouvoir judiciaire et entraînent une instabilité permanente aujourd'hui en raison de la superposition des nouveaux dispositifs et des orientations de politiques pénales. Les exemples de l'intégration de « l'Etat d'urgence » dans la constitution française, ou encore du durcissement progressif de l'ensemble des législations européennes en la matière doivent interroger. En termes d'équilibre des droits bien évidemment mais aussi en termes d'efficacité. La question du contrôle par la législation est alors essentielle. **(Partie 1)**

« Du théâtre d'opération au territoire européen ». Une autre interrogation majeure qui se pose à nos démocraties réside dans le traitement judiciaire des ressortissants européens (hommes, femmes et enfants) encore sur la zone syrienne. Gestion politique de ces revenants mais obligation de respecter les règles juridiques de protection des citoyens nationaux, y compris si ils sont terroristes. Questions humaines, juridiques et politiques cruciales qui nous renvoient à de nombreux exemples historiques dans lesquels la question de l'extradition et de sa dimension politique avait déjà été centrale et sujet à ambigüité **(Partie 2).**

« Société du risque », droits fondamentaux et antiterrorisme. Ce troisième temps pose enfin la question du temps de la peine et de sa gestion. La question de la dangerosité devenant centrale, elle semble s'inscrire aujourd'hui elle aussi dans une approche de plus en plus proactive que la justice antiterroriste appliquait déjà dans la phase d'enquête, et qu'elle applique désormais dans la gestion des condamnations. Le but qui est assigné à la justice et aux magistrats devient la gestion de la dangerosité. Une présentation de plusieurs procureurs européens nous a permis de saisir les lignes directrices des pratiques européennes actuelles en la matière. Sur un autre plan, celui de la peine et de sa gestion judiciaire, cette question est bien présente et de profondes transformations touchent les ordres juridiques européens en la matière. L'objectif actuel apparaît de moins en moins comme une mise à l'écart temporaire du condamné dans le but de sa réinsertion, mais plus comme une forme de protection de la société par des incarcérations longues. Si les programmes, expériences et annonces se multiplient pour essayer de renforcer la réinsertion, il semble aujourd'hui très compliqué premièrement, de réussir la mission absolue : « désengager ou plus sommairement déradicaliser ces personnes » mais aussi deuxièmement, de se rendre compte avec si peu de recul de la réelle efficacité de ces programmes. Dans ce cas, face à l'incertitude, l'approche proactive d'anticipation se développe dans une démarche qui répond, selon *[de]* Christine Lazerges et Hervé Henrion Stoffel, non plus à une logique « *de surveiller et punir* » mais « *de punir et surveiller* » **(Partie 3)**. Ces enjeux vont sans conteste poser aux institutions judiciaires des questions quant à leurs pratiques et les confronter à un défi démocratique. Dans ce contexte, la capacité de l'autorité judiciaire à proposer des contrôles transparents et effectifs sur ses actions est essentielle. Contrôle grâce aux tribunaux nationaux bien évidemment mais aussi grâce à la jurisprudence de la CEDH qui doit pouvoir instaurer des limites communes aux pratiques antiterroristes afin qu'elles ne deviennent pas à la fois illégales et inefficaces.

"Toute communication ou publication relative à l'action, effectuée par les bénéficiaires, conjointement ou individuellement, sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, indique qu'elle reflète uniquement le point de vue de l'auteur et que la Commission Européenne n'est pas responsable de l'usage qui pourrait être fait des informations qu'elle contient."

SOMMAIRE

SYNTHESE **1**

PROJET EUROPÉEN ET PARTENAIRES **4**

PROGRAMME DU SÉMINAIRE **6**

INTRODUCTION **8**

PARTIE 1. QUEL CONTRÔLE POUR LES LÉGISLATIONS ANTITERRORISTES ? **15**

1.1. L'expérience européenne : mise sur agenda et décision politique face aux attentats européens 15

La Directive européenne du 15 mars 2017 au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE *16*

1.2. Les expériences britannique et française 17

Des législations antiterroristes sous contrôle ? *17*

Les qualifications juridiques du terrorisme sous influence politique *18*

Quel contrôle judiciaire face au politique ? *19*

Limiter le risque de l'exception *20*

1.3. Quelle place pour la Cour européenne des droits de l'homme dans un contexte politique « terrorisé » ? 20

« Affirmer les principes fondamentaux » *21*

PARTIE 2. L'ENJEU POLITIQUE ET JUDICIAIRE DES « *FOREIGN TERRORIST FIGHTERS* » **24**

2.1 Quelle application pour le principe de proportionnalité ? 24

Le principe de proportionnalité selon le Conseil de l'Europe *25*

La judiciarisation des familles revenantes de Syrie *27*

L'expérience britannique *27*

2.2 Une remise en cause du procès équitable ? 28

Le principe du procès équitable *28*

Positions politiques et diplomatiques des États européens *29*

La remise en cause du procès équitable sur les zones de guerre ? *29*

Juger en Europe les « foreign terrorist fighters » ? *30*

PARTIE 3. TERRORISME, « SOCIÉTÉ DU RISQUE » ET DROITS FONDAMENTAUX 32

3.1 La dangerosité au prisme du droit : incrimination et qualification 32

3.2 La dangerosité au prisme du genre et des mineurs 33

3.3 La dangerosité au prisme du « renseignement » 34

3.4 La dangerosité au prisme des régimes des peines 35

La gestion de la dangerosité à l'issue de l'exécution de la peine, quelles atteintes aux libertés fondamentales? 37

L'expérience française 37

CONCLUSION 40

« La société du risque et l'acceptation par les sociétés du phénomène terroriste »... 40

PROJET EUROPÉEN ET PARTENAIRES

L'équilibre entre sécurité et libertés fondamentales est un enjeu quotidien pour les autorités européennes. Cet équilibre suppose une montée en puissance du traitement judiciaire du terrorisme plaçant au cœur de cet exercice les magistrats par leur rôle de gardiens des libertés individuelles.

Les États membres de l'Union européenne se sont portés garants des droits fondamentaux par la signature d'une charte commune.

Face à l'émotion vive suscitée par les attentats terroristes menés dans un but de semer la peur, les magistrats doivent réussir à concilier les enjeux sécuritaires posés par la violence des attaques terroristes et la protection des droits fondamentaux pour tout citoyen européen.

Avec le soutien financier du Programme Justice de la Commission européenne, le projet « La réponse judiciaire au terrorisme au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE » vise à renforcer les connaissances des praticiens dans le domaine des droits fondamentaux afin de traiter les dossiers relatifs au terrorisme conformément aux exigences de la Charte.

Dates de mise en œuvre : 1er juillet 2016 – 31 mai 2018

Activités - Il comporte 4 séminaires et 1 conférence finale :

- Séminaire 1 : Lutte contre la radicalisation violente et protection des libertés fondamentales (*Strasbourg, Conseil de l'Europe – 8 et 9 décembre 2016*)
- Séminaire 2: Terrorisme et droits fondamentaux : la phase d'enquête et de renseignement *(Bruxelles, Institut de formation judiciaire – 23 et 24 février 2017)*
- Séminaire 3 : Le traitement médiatique des affaires terroristes *(Paris, Hôtel de Ville – 15 et 16 juin 2017)*
- Séminaire 4 : Terrorisme et droits fondamentaux : l'audience et l'exécution des peines *(Sofia, Institut National de Justice – 12 et 13 octobre 2017)*
- Conférence de clôture : protection des droits fondamentaux dans la réponse judiciaire au terrorisme *(Paris, Assemblée nationale - 12 et 13 avril 2018)*

Partenariat – l'ENM est coordonnateur du groupement suivant :

- Les instituts de formation judiciaire de Suède, Bulgarie et Belgique ;
- Le Conseil de l'Europe ;
- Le réseau européen de formation judiciaire (REFJ) ;
- L'Académie de droit européen (ERA) ;
- Justice coopération internationale (JCI).

Public cible - Il a permis de former plus de 350 magistrats de 16 pays européens. En outre, 15 participants issus de l'administration pénitentiaire, de la police et du journalisme ont aux sessions.

Type et nombre de livrables produits - 5 rapports scientifiques disponibles en français et

anglais

Membres	Fonctions
1 conseiller scientifique – **Cyril ROTH**, Conseiller référendaire à la Cour de cassation, France	- Conception scientifique globale du projet - Identifie les intervenants - Supervise les directeurs de séminaires et les rapporteurs - Participe aux séminaires - Valide les rapports de séminaires
1 directeur de projet – magistrat de l'ENM **Nathalie MALET**, magistrat, Département international, ENM Remplacée par **Marie COMPERE**, magistrat, Département international, ENM	- Assure l'ingénierie pédagogique - Identifie et valide les intervenants - Supervise l'ensemble de l'équipe projet - Valide les rapports de séminaires
1 chargé de mission ENM, **Ségolène POYETON**, département international, ENM	- Assure la gestion quotidienne du projet - Coordonne les partenaires du groupement - Point de contact avec la commission européenne sur les questions contractuelles, administratives et financières
Le comité scientifique sera renforcé pour chaque séminaire: - D'un directeur de séminaire - D'un rapporteur Séminaire 1 : **Vanessa PERREE**, Substitut général, Cour d'appel, Aix-en-Provence, France Séminaire 2 : **Anne KOSTOMAROFF**, Avocat général, Cour d'appel de Paris, France Séminaire 3 : **Nicolas BONNAL**, Conseiller, Cour de Cassation, France Séminaire 4 : **Sabine FAIVRE**, Première Vice-Présidente, Tribunal de Grande Instance de Paris, France Rapporteur : **Antoine MEGIE**, Maître de conférences à l'université de Rouen, directeur de la revue Politique européenne - Membre du comité de rédaction de la revue Cultures et Conflits, France	- Préparent le programme détaillé du séminaire - Identifient les intervenants ou les profils d'intervenants à solliciter auprès des partenaires - Modèrent le séminaire - Rédigent le rapport de séminaire

Comité scientifique – Le projet a été mené par une équipe restreinte regroupée au sein du comité scientifique

PROGRAMME DU SÉMINAIRE

Jeudi 12 avril 2018

8.30 **Accueil et enregistrement des participants**

9.30 **Ouverture**
Didier PARIS, Député de la Côte d'Or, France
Olivier LEURENT, Directeur de l'École nationale de la magistrature (ENM), France
Cyril ROTH, Conseiller référendaire à la Cour de Cassation, France

10.00 **Synthèse scientifique des séminaires thématiques du projet européen**
Antoine MÉGIE, Maître de conférences à l'université de Rouen, France

I. TERRORISME ET DROITS FONDAMENTAUX: UN CADRE JURIDIQUE ÉVOLUTIF

10.30 **La Directive européenne du 15 mars 2017 au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE**
Pauline DUBARRY, Conseillère justice à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne, France

11.00 *Pause-café*

11.15 **Regards croisés sur le contrôle de la législation anti-terroriste**
Max HILL, Queen's Councel. Contrôleur indépendant de la législation antiterroriste, Royaume-Uni

François SUREAU, Avocat, France

12.15 ***Echanges***

12.30 *Déjeuner*

14.00 **La Cour européenne des droits de l'homme et le terrorisme : réaffirmer les principes fondamentaux**
Françoise TULKENS, Juge honoraire de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Belgique

14.45 ***Echanges***

II. TERRORISME ET DROITS FONDAMENTAUX: DU THÉÂTRE D'OPÉRATION AU TERRITOIRE EUROPÉEN

15.00 **Principe de proportionnalité et gestion judiciaire du retour des combattants terroristes étrangers : la vision du Conseil de l'Europe**
Kristian BARTHOLIN, Directeur adjoint de la division Contre-terrorisme, Conseil de l'Europe
Avril CALDER, Présidente de l'Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille (AIMJF)
Sarah WILLIAMS, Cheffe d'équipe juridique au sein des services sociaux, district londonien Tower Hamlets, Royaume-Uni

16.00 ***Echanges***

16.15 *Pause-café*

16.30 **Le droit à un procès équitable peut-il être garanti sur les théâtres d'opérations ?**
Berta BERNARDO MENDEZ, Juge d'instruction anti-terroriste, Belgique
William BOURDON, Avocat à la Cour, France

17.15 ***Echanges***

17.30 *Fin de la journée 1*

Vendredi 13 avril 2018

8.30 **Accueil des participants**

III. TERRORISME, SOCIÉTÉ DU RISQUE ET DROITS FONDAMENTAUX: LES DÉFIS POSÉS PAR LA GESTION DE LA DANGEROSITÉ

9.30 **Table ronde: Politique pénale en matière de lutte contre le terrorisme et gestion de la dangerosité**
Jesus ALONSO, Procureur en chef de l'Audience Nationale, Espagne
Federico CAFIERO DE RAHO, Procureur national, Italie
François MOLINS, Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Paris, France
Frédéric VAN LEEUW, Procureur fédéral, Belgique
Frédéric BAAB, Membre national français, Eurojust
Modérateur : **Anne KOSTOMAROFF,** Directrice générale de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC), France

12.30 *Déjeuner*

14.00 **La gestion de la dangerosité à l'issue de l'exécution de la peine, quelles atteintes aux libertés fondamentales?**
François CORDIER, Premier Avocat Général, Cour de Cassation, France
Fernando GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, Membre du Conseil général du Pouvoir Judiciaire, Espagne
Farhad KHOSROSKHAVAR, Directeur d'études à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, France

15.15 ***Echanges***

15.30 *Pause-café*

15.45 **Justice et contrat social face au terrorisme**
Antoine GARAPON, Secrétaire général de l'Institut des Hautes Études sur la Justice, France
Stephen HOLMES, Professeur de droit à l'Université de New-York, Etats-Unis

16.30 **Clôture et remerciements**
Magdalena HÄGG BERGVALL, Directrice de l'Académie de formation judiciaire, Suède
Olivier LEURENT, Directeur de l'École nationale de la magistrature (ENM), France
Raf VAN RANSBEECK, Directeur de l'Institut de Formation Judiciaire (IFJ/IGO), Belgique

17.00 *Fin de la journée 2*

INTRODUCTION

Plus qu'une synthèse des quatre conférences et rapports scientifiques du programme européen, cette conférence finale avait pour objectif d'être un temps de réflexion afin, comme l'a introduit **Cyril Roth** (coordinateur du programme), « *de se tourner vers l'avenir* » notamment en interrogeant *« le futur prévisible du monde judiciaire* » en matière de lutte contre le terrorisme. Quels sont les enjeux auxquels les pouvoirs judiciaires européens doivent ou vont devoir faire face dans les prochaines années ? Déjà fortement présents sur les agendas politiques et judiciaires, ces enjeux concernent par exemple la gestion des personnes accusées de terrorisme et emprisonnées sur le sol européen, mais aussi les hommes, femmes et enfants encore sur la zone de guerre.

Autant de problématiques qui impactent le domaine judiciaire en raison des évolutions géopolitiques mais aussi des expériences singulières de chaque état européen face aux attentats et à la gestion judiciaire des revenants ou autres personnes engagées dans le djihad armé. Ces exemples particuliers en termes sécuritaires s'inscrivent dans un cadre plus général interrogeant la réponse judiciaire au terrorisme au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et du respect des libertés publiques. C'est dans ce sens que **Didier Paris (Député- France)**, a expliqué la dimension politique de cette équation fondamentale pour nos démocraties européennes.

« (…) *Nos réponses d'Etats de droit doivent être fortes et proportionnées pour assurer la sécurité des citoyens et garder le respect de nos libertés. Il faut réaliser un effort de contradiction, deux difficultés se posent notamment :*

Une difficulté à répondre à une menace qui s'installe dans le temps et qui est loin d'être éradiquée. Il faut une réponse de droit commun pérenne assurant l'état de droit. Il s'agit d'un pouvoir de responsabilité, de contrôle et d'intervention face à une menace évolutive, diffuse et endogène avec des signes de radicalisation à peine perceptibles qui passent comme on a pu le constater de l'urbain au rural. Nous sommes devant une difficulté d'injonction souvent paradoxale entre une opinion publique fortement traumatisée et la garantie des libertés. La concordance nationale n'a plus toute sa place avec une accusation contre l'exécutif, de dangereux laxisme. S'y rajoute dans cette période un risque non négligeable d'amalgame avec le droit d'asile, la stigmatisation de certaines communautés, races, ou religions. Il est nécessaire de mesurer la portée de l'action de la justice dans ce contexte précis tout autant que dans des perspectives à long terme. Il y a un besoin d'apporter des réponses efficaces, pour garantir l'état de droit auquel nous sommes attachés (…)».

Dans ces propos introductifs **Olivier Leurent (directeur de l'ENM)** a permis de saisir les enjeux plus spécifiquement judiciaires qui progressivement se sont façonnés et qui interrogent l'action très concrète des institutions judiciaires des Etats européens :

« (…)*Face à l'horreur de ces actes, qui nous bouleversent tous, et au-delà des responsabilités qui nous incombent à nous, magistrats, en France, en Europe et partout dans le monde, pour assurer la sécurité de nos concitoyens, il est aussi de notre devoir de nous questionner sur notre office en matière de protection des libertés fondamentales. Nous en sommes les garants constitutionnels dans notre exercice quotidien, quelle que soit la fonction que nous exerçons et le contentieux abordé.*

Mais nous le sommes a fortiori lorsque nous sommes amenés à traiter des affaires de terrorisme qui tendent malheureusement à devenir un contentieux de masse. (Pour la France) *Quelques chiffres du service du juge des libertés et de la détention de Paris illustrent*

parfaitement cette montée en puissance du traitement judiciaire du terrorisme

Presque que 15% des décisions rendues par ce service en 2017 en matière de détention provisoire concernaient des affaires de terrorisme ;

- *Plus de 21% des ordonnances sur requêtes, concernant notamment les prolongations de garde à vue, les perquisitions de nuit, certaines saisies ou placement sous surveillance, ont eu trait à ces affaires.*

Soit un total de 2092 décisions au cours de l'année 2017. C'est dire les moyens que nécessite ce contentieux. Sur le fond, la question qui se pose est la suivante : un traitement judiciaire efficace passe-t-il nécessairement par un compromis, par un renoncement à la protection d'une partie des droits reconnus à chacun ? (…) ».

C'est cette vision en prise avec la réalité opérationnelle et des questions plus générales de respect des droits fondamentaux qui permet de mieux comprendre les « équilibres » de la lutte judiciaire antiterroriste européenne d'un point de vue juridique, mais aussi politique et opérationnel. Cette question de la « Justice à l'épreuve du terrorisme », a pour objectif de mieux appréhender la tension permanente pour l'autorité judiciaire entre nécessité répressive et protection des libertés. Comme l'a souligné **Anne Kostomaroff** en introduction de notre second séminaire sur les pratiques de l'enquête judiciaire antiterroriste « *Le terrorisme aujourd'hui favorise-t-il un état d'esprit anti démocratique ? Avons-nous d'autres choix que celui de réprimer toujours plus durement les individus qui menacent d'attenter à notre vie ? ».*

L'objectif a été d'interroger durant les deux ans du programme européen, ces équilibres en attachant un regard particulier sur les pratiques et expériences dans lesquelles le droit et les pouvoirs judiciaires sont mis en tension, voire écartés. **Se pose, dès lors, la question du changement et de la manière dont la « guerre contre le terrorisme » contribue à une évolution des pratiques judiciaires, que ce soit en termes de prévention, d'enquête, de jugements mais aussi de condamnation et d'administration de la peine.** Qu'observe t'on dans ces zones de tension, quels types d'équilibres se redessinent aujourd'hui dans ce que l'on appelle « la guerre contre le terrorisme »? Autant de dynamiques de **convergences** européennes, mais aussi de **divergences** voire de **limites outrepassées**.

1. Convergences européennes

Une première ligne de convergence s'impose à l'ensemble des actions des Etats européens: **les libertés publiques et la place qui leur est faite dans les ordres juridiques nationaux via notamment l'ordre européen et les limites construites progressivement par la jurisprudence de la CEDH.** Dans une situation de pression sur la justice du fait des attentats, de l'émotion et de l'instrumentalisation politique qui les accompagnent, la question qui se pose réside, selon **Cyril Roth**, dans le fait « *de lutter sans se perdre* ». Face à une tension politique et sociale, les juges et procureurs doivent dès lors inclure dans leurs actions la question des libertés et de leurs fragilités. Cet équilibre indispensable entre Liberté et Sécurité renvoie très directement à l'articulation entre les techniques judiciaires et les éléments des Droits fondamentaux. La jurisprudence de la CEDH apparaît comme le standard commun dans un contexte européen marqué par le développement sans précédent des législations antiterroristes. Les différentes libertés : culte, expression, présomption d'innocence, vie privée, circulation et régimes de détention étant de ce point de vue des points de références centraux largement abordés par la CEDH et sa jurisprudence. Face à ces questions politiques et judiciaires *« Chaque attentat nous renvoie à notre échec pour enrayer une idéologie qui nous fait régresser. Juges et procureurs savent que dans cette atmosphère de danger, violence, urgence, les libertés sont fragiles, les droits fondamentaux sont à reconquérir chaque jour. Comment lutter ? Comment agir ? Pour affronter ces questions au-delà de la diversité de nos systèmes judiciaires, nous possédons en commun les principes de la CEDH et de la Charte. La jurisprudence de la CEDH et de la cour de justice de l'UE sont notre langage commun.*

Notre devoir est d'être fort et efficace, nous le serons si nous sommes les premiers à respecter ce pour quoi nous luttons. » (Cyril Roth).

Un second point de convergence peut être identifié, il s'agit du risque de confusion entre radicalisation et engagement dans la violence politique terroriste. Enjeu de savoirs et de pratiques, cette question se pose à l'ensemble des autorités judiciaires européennes dans le traitement de la radicalité religieuse et de son engagement parfois dans la violence armée. Une telle distinction n'est pas uniquement d'ordre sémantique car elle influe directement sur les modes d'actions et sur le spectre des dispositifs entre prévention et répression. Ainsi dans la plupart des systèmes européens, cela signifie que si le terrorisme relève du judiciaire, le traitement de la radicalisation entraîne une prise en charge différente en termes de mesures sociales, éducatives et administratives. Si le découplage de ces phénomènes est fortement présent dans les discours et procédures, dans la pratique sur le terrain, il se heurte à la complexité des parcours personnels et collectifs des radicalisés ou des personnes engagées dans la violence. La frontière est donc poreuse et en prise avec des réalités sociales, culturelles et politiques singulières. Comme l'avait expliqué **Vanessa Perrée**, pour présenter les programmes européens de lutte contre la radicalisation lors de la première conférence « *les magistrats se trouvent souvent confrontés à des situations face auxquelles leurs actions sont limitées sauf dans certains cas comme celui des mineurs ou des détenus* ». Pourtant c'est souvent la justice qui apparaît coupable lorsqu'un parcours de prévention aboutit à un passage à l'acte terroriste.

Un troisième horizon de convergence entre pays européens réside dans l'enjeu de la judiciarisation du renseignement. Ce thème pose clairement la question de l'étendue des pouvoirs des juges et de leurs rapports avec les services de sécurité et en particuliers les renseignements. Le recueil des éléments de preuves constitue, un moment crucial pour l'enquête judiciaire en termes d'efficacité et de respect des règles de l'Etat de droit. La présentation du travail des sections antiterroristes française et belge lors de la conférence de Bruxelles, nous a montré les évolutions de l'enquête pénale, de ses caractéristiques et des convergences européennes : une judiciarisation de plus en plus précoce dans l'enquête, qui s'accompagne sûrement d'une meilleure prise en compte des règles de la défense mais aussi d'une forme de dépendance toujours plus forte du judiciaire vis à vis du travail des services de renseignements et de leurs permanentes évolutions et orientations stratégiques, souvent conflictuelles.

Enfin, un dernier élément de convergence est également important à relever dans le contexte des attentats djihadistes répétés sur le sol européen depuis 2015**, la place de plus en plus centrale de la parole judiciaire dans le traitement du terrorisme vis à vis de l'opinion publique et des médias.** Face à une remise en cause profonde de la parole politique au sein des démocraties européennes, les paroles judiciaires et médiatiques ont pris une dimension particulière. Si les prises de parole de ces professionnels (magistrats et médias) n'ont eu de cesse de se multiplier, une certaine méfiance est souvent de mise entre ces acteurs aux intérêts et réalités professionnelles parfois très différentes voire opposées. L'appel à l'affirmation d'une parole judiciaire dans un environnement saturé par l'immédiateté des flux d'informations et la multiplication des sites de « fake news » est un enjeu politique et sociétal majeur pour la justice notamment face à la propagande des groupes terroristes. Les acteurs judiciaires doivent prendre leur part de responsabilité publique. Dans ces conditions, l'enjeu réside dans la manière dont les autorités judiciaires vont utiliser le répertoire de la transparence et respecter la culture démocratique. Position d'autant plus utile et légitimante pour la Justice, que dans le domaine de l'antiterrorisme les acteurs de la sécurité s'inscrivent principalement dans un registre de secret.

Parallèlement à ces convergences, des divergences sont apparues importantes, aussi bien au plan opérationnel que juridique.

2. Divergences et hétérogénéités des expériences européennes

Des réalités nationales contrastées. Les regards croisés des magistrats européens nous ont montré l'importance des situations nationales, de leurs histoires et surtout de leurs spécificités. Si beaucoup de pays européens ont été touchés par les filières de départs vers la Syrie, ou par des attentats et tentatives, il est essentiel de souligner les différences de situations, de reconnaître les spécificités des réalités nationales que ce soit bien sûr dans le type d'événements terroristes subis, mais aussi du fait des prismes institutionnels, de leurs histoires et de leurs particularités. L'Espagne de par son histoire a montré une expérience sans commune mesure sur la gestion des victimes, des dispositifs sociaux, juridiques et financiers de prise en charge. L'Allemagne et le Danemark ont su rapidement réutiliser leurs expériences de gestion de la radicalité d'extrême droite développées dans les années 1990 afin de les adapter avec plus ou moins de succès aux questions de la radicalisation djihadiste. La Belgique, la France et la Grande Bretagne connaissent une situation particulière du fait du nombre de personnes parties et revenues depuis 2013.

Ces situations différentes entraînent une hétérogénéité des programmes et réponses judiciaires (concernant les individus, les discours radicaux ou encore les moyens de communication). Une réponse protéiforme est d'ailleurs souvent plus efficace si elle balaye tout le spectre du préventif et du répressif. Tout comme ces pratiques judiciaires multiples, les professionnels européens en charge de la lutte contre le terrorisme ou de la radicalité composent un ensemble hétérogène d'acteurs (judiciaires, sociaux, policiers). Au-delà de l'idée de standards européens, c'est bien cette dimension protéiforme et donc divergente qui constitue une caractéristique forte aujourd'hui en Europe. Ces divergences ne doivent pas forcément être vues comme une faiblesse, à l'inverse, il semble essentiel de les valoriser notamment pour des professionnels qui doivent adapter leurs pratiques à leurs terrains. En revanche, connaître les autres pratiques européennes permet de s'en inspirer dans ses actions quotidiennes afin de rester au plus près de ses réalités opérationnelles. Les logiques d'hybridation des programmes nationaux offrent souvent de meilleurs résultats et également un meilleur engagement et compréhension des magistrats qui participent à leur mise en place et leur application. La question des ressources et de la valorisation de ces programmes posent dès lors la question de la reconnaissance et du soutien institutionnel et politique.

Un second point de divergence nous montre la manière dont la justice en matière terroriste doit construire de nouvelles coopérations souvent compliquées avec de nouveaux acteurs économiques : les fournisseurs d'accès à Internet - La question du renseignement en tant qu'objet d'échanges et élément de preuve devient fondamentale. Ces échanges s'effectuent en particulier entre les acteurs judiciaires nationaux et européens (Eurojust et Europol) mais également avec des acteurs privés (fournisseurs de services en ligne). Quelle place pour le recueil de preuves judiciaires dans ce rapport entre liberté, sécurité, technologie mais aussi intérêts économiques ? Les magistrats européens confrontés aux représentants des sociétés de fournisseurs d'accès Internet, ont souligné l'importance d'une meilleure prise en compte de leurs demandes, mais face à des demandes toujours plus importantes, les réponses de ces société privées oscillent entre collaboration étroite (notamment en période de crise, post attentat) mais aussi résistance voire incompréhension. Une telle divergence entre acteurs du judiciaire et acteurs économiques se retrouvent également dans la coopération entre justice et médias.

Pouvoir judiciaire et médias. A travers l'influence des images, de l'accès à l'information et du rôle des médias dans la gestion de la « scène terroriste », la médiatisation n'est pas sans poser des questions d'ordre juridique. De manière plus générale, on assiste depuis une vingtaine d'années à une transformation qui concerne l'utilisation des médias par les multiples acteurs de la violence terroriste (groupes violents, autorités politiques, autorités répressives et opinions publiques). Aujourd'hui, la banalisation et la globalisation de notre relation aux médias conduit à une nouvelle configuration à travers une double interpénétration, médias/groupes terroristes et médias/autorités institutionnelles.

Les acteurs terroristes ne fonctionnent plus en attendant un écho médiatique qui, finalement,

existe de façon automatique et immédiate. Comme l'a souligné **Nicolas Bonnal** dans le cadre de la conférence de Paris, « *l'information du public sur les attentats terroristes pose des questions spécifiques et inédites que l'on doit aborder en réfléchissant à la manière par exemple dont la communication de l'organisation EI peut exploiter notre propre traitement médiatique de ces attentats ».* Parallèlement, l'interaction entre acteurs médiatiques et services contreterroristes a également évolué dans une relation de collaboration plus soutenue mais toujours méfiante. Dès lors, les équilibres sont fragiles entre des intérêts divergents que peuvent être le droit à l'information ou le droit à préserver l'efficacité des investigations judiciaires. Si l'information du public est un droit, il doit et certainement encore plus dans le cas de l'antiterrorisme, se concilier avec la garantie du secret des investigations, ou encore avec la préservation de la présomption d'innocence des personnes mises en cause. Le tout sans porter atteinte à la vie privée et à la dignité des victimes. On voit d'ailleurs ici l'un des exemples où, face à la violence terroriste, le judiciaire peut atteindre voire outrepasser les limites au nom du secret de l'enquête ou de ce que l'on appelle le « secret d'Etat ».

3. Des principes juridiques fondamentaux remis en cause

La mise en perspective avec la jurisprudence de la CEDH a pris ici tout son sens comme l'avaient pensé les promoteurs du projet. Les limites dans lesquelles les pouvoirs judiciaires mais aussi politiques peuvent être poussés dans leur lutte contre le terrorisme sont devenues des éléments importants pour montrer les risques contemporains.

En raison précisément de la spécificité des régimes antiterroristes et de leur construction progressive sous l'effet d'une frénésie législative, **les démocraties européennes semblent toujours être amenées à tester et à dépasser leurs limites et leurs garde-fous**. De nombreux exemples illustrent ce rapport si singulier que les pouvoirs étatiques entretiennent avec la violence terroriste. Dans un passé plus ou moins lointain ou dans une période contemporaine, nombres d'Etats qui se réclament pourtant de la prééminence du droit ont légitimé et pratiqué des actes manifestement contraires aux droits fondamentaux de la personne humaine (actes de torture, traitements inhumains ou dégradants) ou bien d'actes dépourvus de toute base légale. On pense ici aux exemples des *Extraordinary rendition* et l'utilisation de prisons secrètes par la CIA et certains services européens dans les années 2000. Les magistrats italiens devant alors mener une procédure contre les acteurs terroristes et contre leurs propres services de renseignement, ce qui en termes d'efficacité de la lutte contre le terrorisme pose véritablement question. Ces pratiques illégales conduisent à interroger les relations entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique.

Ces limites apparaissent aussi dans la manière dont **la justice peut être mise sous silence**. En effet, si comme nous l'avons souligné précédemment, la parole judiciaire s'impose dans la gestion de crise, des exemples très contemporains montrent que le risque d'une mise sous silence de la parole judiciaire existe encore aujourd'hui en Europe. Rentrant en contradiction avec les différentes règles inhérentes à la liberté d'expression et d'information, de tels exemples mettent en tension des principes aussi centraux que ceux du procès équitable. Le procès à huis clos de deux suspects de tentatives d'attentats arrêtés en Angleterre en 2013 constitue de ce point de vue un exemple particulièrement important de remise en cause du principe de l'« *Open Justice* ». La justice d'exception existe encore aujourd'hui à travers ce type d'expériences qui souvent posent plus de problèmes juridiques et moraux qu'elles ne sont réellement efficaces.

Enfin, un autre domaine de l'antiterrorisme apparaît lui aussi fortement sous tension et cela malgré l'importance de la jurisprudence de la CEDH : **les régimes de détentions et leur gestion**. Les exemples des « *CMU Units* » américains (3e séminaire thématique à Paris) nous montre des cas extrêmes d'espaces d'exception qui contrairement à Guantanamo, sont à l'intérieur du territoire des États-Unis, au sein des plus grandes prisons fédérales. Ces prisons exceptionnelles ne sont pas inscrites dans le répertoire général des Prisons et les services

gouvernementaux cachent les noms des personnes emprisonnées. Aucune de ces unités n'a reçu la validation juridique, pourtant nécessaire selon la législation américaine. La limitation de la communication pour les prisonniers consiste en un appel téléphonique de quinze minutes et une heure de visite par mois.

Ces expériences extrêmes représentent des exemples concrets de non-respect des règles de droit, ce qui en Europe doit nous interroger au moment où de nombreux programmes et débats accompagnent aujourd'hui les nouveaux régimes de détention des « *foreign figthers* » ou des auteurs d'attentats, on pense bien sûr ici à la détention de quelqu'un comme Salah Abdeslam et sa mise sous surveillance vidéo 24h sur 24h. A un autre niveau, les centres spécialisés et leur utilité, sont devenus un enjeu d'action publique pour de nombreux Etats Européens sans que des réponses définitives sur leur efficacité puissent être déjà apportées. Le risque que l'on observe est de chercher à aller toujours plus loin afin de neutraliser le plus longtemps possible les personnes dont la dangerosité apparaît importante même si la peine se termine. La question de l'articulation entre police répressive et police administrative étant un exemple certes très français mais essentiel à considérer pour le futur. Quels sont les futurs défis pour les autorités judiciaires européennes ? Ces pistes évoquées ci-dessous ont grâce aux interventions multiples de cette conférence finale, obtenu un premier ensemble de réponses et mises en perspective.

Quel contrôle sur la législation antiterroriste ? (Partie 1) - La superposition des législations dans tous les pays européens, tout d'abord. L'adoption de lois de plus en plus nombreuses et leur instrumentalisation politique, ces cycles d'actions réaction entre violence terroriste et réponse des Etats posent de véritables questions sur l 'équilibre du pouvoir judiciaire entraînant une instabilité permanente aujourd'hui en raison de la superposition des nouveaux dispositifs et des orientations de politiques pénales. Les exemples de l'intégration de « l'Etat d'urgence » dans la constitution française, ou encore du durcissement progressif de l'ensemble des législations européennes en la matière doivent interroger. En termes d'équilibre des droits bien évidemment mais aussi en termes d'efficacité. La question du contrôle de la législation est alors essentielle.

« Du théâtre d'opération au territoire européen » (Partie 2). Une autre interrogation majeure qui se pose à nos démocraties réside dans le traitement judiciaire des ressortissants européens (hommes, femmes et enfants) encore sur la zone syrienne. Gestion politique de ces revenants mais obligation de respecter les règles juridiques de protection des citoyens nationaux y compris si ils sont terroristes. Questions humaines, juridiques et politiques cruciales… qui nous renvoient à de nombreux exemples historiques dans lesquels la question de l'extradition et de sa dimension politique avait déjà été centrale et sujet à ambigüité … position des autorités françaises vis à vis des anciens brigadistes italiens, position britannique vis à vis des auteurs des attentats terroristes en France dans les années 1990. Ces extraditions nous amènent à la question du temps judiciaire et du temps politique comme **Sabine Faivre** l'a rappelé en conclusion de notre ultime séminaire de Sofia sur les jugements et les peines « *Le temps de l'acte terroriste est différent du temps de l'instruction de l'acte terroriste et, a fortiori, du temps du procès terroriste. Mais il n'est pas rare, dans les procès terroristes actuels, que des événements survenus postérieurement à l'acte terroriste qui est jugé (attentats), éclairent dramatiquement les mécanismes du passage à l'acte du prévenu ou de l'accusé*. ». Cette collision des temps terroristes et judiciaires conduit souvent le politique mais aussi une partie des opinions publiques à réclamer toujours plus d'anticipation ou de neutralisation, quitte à bouleverser les frontières juridiques, quitte à laisser des situations problématiques perdurer dans le temps.

« Société du risque », droits fondamentaux et antiterrorisme (Partie 3) – Cette troisième partie pose enfin la question du temps de **la peine et de sa gestion. Le paradigme de la**

dangerosité devenant central, il semble s'inscrire aujourd'hui lui aussi dans une approche de plus en plus proactive. Démarche que la justice antiterroriste appliquait déjà dans la phase d'enquête et qu'elle applique désormais dans la gestion des condamnations. Le but qui est assigné à la justice et aux magistrats, dès lors souvent accusés de tous les maux, devient la gestion de la dangerosité. Sur un autre plan, celui de la peine et de sa gestion judiciaire, cette question est bien présente et de profondes transformations touchent les ordres juridiques européens en la matière. L'objectif actuel apparaît de moins en moins comme une mise à l'écart temporaire du condamné dans le but de sa réinsertion, mais plus comme une forme de protection de la société par des incarcérations longues. Si les programmes, expériences et annonces se multiplient pour essayer de renforcer la réinsertion, il semble aujourd'hui très compliqué premièrement de réussir la mission absolue : « désengager ou plus sommairement déradicaliser ces personnes » mais aussi deuxièmement de se rendre compte avec si peu de recul de la réelle efficacité de ces programmes. Dans ce cas, face à l'incertitude, l'approche proactive d'anticipation se développe dans une démarche qui répond, selon Christine Lazerges et Hervé Henrion Stoffel, non plus à une logique « *de surveiller et punir* » mais « *de punir et surveiller* ».

Ces enjeux vont sans conteste poser aux institutions judiciaires des questions quant à leurs pratiques et les confronter à un défi démocratique. Dans ce contexte la capacité de l'autorité judiciaire à proposer des contrôles transparents et effectifs sur ses actions est essentielle. Contrôle grâce aux tribunaux nationaux bien évidemment mais aussi grâce à la jurisprudence de la CEDH qui doit pouvoir instaurer des limites communes aux pratiques antiterroristes afin qu'elles ne deviennent pas à la fois illégales et inefficaces.

PARTIE 1. QUEL CONTRÔLE POUR LES LÉGISLATIONS ANTITERRORISTES ?

L'examen historique et politique des périodes post-attentats (en Europe, en Amérique du Nord ou encore au niveau international notamment) nous montre que l'approche dominante face aux actions de violence terroriste s'inscrit quasi-systématiquement dans une dynamique d'« action-réaction »[1] et d'escalade des réponses entre autorités et groupes terroristes[2]. La succession des attentats sur le sol français depuis janvier 2015 ne contredit pas une telle hypothèse, puisque l'on constate une superposition et une accélération importante dans l'adoption des législations antiterroristes légitimées comme une réponse « nécessaire » aux attaques de janvier et novembre. Dans le cas des autorités judiciaires, ces mesures législatives renvoient aux règles concernant la dimension institutionnelle des dispositifs (organisation des autorités judiciaires en charge de la lutte contre le terrorisme), mais également les procédures d'action qui déterminent techniquement la mise en œuvre de l'arrestation, des poursuites ou encore des décisions de jugement définitif. Ces nouvelles normes recouvrent ainsi les compétences des différentes juridictions répressives, la recherche et la constatation des infractions (le parquet et la chambre de l'instruction), le jugement et les condamnations (la formation de jugement), et la gestion des peines prononcées (magistrat d'application des peines et administration pénitentiaire).

1.1. L'expérience européenne : mise sur agenda et décision politique face aux attentats européens

[1] Didier Bigo, « Les attentats de 1986 en France : un cas de violence transnationale et ses implications (Partie 1) », *Cultures & Conflits*, 04, hiver 1991; Antoine Mégie, « Le droit comme instrument de légitimation et de résistance à l'exercice de la violence étatique », *Champ pénal*, Vol. VII, 2010

[2] Pour un exemple historique voir Marc Sageman, *Turning to Political Violence. The Emergence of Terrorism*, University of Pennsylvania Press, 2017.

La Directive européenne du 15 mars 2017 au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

par *Pauline DUBARRY*, conseillère Justice à la RP de la France auprès de l'UE, France

1. La directive du 15 mars 2017 : *« Cette directive est un texte d'harmonisation classique, c'est-à-dire qu'il a la même structure que la plupart des autres textes en la matière (43 considérants / 31 dispositions dans la partie opérative du texte) - Objets et définitions :*

(1) Liste des comportements constituant des infractions terroristes ; (2) Liste des comportements constituant des infractions liées à des infractions terroriste ; (3) Disposition sur les sanctions, la complicité, la tentative, les circonstances aggravantes ou atténuantes ; (4) Responsabilité des personnes physiques et des personnes morales et règles de compétences ; (5) Dispositions finales.

(…)Entre la nécessité d'appréhender par le droit de nouveaux phénomènes criminels et le risque d'un renforcement excessif de l'arsenal répressif, les grandes déclarations de droits, lorsqu'elles ont une force contraignante, doivent aider les législateurs, européens et nationaux, à trouver l'équilibre démocratique pertinent. Une idée force derrière tout cela qui a été affirmée par la Cour suprême israélienne en 1999 lorsqu'elle devait se prononcer sur l'usage de la torture (Arrêt de la Haute cour de justice de la Cour suprême d'Israël, 26 mai 1999 – sous l'influence de son président de l'époque Aharon Barack (1995-2006) §39) : "A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and this strength allows it to overcome its difficulties."(…) La Charte des droits fondamentaux est depuis l'entrée en application du traité de Lisbonne, qui lui a donné une véritable force juridique, au sommet de la hiérarchie des normes européennes : elle relève du droit primaire. La directive 2017/541 adoptée le 15 mars 2017 est située « au centre » de la hiérarchie des normes, en deçà de la Charte : elle relève du droit secondaire (…) ».

2. Mise sur agenda et décision : *« Les attentats de novembre 2015 ont accéléré les travaux déjà engagés par la Commission européenne, laquelle a présenté son texte le 3 décembre 2015. L'année 2016 a malheureusement été également marquée par plusieurs attentats sur le territoire de l'UE (Bruxelles le 22 mars, Magnanville en juin, Nice 14 juillet, Saint Etienne du Rouvray 26 juillet, Allemagne en juillet et Berlin le 19 décembre). Un tel contexte a nécessairement pesé sur les co-législateurs que sont le Parlement européen et le Conseil. Le texte fait d'ailleurs explicitement référence à ce contexte particulier dans deux considérants (considérants 4 et 5 : « au cours des dernières années, la menace terroriste s'est accrue et a évolué rapidement. (…) des combattants terroristes étrangers ont été associés à des attentats et des complots survenus récemment dans plusieurs Etats membres. »).*

Un texte dont le niveau d'ambition doit incontestablement à la matière et au contexte de menace terroriste au sein de l'UE. Le considérant 2 de la directive est très clair « les actes de terrorisme constituent l'une des violations les plus graves des valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, ainsi que de jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

3. Un contexte terroriste à l'origine de nouvelles incriminations : *«(…) le contexte a finalement conduit à l'adoption d'un texte plus ambitieux, notamment défendu par le gouvernement français qui jugeait indispensable que tous les Etats membres de l'UE incriminent de manière cohérente des comportements nouveaux et des menaces nouvelles : les combattants terroristes étrangers (départ et retour), les phénomènes de radicalisation, le rôle joué par Internet et les réseaux sociaux, le phénomène des dits « loups solitaires » (terroristes agissant seuls) ; le lien avec la criminalité organisée, et notamment le trafic de biens culturels (…) C'est ainsi que de nouvelles incriminations apparaissent dans le titre III relatif aux infractions liées à une infraction terroriste :*

(1) Le fait de recevoir un entraînement terroriste (et non plus le seul fait de le dispenser) (article 8), y compris l'autoapprentissage (cf considérant 11) ; (2) Le fait de voyager à des fins de terrorisme (l'article 9) dans une disposition qui se décompose en deux parties afin d'appréhender à la fois les voyages vers un autre Etat et les retours au sein de l'UE ; (3) Le fait d'organiser ou de faciliter des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme (article 10) ; (4) Le fait de financer du terrorisme (article 11).

4. Le droit des victimes affirmé : *« L'affirmation progressive des droits des victimes du terrorisme est un nouvel élément à prendre en considération dans la recherche d'un équilibre d'un nouveau droit fondamental (…). Dans l'objet de la directive (article 1er) : la directive établit des règles minimales concernant « des mesures pour la protection, le soutien et l'assistance à apporter aux victimes du terrorisme ». Un titre à part de la directive est consacré aux victimes du terrorisme. Une réelle spécificité de ce texte (à la notable exception de la directive 2011/36 concernant la prévention et la lutte contre la traite des êtres humains et la protection des victimes). La directive contient donc trois dispositions qui visent à assurer une prise en charge complète et adaptée des victimes du terrorisme. Compte tenu de l'ampleur des attaques ces dernières années et de la grande quantité de victimes de nationalité différentes (cf attentat de Barcelone), l'article 26 porte sur les droits des victimes qui résident dans un autre Etat membre que celui dans lequel a eu lieu l'attentat. Une disposition qui répond à un besoin réel (cf journée de commémoration des victimes du terrorisme à Bruxelles au mois de mars). Les témoignages à cet égard étaient frappants et des progrès sont à faire.*

L'UE a d'ailleurs confié à Joëlle Milquet une mission à cet égard. Nommée conseillère spéciale de l'UE pour les victimes de crime, elle doit rendre un rapport d'ici la fin de l'année 2018 au président de la Commission européenne. ».

1.2. Les expériences britannique et française

Les logiques politiques de réponses au terrorisme conduisent de manière quasi-systématique à la superposition des législations dans la plupart des pays européens. Les adoptions de nouvelles législatives antiterroristes se sont accélérées et leur instrumentalisation politique pose de véritables questions sur les équilibres du pouvoir judiciaire. Les exemples de l'intégration de « l'Etat d'urgence » dans la constitution française, ou encore du durcissement progressif de l'ensemble des législations européennes en la matière doivent interroger que ce soit au niveau de l'équilibre des droits bien évidemment mais aussi en termes d'efficacité. La question du contrôle par de la législation est alors essentielle.

Des législations antiterroristes sous contrôle ?

***Max HILL*, Queen's Councel. Contrôleur indépendant de la législation antiterroriste, Royaume-Uni** :

« *Le Royaume-Uni a nommé un* Independent Reviewer of Terrorism Legislation*, afin de pouvoir observer et suivre ce que le Parlement britannique peut produire comme législation y compris en temps d'urgence face aux différentes menaces de terrorisme. Nous avons une longue expérience en la matière et cela sous diverses formes. Nous ne nous sommes pas limités uniquement au conflit irlandais avec l'activité républicaine dissidente en Irlande du Nord et sur le continent. Nous sommes aussi confrontés à l'activité de groupes d'extrême droite et le terrorisme islamiste bien sûr. (…) Nous avons quatre principales lois sur le terrorisme et c'est mon travail de passer en revue les activités judiciaires effectuées annuellement sur la base de ces quatre textes. (*Terrorism Act 2000 and 2006 - Terrorism Prevention and

Investigation Measures Act 2010 - Terrorist Asset Freezing Act 2011*) (…) Mon travail réside au niveau des juridictions de l'Angleterre et du Pays de Galles, mais la portée de ces lois antiterroristes couvre aussi l'Écosse et l'Irlande du Nord. (…) La législation antiterroriste au Royaume-Uni a été produite, jusqu'à présent, très régulièrement dans la réaction aux évènements majeurs et en hâte. L'Acte de 1883 sur les substances explosives est un bon exemple. Cette loi qui est passée par le Parlement Victorien en un temps record suite à une campagne d'attentats à la bombe en Angleterre, a duré de 1881 à 1885. L'Acte 2006 de Terrorisme est un autre exemple suite aux atrocités sur le sol anglais (…) Les textes suivant de 2010 et 2011 ont aussi été adopté avec hâte (…)* ».

***François SUREAU*, Avocat au Conseil d'Etat, France** :

« *Les législations d'exceptions ne sont jamais exceptionnelles. On trouve dans l'histoire française des cas comme la législation de 1893 contre les anarchistes. Ces législations ne devraient jamais durer dans le temps, mais c'est ainsi que* (actuellement*) l'état d'urgence a été indéfiniment reconduit pendant 700 jours, et étendu au-delà de son champ initial. On s'en est ainsi servi pour assigner à résidence des indépendantistes corses. Ces législations finissent toujours par être utilisées pour d'autres choses que celles pour lesquelles elles ont été conçues. Il existe un effet de surprise pour ma génération face au terrorisme qui a tout emporté sur son passage. Tout le système a été balayé en l'espace de dix ans de manière radicale et au fond pour une atteinte de départ relativement faible car enfin, la France a suspendu la déclaration des droits de l'homme et du citoyen non pas parce que la Wehrmacht défilait sur les Champs-Elysées mais parce qu'il y avait 200 ou 300 morts sur le territoire national. Pour rappel, lors de la rédaction de la Constitution de 1958, largement rédigée à l'initiative de Michel Debré, la France était en pleine guerre contre l'Algérie où les morts se comptaient par dizaine par jours. Pour quelqu'un d'une génération antérieure, la stupéfaction est considérable. L'effet d'étonnement tient également au fait que ce grand mouvement en réalité a commencé avant les terroristes ».* A titre d'exemple, on peut évoquer *: « le problème de la rétention de sûreté, conserver en prison un condamné à l'expiration de sa peine, à l'époque cela concernait la pédophilie, or « avant le crime il n'y a pas de crime ». « (…) La technique du droit est parfaitement maîtrisée par les magistrats, raison pour laquelle la réelle question en jeu est de résister à la pression politique grâce au rappel de notre philosophie du droit. Dire que l'on défend l'état de droit c'est une chose mais dire que la première des libertés est un droit à la sécurité, c'est faux ou sinon il faut se rappeler du Moscou de Staline, du Palerme de Mussolini, etc.. Il existe une ambiguïté dans la notion de liberté. Notre notion de droit peut être défendue si on se tient à l'opinion dissidente de Louis Brandeis qui dit que la liberté est un projet spirituel pour l'homme, pour la société. C'est une question fondamentale.* ».

Parmi les différentes « fragilités » des démocraties européennes dans leurs réponses antiterroristes, deux exemples soulignés dans les situations françaises et britanniques rentrent en résonance.

Les qualifications juridiques du terrorisme sous influence politique

***François SUREAU*, Avocat au Conseil d'Etat, France** :

« En quoi la répression *« des séjours irréguliers des étrangers débouche sur une amélioration de la lutte antiterroriste ?* (…) ». « (…) *La France est un pays Rousseauiste. L'idée centrale qui inspire la pensée française oblige alors à une ruse de la part du Conseil constitutionnel pour juger des lois. L'exemple du délit de consultation individuelle de site terroriste est importante. C'est bien la première fois qu'on voit un délit purement cognitif qui repose sur l'idée qu'une personne qui consulte ce site est par nature menée à éventuellement commettre*

un acte terroriste. (…) Plus largement nous avons assisté en France à *trois Questions Prioritaires de Constitutionnalité relatives à l'assignation à résidence, la consultation des sites, et le délit d'entreprise individuelle de terrorisme : « si je suis chez moi et que je consulte le site et si je dispose d'un couteau, la conjonction peut me mettre en prison ». L'Idée est que finalement l'acte criminel commence dans la tête du criminel. Derrière cela, la question se pose de l'existence même du droit criminel au-delà du terrorisme (…) Sur l'assignation à résidence, la possibilité est d'assigner à résidence toute personne dont l'action était susceptible d'entraver l'action des pouvoirs publics. Cela donne la mesure du caractère délirant des excès dans lesquels nous sommes tombés. (…) »*.

***Max HILL*, Queen's Councel. Contrôleur indépendant de la législation antiterroriste, Royaume-Uni** :

« L'enjeu de l'incrimination des personnes qui reviennent de Syrie en Angleterre est important et nécessite une réponse. Deux questions se posent, l'une est territoriale et l'autre est extra territoriale. En Grande Bretagne, nous avons un système hybride. Dans ces conditions, la qualification la plus simple afin de juger ces gens est la qualification de « meurtre », si on peut prouver qu'il a été commis des actes d'homicide en Syrie. Pour l'extra territorial, la situation est plus compliquée, à la section 5 du Terrorism Act *: la peine maximale est la prison à perpétuité. Mais que faire quand lorsque l'individu était britannique mais le gouvernement l'a destitué de sa nationalité ? Dans ce cas, il n'y a plus de responsabilité sur cet individu et si il y a procès, ce n'est pas forcément devant une cour anglaise, mais plutôt devant une cour internationale (…) ». « (…) La législation terroriste sert en réalité à introduire la culpabilité par « association ». La situation est très préoccupante dans le droit français, il faut donc voir quelle est la nature exacte de l'atteinte au principe de la législation qui se profile. En Grande Bretagne, il n'y a pas de culpabilité par « association », mais le simple fait de voyager en Syrie pour rejoindre n'importe quel groupe est jugé comme un acte terroriste. Le fait de voyager est un crime en soit, ce n'est pas par association, il s'agit d'un crime* per se *»*.

Quel contrôle judiciaire face au politique ?

***François SUREAU*, Avocat au Conseil d'Etat, France** :

« (…) Notre système a été conçu pour qu'on ne choisisse pas entre sécurité et liberté ». Nous assistons alors à un *: « arbitrage permanent entre les deux notions par un juge indépendant de l'exécutif. En France, l'action antiterroriste consiste à la fois à diminuer les garanties du justiciable, mais en même temps à prévoir que les agents publics responsables de cette liberté ne seront pas des juges indépendants mais des agents du ministère de l'intérieur. D'une certaine manière, cela se combine dans une absence complète du contrôle parlementaire.* (…) *on voit des politiciens ignorant des causes conceptuelles qui les déterminent. Carl SCHMITT développait cette idée qu'il n'y avait pas de démocratie qui tenait (…)».*

***Max HILL*, Queen's Councel. Contrôleur indépendant de la législation antiterroriste, Royaume-Uni** :

« *Le statut de l'*Independent Reviewer of Terrorism Legislation *est entièrement indépendant du Gouvernement, des Ministères et de l'autorité publique. Cela peut paraître évident puisque c'est le premier mot de mon titre. Mais ce n'est pas évident pour tout le monde. (…) Je comprends que mon statut n'attire que peu de confiance de la part de ceux qui sont incriminés. J'ai donc résisté aux éruptions de critique sur les médias sociaux. Critiques qui très souvent remettent en cause mes observations en insistant sur ma prétendue indépendance qui selon eux n'existe pas. J'ai essayé de répondre à beaucoup de ces personnes et groupes qui faisaient l'objet de nos législations. (…) Le second principe réside dans la possibilité pour*

*l'*Independent Reviewer of Terrorism Legislation *d'avoir accès aux services de sécurité et aux informations sensibles. Ceci est entièrement vrai, ce qui conduit certains à remettre encore une fois en cause mon indépendance. J'ai un accès total aux différents services (…) y compris GCHQ, le Service de sécurité ou MI5 et l'Intelligence Secrète ou MI6 (…). ».*

Limiter le risque de l'exception

***François SUREAU*, Avocat au Conseil d'Etat, France** :

« (…) Il ne sera possible de s'en sortir *que si nous demandons plus de rigueur dans la proportionnalité, et nous n'y parviendrons qu'en rappelant nos fondamentaux, c'est-à-dire avoir une législation criminelle et pas terroriste (…) ».* Par ailleurs, *« (…) l'existence d'un juge indépendant est une condition de l'existence du citoyen libre. Face à ces objectifs, le futur me paraît sinistre. Quant au corps politique, mon inquiétude est grande, en France ce n'est pas le gouvernement mais le ministre de l'intérieur qui dirige. On préfère limiter les garanties des citoyens plutôt que d'agrandir nos équipes. Les corps judiciaires sont occupés dans leur querelle de bornage, la préservation des libertés est assurée par le Conseil d'état et la Cour de cassation. En réalité, le problème est de savoir qui entre les deux devrait avoir le travail (…)».*

***Max HILL*, Queen's Councel. Contrôleur indépendant de la législation antiterroriste, Royaume-Uni** :

« *Mon travail se focalise principalement sur les législations du début du XXIe siècle. Elles ont été mises en œuvre récemment sous Blair ou Cameron. Mais si ces lois ont voulu inventer des remèdes dans le contexte du terrorisme du début du siècle, d'autres procédures existaient déjà dans notre droit coutumier. Cela s'appelle les lois criminelles générales. Lorsque le* Crown Prosecution Service *s'interroge sur la qualification des charges en amont des procès, c'est bien ces procédures qui sont utilisées plutôt que les textes spéciaux des lois antiterroristes. Tout le monde le constate pour qui vient aux audiences des procès* ». C'est dans cette perspective que, selon Max Hill, plusieurs décisions de jugement doivent être comprises : « *Ainsi, les assassins de Lee Rigby à Woolwich en 2011 ont été reconnus coupables pour meurtre selon la Common Law. Et c'est pourquoi le tueur du député Jo Cox en 2015 a été aussi reconnu coupable et condamné pour meurtre. Le jeune homme qui a essayé de faire exploser une bombe sur un train à l'ouest de Londres l'année dernière a été reconnu coupable de tentative de meurtre selon la Common Law. Et l'homme qui a roulé sur des fidèles musulmans à l'extérieur de la Mosquée de Finsbury au nord de Londres l'année dernière a été reconnu coupable de meurtre. Nous n'avons aucun doute que ces quatre crimes épouvantables étaient des actes de terrorisme (…).* ».

1.3. Quelle place pour la Cour européenne des droits de l'homme dans un contexte politique « terrorisé » ?

« Affirmer les principes fondamentaux »

par *Françoise TULKENS*, Juge honoraire de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Belgique

« C'est notre responsabilité de bien poser le problème du terrorisme. La sécurité au détriment des droits humains est une illusion. L'obligation de lutter contre le terrorisme est inséparable de l'obligation de respecter les droits de l'Homme. On parle beaucoup de faire un équilibre, mais on peut parler de conciliation de ces obligations (…). ».

1. Sécurité, danger et Etat de droit

Vers un droit à la sécurité ? *Dans la CEDH, la sécurité n'est pas conçue de façon autonome et la sûreté n'est pas envisagée en dehors du domaine carcéral. Idem pour la Charte des droits fondamentaux, la sûreté vise à protéger contre la détention arbitraire. La sécurité se trouve dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), mais aussi dans la charte arabe des droits de l'homme (2004), la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981), etc. La sécurité s'inscrit dans une dimension sociale, cela postule que la liberté exige de l'Etat non seulement qu'il protège la liberté de chacun mais qu'il assure aussi la sécurité de chacun ».*

Le danger et la peur *: « la sécurité est « l'état résultant de l'absence d'une impression de danger ou l'absence réelle de danger ». Cela renvoie à une double dimension subjective et objective du concept de danger. Dans le contexte actuel, de crise sociale, la recherche de bouc émissaire se fait ressentir. Alors que dans la philosophie politique de Hobbes, l'Etat est « ce qui vient justement mettre fin à la peur », dans l'Etat de sécurité, « le schéma se renverse : l'Etat se fonde durablement sur la peur et doit à tout prix l'entretenir car il tire d'elle sa fonction essentielle et sa légitimité » . A cet égard, je regrette que le pouvoir politique ne joue pas ou ne joue plus son rôle éminent de pacificateur.*

L'Etat de droit *: « C'est une exigence en tant qu'expression de la démocratie et des droits de l'Homme. Actuellement, l'Etat de droit est invoqué à de multiples reprises. On craint que cela ne devienne un concept fourre-tout. Certains n'hésitent plus à soutenir que l'Etat de droit est une illusion juridique, critiquer l'Etat de droit devient normal, ce qui est inquiétant. Ce modèle se caractérise par deux aspects : le droit au droit et le droit au juge. Le droit au droit est le refus de l'arbitraire et de l'abus de droit, mais aussi le respect des droits et des libertés. Le droit au juge exprime la nécessité d'un recours juridictionnel, devant un juge indépendant et impartial qui doit être le « gardien des promesses ». Ilsemble évident mais il est grignoté dans certaines décisions, Il faut rappeler cela et l'intérioriser. (…) ».*

2. Les relations paradoxales entre terrorisme et droits de l'Homme

« Comment se présente ce paradoxe ? D'un côté, il est évident et admis que le terrorisme pose une menace à la jouissance des droits humains et des valeurs les plus fondamentales. L'arrêt Irlande c. RU du 18 janvier 1978 souligne que les activités terroristes sont manifestement contraires au droit de l'Homme. Dans l'arrêt ***Ramda c. France du 19 décembre 2017****, la cour reprend le même thème, l'Etat doit faire preuve de fermeté contre le terrorisme qui constitue une atteinte grave aux droits fondamentaux. Mais d'autre part, la lutte contre le terrorisme peut entraîner l'érosion d'un certain nombre de libertés et droits individuels et collectifs. ».*

3. L'obligation de lutter contre le terrorisme

« La convention n'opère pas dans un vide mais dans un contexte donné, d'abord le droit à la vie et la protection du régime démocratique. Le droit directement impliqué par le terrorisme est le droit à la vie consacré par l'article 2 de la convention : la légitimité de la lutte contre le terrorisme trouve sa justification et sa limite dans la protection du droit à la vie, et cela le soustrait à la sécurité nationale. L'arrêt ***Osman c. RU du 28 octobre 1998*** *précise l'étendue de cette obligation. Il ajoute une dimension très importante, « l'article 2 peut aussi dans certains circonstances bien définies, mettre à charge les autorités d'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu de menace ». En avril 2017, dans l'affaire* ***Tagayeva et autres c. Russie****, les requérants mettaient en cause l'absence*

de mesure de prévention malgré que les services de police étaient informés de présence de terrorisme. La cour n'a pas approfondi la mesure de prévention mais a jugé que dans les faits, il y avait un manquement. C'était la première fois que la cour étendait le droit à la vie à des situations qui entraînent une sécurisation de la population. L'obligation de l'Etat par rapport à la nécessité de protéger la vie n'est pas illimitée. La responsabilité de l'Etat n'est pas engagée, mais la cour souhaitait juste montrer que l'Etat aurait dû faire attention. Il faut minimiser le risque pour la vie. Par exemple : ***McCann et autres c. RU du 27 septembre 1995*** *: où plusieurs personnes soupçonnées de terrorisme avaient été tuées au cours d'une opération des forces de sécurité. La Cour conclut à la violation de l'article 2 § 2 non pas en raison du fait que les unités spéciales de la police avaient eu recours à la force meurtrière mais en raison de la planification insuffisante de l'opération par les autorités. De même pour* ***Finogenov et autres c. Russie du 20 décembre 2011*** *la cour énonce quel'utilisation des gaz était nécessaire pour sauver les otages (non violation substancielle du droit à la vie) mais conclut à la violation procédurale du droit à la vie en raison de la mauvaise planification et mauvaise mise en œuvre de la mission de l'opération de secours et du défaut d'assistance médicale aux otages ainsi que de l'ineffectivité de l'enquête sur les allégations de négligence de la part des autorités. Enfin dans l'arrêt* ***Armani da Silva c. RU du 30 mars 2016*** *(mort d'un ressortissant brésilien abattu par erreur par les policiers qui l'avaient pris pour un kamikaze), la cour a vu que les autorités n'avaient pas manqué à leur obligation de mener une enquête effective. Les Etats doivent prendre des mesures utiles, adéquates et pas illusoires.*

La protection du régime démocratique *: les actes terroristes affectent les droits humains individuels, les méthodes terroristes suggèrent de provoquer le changement par la violence. Si on relit le préambule de la convention, on ne peut pas entacher la démocratie au motif de la défendre (****Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie du 30 janvier 1998 ; Klass et autres c. Allemagne du 6 septembre 1978 du 6 septembre 1978****) ».*

4. L'obligation de respecter les droits humains

Il y a deux raisons majeures qui fondent l'obligation de respecter les droits humains. Elles ont en commun la nécessité d'assurer la légitimité des interventions et, partant, leur efficacité.

Les droits de l'Homme protègent des abus de pouvoir*. A la suite des attentats du 11 septembre 2001, plusieurs Etats ont aidé les Etats-Unis en remettant aux américains des terroristes présumés. Cf par exemple, en Macédoine, l'arrêt* ***El-Masri c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine » du 13 décembre 2012*** *(homme torturé puis remis aux autorités américaines) ; de même en Pologne (****Al Nashiri c. Pologne et Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne du 24 juillet 2014****), puis en Italie (****Nasr et Ghali c. Italie du 23 février 2016****) et encore des affaires pendantes devant la cour en 2018. Les abus de pouvoir sans logique sont toujours possibles, c'est le rôle des droits de l'Homme de les constater et de les dénoncer.*

Ecarter tout risque d'arbitraire *en assurant le contrôle sur la pertinence et la nécessité des stratégies ou des mesures spéciales de prévention et de poursuite Dans la convention des droits de l'Homme, le principe de la légalité est primordial. Des arrêts de Grande Chambre sont éminemment significatifs de l'impérieuse nécessité d'un tel contrôle. : l'arrêt* ***Del Rio Prada c. Espagne du 21 octobre 2013*** *(report de la date de remise en liberté d'une femme condamnée pour terrorisme en application d'une nouvelle jurisprudence du Tribunal suprême. Les états sont libres de modifier leur législation, mais l'article 7 prohibe de manière absolue l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'intéressé. L'arrêt* ***Sher et autres c. RU du 20 octobre 2015****(menace d'un attentat imminent ayant justifié des restrictions au droit à une procédure contradictoire lors de la prolongation de la détention) dans un souci de pragmatisme marque un affaiblissement des garanties contre le risque d'arbitraire : rappelant que le terrorisme relève d'une catégorie spéciale, la Cour a jugé que l'article 5 § 4 ne pouvait être appliqué d'une manière qui causerait aux autorités des difficultés excessives pour combattre le terrorisme par des mesures effectives. En l'espèce, la menace d'un attentat terroriste imminent et des considérations de sécurité nationale avaient justifié des restrictions au droit des requérants à une procédure contradictoire dans le cadre de la prolongation de leur détention. En outre, s'agissant de la procédure de délivrance des mandats de prolongation de la détention, la Cour estime que les garanties contre le risque d'arbitraire avaient été suffisantes, sous la forme d'un cadre juridique énonçant des règles procédurales claires et détaillées. En revanche l'arrêt* ***Mehmet Hasan Altan c. Turquie c.***

Turquie du 20 mars 2018 *précise que le maintien en détention du requérant (un journaliste incarcéré à la suite de la tentative de coup d'Etat militaire), décidé par une cour d'assises, en violation d'un arrêt de la Cour constitutionnelle était irrégulier. ».*

5. La conciliation des obligations

Les droits absolus *: Les obligations des Etats de lutter contre le terrorisme peuvent dans certaines circonstances justifier des restrictions à des droits reconnus par la convention mais dans le respect du principe de nécessité et de proportionnalité. Mais il y a des droits absolus, indérogeables, ne souffrant aucune exception dans la convention. Les droits absolus (droit à la vie, interdiction de la torture et de l' esclavage, légalité des délits et des peines, etc.). Même dans les circonstances les plus difficiles, la convention prohibe la torture. Pourquoi ? La dignité humaine doit être respectée par toute personne :* ***Selmouni c. France du 28 juillet 1999 ; Saadi c. Italie du 28 février 2008 ; A. et autres c. RU du 19 février 2009. L'arrêt M.A. et autres c. France du 1er février 2018*** *va dans le même sens.*

Des limitations, des restrictions ou des ingérences autorisées *: Le droit au procès équitable est mis à l'épreuve avec le terrorisme (droits de la défense, droit au silence, techniques spéciales d'enquête, publicité des débats etc.). Le recours à des preuves obtenues par la torture est un déni de justice flagrant, car il légitimerait celui des victimes ou témoins outre le fait qu'il ne présente aucune fiabilité (arrêt* ***Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012****)*
Les droits de la défense sont essentiels au procès équitable. L'arrêt ***Ibrahim et autres c. RU du 13 septembre 2016*** *concernant les restrictions temporaires à l'accès à un avocat au cours des interrogatoires de police des poseurs de bombes du 21 juillet 2005 à Londres marque un recul certain. La Cour admet que la police ait provisoirement retardé l'accès à un avocat des personnes soupçonnées, en raison d'une menace exceptionnellement grave et imminente, à savoir un risque d'attentat. Cet arrêt va faire jurisprudence, surtout dans ce domaine où les exigences se rétrécissent, mais il doit être lu dans toutes ses nuances.*

Le droit au respect de la vie privée est notamment à confronter avec ***le problème de la surveillance de masse****. La question de la surveillance de masse est un point vraiment crucial. La protection des données personnelles a une jurisprudence particulière. La capacité des services de sécurité à prévenir dépend souvent de la qualité du renseignement. La surveillance de masse est un contrôle indiscriminé des personnes qui ne sont pas nécessairement suspectes or « avant le crime il n'y a pas de crime ». Il est évident qu'un contrôle des personnes non soupçonnées crée un environnement dangereux où tout le monde est suspect. Les opérations de surveillance massive ne semblent pas avoir contribué à prévenir les attentats terroristes. Des ressources qui pourraient servir à prévenir des attaques sont redirigées vers la surveillance massive et laissent les personnes dangereuses en liberté. La loi doit être claire et précise quant à la nature des activités soupçonnées des personnes. L'utilisation et la conservation des données même en cas d'urgence doivent se faire sous le contrôle d'un juge indépendant. Si on n'a plus ça, on n'a plus rien. La surveillance à grande échelle doit répondre à des critères de nécessité et de proportionnalité. La CEDH est entrée dans cette philosophie avec l'arrêt* ***Szabo et Vissy c. Hongrie du 12 janvier 2016****, où la cour met un coup d'arrêt très clair aux surveillances de masses arbitraires (notamment Big Brother Watch et autres c. RU, Bureau of Investigative Journalism et Alice Ross c. RU, et 10 Human Rights Organisations c. RU). C'est dans ce contexte qu'une dizaine de requêtes sont pendantes depuis l'entrée en vigueur des lois françaises sur le renseignement»*

« La lutte contre le terrorisme ne se fait pas contre le droit mais avec le droit. La CEDH n'est pas une convention suicidaire, on ne peut pas en étant fidèle aux droits fondamentaux laisser l'exécutif avec un pouvoir absolu. Il faut un processus d'évaluation régulier, il ne faut pas englober d'autres phénomènes qui pervertissent. Dans une réalité aussi complexe que celle du terrorisme, les gouvernements doivent faire preuve de pédagogie et non de démagogie. Comme le dit Ch. Péguy, qui était loin d'être un révolutionnaire ou un anarchiste, « le triomphe des démagogies est passager, mais les ruines sont éternelles ».

PARTIE 2. L'ENJEU POLITIQUE ET JUDICIAIRE DES « *FOREIGN TERRORIST FIGHTERS* »

Les situations des Etats membres de l'UE face aux « *European foreign terrorist fighters* » constituent des réalités européennes essentielles aujourd'hui comme le résume **Kristian Bartholin (Deputy Head of the Counter-Terrorism Division, Council of Europe) :** *« (…) The precise total number of European fighters in Syria (and still alive) is unknown, yet the figure is unlikely to exceed 2.500. Approximately 1.500 fighters have meanwhile returned to Europe since the beginning of the conflict. Of the fighters still present in the Middle Eastern region only a small number are expected to return, many apparently seeking to go to other theatres of conflict (e.g. Afghanistan) instead, and others currently being unable to make the move as various factions hold them captive in the Syrian civil war fighting against Daesh. It should be noted that many European foreign terrorist fighters that have been known to play a prominent role in the structures of Daesh have been reported as casualties, thereby somewhat reducing the risk of terrorist attacks in Europe planned and co-ordinated from abroad by Daesh, but the risk of "inspired" attacks carried out by sympathisers in Europe (the so-called "home-grown" terrorists) has not diminished. If anything, the fall of the self-proclaimed "Daesh caliphate" in Syria and Iraq may likely spur a series of attacks in other regions, including Europe to show that Daesh is still able to project violence abroad.*

The foreign terrorist fighters who manage to return to Europe are not a homogenous, monolithic group of persons. They are likely to have had different reasons for joining Daesh in the first place, and while some will regret their involvement with the terrorist organisation, others will remain fully committed to the cause for which they have fought abroad and hence continue to pose a significant level of danger to public security. These returnees may thus themselves carry out solo terrorist attacks or inspire others to join Daesh or create new terrorist cells operating in Europe on behalf of Daesh. There are, at this stage, many unknown factors in the equation, but one thing seems clear already: There is no "one-size-fits-all" solution to the problem of how to deal with the returnees and the serious risks they may pose to European States. ».

2.1 Quelle application pour le principe de proportionnalité ?

Le principe de proportionnalité selon le Conseil de l'Europe

Par *Kristian BARTHOLIN,* Deputy Head of the Counter-Terrorism Division, Council of Europe

Legislation : *«In line with the UNSCR 2178 (2014), Article 4 of the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS No. 217) prescribes that the act of travelling abroad for the purpose of terrorism be criminalised. Those who have joined Daesh either as fighters or in other key roles (primarily propagandists, recruiters, instructors and planners) will be covered by this obligation for Parties to criminalise. This crime is considered committed the moment you leave the territory of your State of origin or residence and attempt is also criminalised. Though the Additional Protocol itself only entered into force on 1 June 2017, many member States of the Council of Europe had already previously taken steps to criminalise the act of travelling abroad for the purpose of terrorism. Depending on the date and year they left Europe, returnees from Daesh are therefore likely to have committed this crime and can possibly be brought to justice on this account ».*

Evidence : *« However we cannot and should not exclude, that during their stay in Syria and Iraq the returnees have also committed other terrorist offences than that of travelling abroad for the purpose of terrorism, and in some cases also crimes against humanity and war crimes. It is important that such serious crimes do not go unpunished. Yet, here we depend entirely on the quantity and quality of evidence which can be admitted in court to prove beyond reasonable doubt that the accused has indeed committed such crimes. And this is far from easy. Essentially we are looking at three categories of evidence:*
(1) E-evidence, in particular derived from material posted by Daesh and individual members of that terrorist organisation on social media as well as evidence electronically stored in "the cloud"; (2) physical evidence, such as lists naming fighters, be they on paper or on a portable electronic storage medium, and (3) evidence gathered in the form of intelligence.
Obtaining any of the three categories of evidence as a rule poses significant challenges to States. As regards E-evidence, the data are rarely stored in the jurisdiction of the prosecuting State, and for gathering physical evidence at the crime scene the situation is often even more difficult with very limited legal and practical possibilities of carrying out proper criminal and forensic investigations in the theatre of conflict. Turning intelligence into evidence is possibly the most difficult of all three scenarios due both to the way the information is gathered and the restrictions often put on the use of intelligence by both national and foreign intelligence services in order to protect their sources and working methods ».

Proportionality : *« It appears that then all the odds are stacked against the judiciary when prosecuting and adjudicating cases against alleged foreign terrorist fighters, so what can be done? First of all, we need to emphasise that terrorism – though as grave a threat to public security as it is – is primarily a serious crime, and should, insofar as possible, be treated just like any other form of serious crime as regards police detection and criminal prosecution. Essentially this means that the measures applied by the competent authorities to demonstrate the guilt of someone accused of being a terrorist, and the manner in which he/she is prosecuted, should not differ noticeably in terrorist cases from those applied to other categories of dangerous criminals. Though this approach may, at first glance, seem to downplay the seriousness of terrorism as a crime, it has the distinct advantage of depriving the terrorist of any "glamour" that may be attached to being a "soldier" or "fighting for a cause". The terrorist should be seen for what he/she is: a criminal. It also sends the clear and calming signal to society, that we do not need to turn into a police state in order to efficiently prevent and suppress terrorism. The police and the judiciary, as a rule, already possess the tools and procedures necessary in a democratic society to deal with the threat and bring terrorists to justice. (…) In all of this proportionality is the key notion. The legal measures applied to terrorists (including returnees from Daesh) have to be proportionate and respect the rule of law and human rights. The law enforcement measures must similarly be proportionate, human rights compatible and necessary in a democratic society, and the judiciary must accord everyone accused of any crime a fair procedure. If not we end up harming the very democracy we try to protect ».*

La judiciarisation des familles revenantes de Syrie

L'expérience britannique

par *Sarah WILLIAMS*, Avocate, Royaume-Uni

The UK context : *« Last year we were put on notice by the Home Office that there was a likelihood of a significant number of families or young people returning to the UK, as ISIS progressively lost territory across Iraq and Syria. Up to 700 were expected nationally, with a relatively high number due to return to our area. It is a tragedy that these numbers have not been realized, as many children are believed to have died, or may be orphaned or stranded, and who may never be located or repatriated to their home countries. However, the UK Home Office has been well prepared for those who have returned. My team collaborated with them to hold a national conference, to prepare local authorities that were likely to receive higher numbers of returnees and to provide information about the resources available to them. The Foreign Office outlined the procedure for alerting councils to children or families who were likely to return, giving as much notice as possible. This would enable us to obtain as much advance disclosure as possible from partner agencies, use this to determine a safety plan for the children, and ensure that any necessary court orders could be obtained immediately on arrival ».*

A Special Unit : *« The Tavistock's Returning Families Unit has been commissioned by the UK government with the aim to support the highly unique circumstances of families returning from the conflict in Syria. The Unit has developed a programme of activity aimed at assessing, and treating as appropriate, the mental and emotional wellbeing of the children at the point of return, and as they re-integrate into the UK. This includes providing reports within court proceedings, with expert assessment tailored to returning families; from adult psychiatric, child and adolescent psychotherapeutic and systemic family psychotherapeutic perspectives ».*

Court proceedings : *«The application of the evidential test in the UK to radicalization cases can be helpfully summarized from the 2017 judgment of Mr Justice Macdonald in A Local Authority v HB and Others : (1) The burden of proving the facts rests on the local authority, and the standard of proof is the balance of probabilities – the court must decide whether, on balance, that the event occurred; (2) Findings must be based on evidence, not suspicion. In radicalization cases, security agencies may hold more information, which cannot be disclosed, to the court for reasons of national security, but the court cannot speculate what further information may be held; (3) The role of the court is to consider the evidence in its totality, including the credibility of witnesses and inferences that can properly be drawn from the evidence; (4) The court must then form a view of the credibility of parents and carer. A witness may lie for many reasons such as shame or misplaced loyalty, and the fact they have lied about some matters does not mean they have lied about everything; (5) Finally, the facts relied on by the local authority must demonstrate why the child has suffered or is at risk of suffering significant harm. Allegations of extremism or involvement with terrorism must be shown to pose a risk to the child, which will include a risk of future harm.*

The court will use these principles to determine the parent, or where both have travelled, each parent's personal mindset and motivation for travelling ».

Evidence : *« Where possible, disclosure from counterterrorism police, Interpol or the Home Office will be necessary to establish mindset, and clear information sharing protocols are essential to facilitate this. In my experience, when they become aware that an individual has travelled to a war zone, police will immediately obtain warrants to search the person's home, including any electronic devices. They will obtain phone details and available copies of emails, texts and WhatsApp messages. Ongoing surveillance will be undertaken of known social media sites.*

This evidence may be used to establish mindset. Has the individual has been accessing websites with extremist content or contacting known jihadis or others with extremist views? Have they posted extremist

content or comments themselves, or posted messages of support for terror atrocities? Are they a member of a proscribed organisation, or have they attempted to radicalise others? They may even have attempted to buy weapons or posted pictures of themselves holding guns or in warzones. We've even had parents who have been featured in documentaries on violent extremism».

To protect the child : *«The final stage for the court is then to consider harm to the child. A child who has been lived in a warzone has inherently been exposed to the most grave of physical and emotional harm – risk of death, exposure to atrocities, hunger and a lack of medical treatment. If the parents intentionally travelled to a warzone, then this harm is attributable to their actions. But having returned to their home country, the court must determine that an order is still necessary to protect the child. An expert assessment of the parents' current ideology, together with the court's view on the evidence they give in the witness box, will be key to determining whether they may seek to indoctrinate the child in the future or attempt to travel to another unsafe location».*

2.2 Une remise en cause du procès équitable ?

Le principe du procès équitable

Par *Kristian BARTHOLIN,* Deputy Head of the Counter-Terrorism Division, Council of Europe

« In this context it should be underlined that whereas the minimum fair trial requirements contained in Article 6 of the European Convention on Human Rights cannot be lifted merely because of the threat posed by terrorism to society, useful detection measures, such as interferences with Article 8 of the Convention through the use of "special investigation techniques" may very well be legitimised by the threat of terrorism to democratic institutions, provided the measures are strictly necessary and carried out under the control of the courts. In order to provide guidance to member States on this matter, the Council of Europe last year adopted a revised recommendation of the Committee of Ministers to member States on the use of special investigation techniques in crime cases (including terrorism).

As regards how to turn intelligence into evidence we do already have many examples from Europe and around the world on how to carry out this difficult exercise without compromising the fair trial guarantees. This is an area, which certainly needs to be further explored and developed, but the groundwork has been done.

Secondly, the horror of terrorism and the need to show decisive leadership in crisis situations should not mislead us to take actions and measures which are not lawful or proportionate to the threat we face. Draconian legislation often defeats its own purpose by playing into the hands of terrorist propagandists and apologists. Unlawful measures inevitably backfire on those societies, which implement them. Only by staying true to the values upon which democracies are based – the respect of the rule of law, of the independence of the courts, of the procedures of democracy and of the rights of the individual – do we have a real chance of overcoming terrorism of whatever ideology ».

Positions politiques et diplomatiques des États européens

***Berta BERNARDO MENDEZ,* Juge d'instruction anti-terroriste, Belgique :**

> « *Le dilemme des gouvernements européens concerne leurs nationaux détenus sur place. La France a été assez claire, elle n'en veut pas, la Belgique n'en veut pas non plus. Ce n'est pas un enjeu politique, car l'opinion publique dans sa majorité n'a pas envie de les voir venir pour des raisons sécuritaires, il y a une peur de voir ces personnes revenir. Il y a également un encombrement des juridictions nationales et un engorgement non désiré au niveau des prisons où des difficultés majeures sur l'incarcération de ces personnes sont apparues. De plus, la scène de crime étant à l'étranger, l'enquête doit se passer là-bas. Il faut rendre compte enfin aux premières victimes qui ne sont pas européennes. On sait que certains détenus ont déjà été remis aux autorités nationales, donc ces discussions ont lieu malgré cette position générale de refus des retours. ».*

***William BOURDON,* Avocat, France :**

> « *La Charte des droits fondamentaux est rudement mise à l'épreuve par le terrorisme. un nouveau paradigme apparaît aujourd'hui, avec la question des femmes, des mères et des enfants qui sont défendus en Irak. On observe l'universalisation du principe de précaution qui est un risque permanent car il introduit une forme de déjudiciarisation. Deux seuils très différents dans cette judiciarisation, d'abord celui autorisé par la CEDH dont s'est prévalue la France pour renouveler l'état d'urgence, ôter au juge sa mission préventive pour y substituer la décision rétroactive du juge administratif. L'autre seuil, c'est lorsqu'il n'y a plus de juge du tout : cela a été fait aux Etats-Unis avec la torture des terroristes.*
>
> *Quand on défend les procès équitables la main sur le cœur on reçoit des menaces de mort tous les jours. Cela demande du courage politique et du courage judiciaire pour résister à la logique administrative et politique mais aussi pour résister à une double aversion : la logique d'efficacité absolue mènerait à l'idée que la fin justifie les moyens, que la fin justifie la dérogation à un certain nombre de principes. L'apparition de l'hyper terrorisme a découvert une nouvelle catégorie : criminel ou combattant. (…) Ces personnages atroces déshumanisés et déshumanisants nous mettent au défi de ne pas devenir comme eux. Que va dire le juge européen dans quelques années si l'état d'urgence revient ? Ou le curseur va-t-il être mis ? Bien prophétique sera celui qui peut le deviner aujourd'hui. Il s'agit d'une question très lourde à laquelle nous n'avons aucune réponse. (…) Il reste quand même un certain nombre de détenus à Guantanamo. On voit le risque de déshumanisation car l'extrême déjudiciarisation est la déshumanisation. ».*

La remise en cause du procès équitable sur les zones de guerre ?

***Berta BERNARDO MENDEZ,* Juge d'instruction anti-terroriste, Belgique :**

> « (…) *Déjà plusieurs rapports des ONG dénoncent l'absence d'équité dans les procès en cours. Ils relèvent, concernant les droits de la défense, l'absence d'accès à un avocat, ou quand il y en a un, l'absence d'effectivité de l'assistance de l'avocat, son indépendance, sa liberté de parole, la fiabilité de la preuve, etc. Tous les pays sur zone ont une législation antiterroriste qui englobe tous les petits détails possibles. (…) les régions autonomes kurdes de Syrie qui ont déjà effectué quelques procès, il y a des magistrats qui s'engagent mais on ne connaît pas leur indépendance et surtout ce sont des procès expéditifs dans un tout petit bureau (trois places : juge, procureur et criminel). Il y a donc de nombreux éléments d'iniquité*

qui pourraient être mis en évidence dans ce type de procès qui sont déjà invoqués par les ONG. (…) Le juge d'instruction est le garant du respect des droits fondamentaux et du respect de la procédure. Quand il s'agit de débattre du procès équitable, la question se pose aussi dans la phase de l'enquête. La question de la régularité et de la fiabilité des preuves relève du respect des droits de la défense (…) En principe si les Etats sont légitimes à se montrer extrêmement fermes pour les faits de terrorisme, il y a aussi l'obligation de poursuivre les auteurs de ces faits sous réserve du respect strict des garanties procédurales. ».

***William BOURDON,* Avocat, France :**

« (…) *Aujourd'hui en France, on se heurte à la doctrine « Le Drian » qui dit « les enfants oui, mais les mères non ». C'est la doctrine politique actuelle. On a toutes les raisons de ne pas s'en occuper car nos prisons sont pleines. C'est un argument malthusien qui dévalorise l'action du juge. Le changement est étroit, difficile, compliqué et la façon dont les juges vont juger, symboliquement pourra être considérée comme un élément fort et puissant dans la façon dont ce dilemme va se jouer. «* Quand on promet aux citoyens la sécurité et la liberté, en général ils n'ont ni l'un ni l'autre *» disait Benjamin Franklin (…) Il est nécessaire d'éviter le principe que la fin justifie les moyens, car cela conduit à déroger à un certain nombre de principes. C'est difficile car le terrorisme a créé de nouvelles catégories : non combattant non criminel ou plutôt combattant et pas criminel ou l'inverse, ou hyper combattant et hyper criminel. (…). Le droit international des Droits de l'Homme s'applique en temps de paix. Le Droit International humanitaire s'applique lui en temps de guerre et dans la guerre. Cela suppose un agenda, une limite spatiale et temporelle. Or le terrorisme suppose l'anéantissement de toutes ces frontières, avec l'impuissance d'espérer que les terroristes puissent respecter le droit de la guerre. Les terroristes nous mettent au défi de nous déshumaniser collectivement et individuellement : c'est ça le défi ! »*

Juger en Europe les « *foreign terrorist fighters* » ?

***Berta BERNARDO MENDEZ,* Juge d'instruction anti-terroriste, Belgique :**

« (…) *La Belgique a connu quelques procédures de personnes remises après avoir été arrêtées et détenues sur place. Très peu de décisions ont eu lieu. Très peu concernent les faits les plus graves qui auraient été commis sur place. Encore une fois, c'est la difficulté de la preuve, quelle fiabilité les preuves qu'on nous remet ont-elles ? Chez nous on ouvrira une enquête, on fera ce qu'on fait habituellement pour monter un procès mais la difficulté majeure est de connaître les actes précis accomplis sur place. Est-ce qu'on peut mener des contre-interrogatoires ? La question se posera différemment mais il n'en demeure pas moins que les éléments de base seront ce qu'on veut bien nous donner. (…) Un autre enjeu réside dans le problème du non* bis in idem *quand des peines extrêmement lourdes étaient déjà mises en place sur zone. On peut se poser la question de la présomption d'innocence, mais avec la médiatisation des affaires actuelles cela est délicat. Quel impact tout cela peut avoir par rapport à un jury populaire ? Très récemment, au regard des conditions de ces détenus pour les faits les plus graves, ces personnes font état de leur droit au silence. Mais si dans un ou deux ans ces personnes veulent faire des aveux, qu'est-ce qu'on pourra tirer de ces déclarations ? ».*

***William BOURDON,* Avocat, France :**

> *« Je défends quatre mères en Syrie, trop d'enfants (faits commis sur place) et deux mères à Bagdad qui risquent d'être condamnées à mort et pendues dans des prisons irakiennes. Quand j'ai été saisi, l'Etat français était tétanisé du retour de bombes à retardement sur le territoire français. Les choses se sont décrispées au sujet des enfants. Au final, la doctrine est maintenant la suivante : « les mères non, les enfants oui ». Le dispositif français a été rappelé par le Ministre de l'Intérieur Gérard Collomb, avec des arrestations sur le tarmac et des peines très lourdes. Pour l'avocat que je suis, l'un des problèmes qui se pose concerne l'individualisation de la peine. ».*

(Pour une présentation des procès et jugements des « *foreign terrorist fighters* » en Europe voir le rapport scientifique n°4 « Terrorisme et droits fondamentaux : l'audience et l'exécution des peines »)

PARTIE 3. TERRORISME, « SOCIÉTÉ DU RISQUE » ET DROITS FONDAMENTAUX

3.1 La dangerosité au prisme du droit : incrimination et qualification

***François MOLINS,* Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Paris, France :**

« *Constatant l'insuffisance des peines correctionnelles de dix ans, il est apparu nécessaire de recourir à l'appellation criminelle. L'utilisation de l'association de malfaiteurs en vue de commettre des actes délictuels a conduit à poursuivre des profils très divers qui allaient du velléitaire isolé jusqu'au combattant. Nous avons été confrontés à une situation d'écrasement des peines qui consistait à enfermer un certain nombre de personnes sans que cela ne soit justifié par la gravité de leur comportement. En outre, nous avons aussi dû prendre conscience de nouveaux éléments en raison de la propagande répétée, de l'évolution de la dangerosité, et des attentats de grande ampleur au nom de l'organisation EI. Il devenait impératif de reconsidérer notre politique pénale et de poursuivre sous l'infraction d'association de malfaiteurs criminelle tous les islamistes intégrés à l'organisation EI avant janvier 2015 et dont on pouvait démontrer qu'ils avaient participé de façon active aux fonctionnements des groupes en prenant part aux combats. Cela a été fait dès 2016 en considérant que rejoindre un groupe terroriste signifie que l'on adhère à une organisation dont le mot d'ordre permanent est de commettre des actes criminels. Cela a été validé juridiquement par un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2016 suite à un contentieux parquet vs siège à propos de deux hommes qui étaient partis puis revenus de Syrie en 2014 et dont on avait une photo en train de brandir des têtes coupées. La chambre criminelle n'avait pas estimé que c'était terroriste. Nous devons faire preuve de bon sens et de discernement, le but n'est pas d'attraire devant la Cour d'assises tout le monde, tout se fait en fonction de la dangerosité du mis en cause.* ».

***Frédéric VAN LEEUW,* Procureur fédéral, Belgique :**

« *Il ressort de la genèse des infractions terroristes que c'est la dangerosité qui pousse le législateur à parler de cette notion. Il y a des comportements criminels de moindre gravité qui sont aussi terroristes. C'est une épineuse question entre infraction politique et infraction terroriste. Nous avons eu les pires difficultés au début quand nous faisions des ouvertures d'enquête en 2012, toute une frange de l'opinion publique disait qu'on s'occupait d'originaux. Il existe une pénalisation en droit belge très récente des actes pouvant être qualifiés de terroristes. Des infractions autonomes ont été introduites dans la législation mais la dangerosité n'est pas forcément synonyme de possibilité de criminaliser. On qualifie de terroriste ou pas certaines infractions, on montre une distinction entre la gravité d'un acte et la qualification de terroriste. En Belgique, le stade procédural qu'on vise est la participation aux activités d'un groupe terroriste. Il faut prouver qu'il y a un groupe terroriste et un acte de*

participation quelconque. Cela pose des problèmes avec des gens dangereux qui ne sont pas considérés dans un groupe terroriste tels les loups solitaires. Il existe une série de personnes qui échappent au champ pénal.
La dangerosité se pose face aux autorités judiciaires et entraîne un glissement des compétences. Cet élément de la dangerosité se heurte aux principes de légalité et droits fondamentaux. Un arrêt de la cour constitutionnelle en Belgique a sanctionné une modification législative introduite par une loi de 2016 qui modifiait l'infraction de commettre des infractions terroristes. Cette infraction visait à sanctionner toute personne diffusant de la propagande terroriste et avait été ajoutée une ligne sur la création de risque. Il était difficile de pouvoir prouver le lien entre le discours et le risque qui était créé, donc ça a été supprimé. La cour constitutionnelle est très attentive par rapport au droit pénal. La difficulté réside à prendre en compte la dangerosité dans un comportement qualifié d'infraction.
En matière de procédure, il y beaucoup moins de difficulté. Pour le terrorisme, il faut prouver une seule chose, à savoir l'absolue nécessité pour la sécurité publique. Cela rejoint la jurisprudence de la CEDH pour laquelle la gravité particulière et la réaction du public peuvent susciter le trouble social. Du point de vue pénal, la grande difficulté est la confusion sémantique que le concept implique : entre criminel et terroriste. ».

3.2 La dangerosité au prisme du genre et des mineurs

***François MOLINS,* Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Paris, France :**

« (…) *(les femmes) sont poursuivies si elles jouent un rôle actif (recrutement, apport logistique etc.). La poursuite est plus difficile si (la personne) s'en tient à un rôle d'épouse et de génitrice. Nous pensons aujourd'hui à la différence de notre naïveté du début, que ce rôle d'épouse et de génitrice dans le cadre de la construction du califat est essentiel. Par ailleurs, certaines ont été formées au maniement d'armes. La défaite militaire de Daesh a amené l'organisation terroriste à se montrer plus pragmatique, en élargissant le champ de recrutement des combattants, et en appelant femmes et enfants au combat depuis fin 2017, et en février 2018 dans une vidéo de propagande. Même si elles se présentent comme déçues de leurs expériences sur zones, les femmes sont virulentes dans leur engagement radical. Aujourd'hui, des femmes sont placées en garde à vue et en détention provisoire si besoin. La politique pénale a évolué. Une autre évolution de notre politique nous conduira à étudier leurs orientations au cas par cas. Nous interrogerons toujours l'opportunité de ne pas séparer le sort du mari et de la femme. La cohérence incite à garder les deux conjoints mais tout cela sera examiné au cas par cas, en fonction du degré de dangerosité du couple.* ».

***Jesús ALONSO,* Procureur en chef de l'Audience Nationale, Espagne :**

« *Nous utilisons un certain nombre de renseignements, nous devons prendre en considération la problématique des femmes et des mineurs. Quelles réponses devons-nous apporter à cette réalité ? Comment pouvons-nous mener à bien une enquête pour opérer un désengagement idéologique de ces personnes ? (…) Concernant les mineurs et les femmes, cette surveillance que nous opérons nous a fait découvrir que l'organisation EI a utilisé les réseaux sociaux pour appâter les enfants, en proposant des jeux de rôles, des chansons, des lectures afin de développer leur propagande. (…) D'autre part, le parquet de l'Audience nationale, les tribunaux et juges d'instructions essaient de ne pas faire de différence entre les femmes, les hommes et les mineurs. On s'intéresse à leur responsabilité pénale pour des faits terroristes*

djihadistes. Les femmes apportent un soutien familial, une éducation mais à mesure que le djihadisme a perdu des combattants, la femme a joué un rôle de premier plan, donc pour nous, pas de distinction entre homme et femme. ».

***Frédéric VAN LEEUW,* Procureur fédéral, Belgique :**

« *Par rapport aux poursuites, (la situation des) femmes interroge car les motivations sont différentes même si la dangerosité potentielle est importante. On voit une hésitation dans la jurisprudence avec certaines décisions. Récemment, nous avons soutenu comme argument qu'en rendant son mari sexuellement heureux, la femme soutenait le courage du guerrier, cela va trop loin, je pense. Une problématique existe également au niveau du choix des poursuites contesté par les avocats en Belgique. L'avocat objecte que le conflit armé est interne et que la poursuite devrait se faire en droit humanitaire. Il s'agit d'une confusion, ou bien c'est un combattant ou bien c'est un terroriste, mais ce ne peut pas être les deux en même temps. On a déjà eu cette problématique avec le PKK. Le débat a été important devant la cour de cassation à propos d'un refus de renvoi vers le terrorisme et la qualification en droit humanitaire. Parfois cela conduit à un non-lieu. On donne un poids différents selon les lieux, et c'est un problème. Est-on terroriste si l'on est en Europe, mais combattant si l'on se place en zone de guerre ? On retrouve ici la problématique du fossé entre le droit international humanitaire et le terrorisme ».*

3.3 La dangerosité au prisme du « renseignement »

***François MOLINS,* Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Paris, France :**

« Afin de mieux cerner la dangerosité des individus et de collecter des preuves, il faut une coopération accrue avec les services de renseignement tout au long de l'enquête. Jusqu'à présent, la justice et les renseignements fonctionnaient de manière très cloisonnée. Si les relations aujourd'hui sont confiantes et fluides, il n'en reste pas moins que les services sont toujours peu enclins à judiciariser les éléments dont ils disposent. L'évolution de la menace en France conduit à une volonté de judiciariser le plus en amont possible. Le temps du renseignement est réduit et le judiciaire prend le pas dans une logique de neutralisation judiciaire préventive. La section antiterroriste du parquet s'attache à concilier la neutralisation de l'individu dangereux et l'anticipation du passage à l'acte. ».

***Frédéric VAN LEEUW,* Procureur fédéral, Belgique :**

« *La loi de 1998 vise un comportement qui implique un recours à la violence pour un motif idéologique ou politique dans le but d'atteindre ces objectifs par terreur, intimidation ou menace. On a ajouté le processus de radicalisation. En Belgique, nous avons un système où le judiciaire a la main : dès que le renseignement détecte une infraction, il est obligé de le signaler à une commission spéciale puis le procureur et le chef du service de renseignement se concertent et en principe, un procès-verbal est fait. On passe alors directement dans la phase judiciaire. Cet article implique par ailleurs que le renseignement ne doit pas communiquer tout le contenu de son dossier mais au niveau judiciaire on commence très*

rapidement avec une enquête. Si cette judiciarisation se fait beaucoup plus rapidement qu'en France, et en Belgique, cela a provoqué une noyade de l'appareil judiciaire.

Les parquets ont ouvert une enquête pénale au moindre risque, il s'agit donc d'une judiciarisation gigantesque. Cela pose un problème, le renseignement n'a pas d'espace pour faire ses propres tâches. L'approche psycho-sociale faisait que l'on arrivait directement au répressif, empêchant toute action préventive. Pour résoudre ce problème, nous avons fait une recommandation afin que les services de renseignement s'adaptent. Dorénavant, l'enquête des services de renseignement demeure temporairement prioritaire (quelques mois). C'est une évolution du secret professionnel en Belgique car ce dernier devient partageable dans certaines conditions. Il est donc devenu permis, dans certains cas, de partager le secret professionnel entre des organismes qui n'ont pas le même but. Cela afin de permettre une approche plus collective. ».

3.4 La dangerosité au prisme des régimes des peines

***Frédéric VAN LEEUW,* Procureur fédéral, Belgique :**

« *Concernant l'application des peines, le parquet terroriste n'est pas responsable de la poursuite des mineurs et de la poursuite des peines. Un autre parquet est responsable de cela. Il n'existe pas de juge d'application des peines mais un tribunal d'application des peines qui en est responsable et qui statuera et aura un nouveau regard avec l'enquête judiciaire qui peut être biaisé et compromettre une réinsertion. Les services de renseignement restent compétents et suivent la personne.* ».

***Jesús ALONSO,* Procureur en chef de l'Audience Nationale, Espagne :**

« *Aujourd'hui, les infractions terroristes constituent 30% de tous les procès qui se tiennent au sein de l'audience (…). L'exécution des peines pour les infractions terroristes relève de la compétence de l'Audience nationale, avec une agence dans laquelle siège un juge chargé de l'exécution des peines. Cela permet de savoir quel a été le sens de la peine ? Comment a t-elle été exécutée ? Dans quelles conditions se situe la personne condamnée ? Ou encore quels sont les risques de récidive ? Nous avons une nouveauté législative à travers la liberté sous surveillance, qui est une mesure restrictive de liberté qui peut durer jusqu'à dix ans. Tous les outils de gestion sociale et à disposition de l'Etat sont utilisés pour savoir si la dangerosité a disparu ou pas après avoir purgé la peine. Cette liberté surveillée intervient après la libération. Autre spécificité de l'Audience nationale : si un mineur commet une infraction, nous avons au sein du parquet la capacité de juger ce mineur de 14 à 17 ans. Il y a tout de même des spécificités fondamentales. La juridiction des mineurs vise à la rééducation et la réinsertion de ces mineurs pour qu'ils puissent se réinsérer dans la société. Le contrôle auprès des mineurs terroristes a pour objectif de les sortir du contexte terroriste, de leur donner des capacités pour se réadapter à la société afin qu'ils ne représentent plus de danger pour la société.*

En ce qui concerne le milieu carcéral, l'Audience nationale (ainsi que la politique espagnole en général) fait une différence entre le terrorisme national comme l'ETA et le terrorisme djihadiste. Pour l'ETA, on éloigne le terroriste de sa ville pour éviter le cloisonnement et un

regroupement idéologique. On met de côté les djihadistes pour qu'ils ne viennent pas contaminer les autres condamnés. Nous procédons également à la surveillance des Imams pour éviter la radicalisation des prisonniers en milieu carcéral ».

***Federico CAFIERO DE RAHO,* Procureur national, Italie :**

« *En Italie dans le milieu pénitentiaire, le traitement est différent car souvent c'est dans ce milieu que la radicalisation s'aggrave. Tout un dispositif au sein de la police pénitentiaire a été mis en œuvre avec une cellule dédiée au suivi de la détention des sujets qui présentent un risque de radicalisation. On constate que dans certains cas, le détenu soutenu par son idéologie avait créé des groupes de prières, des groupes qui préconisent les attentats de l'organisation EI et qui essayaient de porter la « bonne parole » aux autres détenus à tel point qu'ils ont parfois été jugés en milieu carcéral sous l'infraction d'association de malfaiteurs. On veille à l'exécution de la peine et il est prévu en milieu carcéral des programmes de rééducation et on suit de près les détenus de ce type. Un accord conclu offre la possibilité de recourir aux services de 122 associations islamiques qui en milieu carcéral aident la police dans son action en mettant à disposition des psychologues qui contribuent à la dé-radicalisation. En prison, nous mettons en place au titre de l'article 41bis le principe de l'isolement pour que le prévenu ne pas soit pas en contact avec d'autres. Notamment lorsqu'on constate qu'il y a des gens qui risquent d'entamer des communications avec l'extérieur. Enfin, il y a des mesures de sécurité, par exemple l'expulsion du ressortissant s'il n'est pas italien, ou le suivi après la sortie du milieu carcéral ».*

La gestion de la dangerosité à l'issue de l'exécution de la peine, quelles atteintes aux libertés fondamentales?

L'expérience française

par *François CORDIER*, Premier Avocat Général, Cour de Cassation, France

La rétention de sûreté : *(…) « Ce qu'il est essentiel de retenir, ici, c'est que la rétention de sûreté comme la surveillance de sûreté sont imposées à une personne qui a subi intégralement sa peine sur le fondement d'une dangerosité caractérisée par un risque élevé de récidive. Elles sont indéfiniment renouvelables. La multiplication de ces mesures de sûreté une fois la peine accomplie, remet en cause d'une certaine manière le sens et la finalité des peines d'emprisonnement. Elles ne suffiraient plus à remplir l'une des fonctions qui leur était assignée celle de favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du condamné. La rétention et la surveillance de sûreté ne constituent plus la répression d'un fait criminel mais viennent sanctionner un état de dangerosité. Il y a là un changement radical fondamental de paradigme. Comme a pu l'écrire Philippe Bonfils professeur de droit à l'université Aix-Marseille III, la loi de 2008 illustre le retour de la philosophie pénale positiviste. Ce mouvement initié par un médecin Lombroso, un magistrat Garofalo et un professeur de droit Ferri envisageait, vous le savez, la réponse pénale en fonction de la dangerosité d'un individu et non plus comme la conséquence d'une infraction. Les peines étaient remplacées par des mesures de sûreté, dépourvues de connotation morale».*

Les critiques : *« Dans un avis du 5 octobre 2015 rendu public, le contrôleur général des lieux de détention a estimé que le concept de dangerosité potentielle devait être considéré comme contraire aux principes fondamentaux du droit pénal français, en particulier ceux de la légalité des délits et des peines et de proportionnalité de la réponse pénale. La commission nationale consultative des Droits de l'Homme s'est inquiétée de l'introduction au sein de notre procédure pénale de ce concept de dangerosité, notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique. Elle rappelait que le système français se fondait sur un fait prouvé et non sur une prédiction aléatoire d'un comportement futur. Quant à Robert Badinter, ancien Ministre de la justice, ancien président du Conseil constitutionnel, il avait pu en sa qualité de sénateur s'élever contre ces mesures lors des débats parlementaires : -Je cite-*
"A la justice pénale fondée sur la preuve de la culpabilité, établie selon les règles du droit et en respectant la présomption d'innocence, fondement de toute justice pénale, au moins dans une démocratie, va succéder une justice de dangerosité, fondée sur des présomptions criminologiques établies par des experts, notamment des psychiatres et pouvant prononcer par décisions successives, une véritable détention illimitée en dehors de toute infraction constatée.
"A la Justice de liberté fondée sur la responsabilité prouvée de l'auteur d'une infraction va succéder une justice de sûreté fondée sur la dangerosité diagnostiquée de l'auteur potentiel d'un crime virtuel !" ».

« Mise en œuvre » *: « En 2015, 49 mesures de surveillance de sûreté avaient été prononcées depuis l'adoption de la loi et on comptabilisait 5 personnes qui avaient été placées en rétention de sûreté le plus souvent en urgence et pour des périodes relativement brèves.*
Il est indéniable que le suivi de personnes, leur encadrement au travers d'obligations, leur surveillance peuvent contribuer à stabiliser certains condamnés qui présentent des troubles de la personnalité.
Au même titre que d'autres mesures d'accompagnement post sententielles, la surveillance de sûreté peut permettre à un condamné n'ayant bénéficié d'aucune libération anticipée ou dont la surveillance judiciaire a été révoquée d'être accompagné lors de son retour à la liberté et au monde extérieur auquel il est souvent inadapté. Je pourrais témoigner devant vous d'un certain nombre de profils inquiétants croisés au cours d'audiences d'appel de la juridiction nationale de la rétention de sûreté. Il n'en demeure pas moins que ces mesures de sûreté soulèvent des questions ou posent des difficultés qui, pour certaines, leur sont propres et d'autres communes à l'ensemble des mesures de surveillance des condamnés (…) »

« Quelle fiabilité pour les méthodes d'évaluation de la dangerosité ? » *: « Deux voies sont prévues par la loi qui se cumulent:*
(1) L'évaluation par le centre national d'évaluation relevant de l'administration pénitentiaire. *« Elle a lieu pendant l'exécution de la peine, avant la libération mais aussi éventuellement avant le prononcé d'une mesure de surveillance judiciaire. Le détenu est placé en observation pendant une durée de six semaines afin de parvenir à une évaluation pluridisciplinaire de sa dangerosité par quatre pôles : (a) un pôle de surveillance qui apporte sa connaissance du dossier pénitentiaire, ce qui résulte de l'observation continue du détenu et des entretiens qui peuvent être menés.(b) un pôle d'insertion et de probation qui doit chercher à mettre en évidence les besoins d'intervention socio-éducatives ainsi que les facteurs de protection. Il procède à l'évaluation de sa situation sociale, familiale et matérielle. (c) Un pôle psychologique composé de psychologues cliniciens (d) Un pôle psychotechnique composés de psychologues du travail. L'ensemble de ces approches sont mises en commun par des réunions entre pôles à mi étape et en fin de parcours sous l'égide du directeur ».*

(2) L'évaluation par expertise médicale *: Réalisée le plus souvent par deux experts, l'un psychiatre, l'autre psychologue, cette expertise, outre la description de la personnalité de l'intéressé et de ses affections psychiatriques dont il peut souffrir, doit décrire ses troubles de la personnalité. Elle doit donc aussi dire s'il présente une particulière dangerosité ou une dangerosité persistante caractérisée par la probabilité très élevée de récidiver. L'expertise ainsi réalisée diffère fondamentalement de celle pré-sentencielle qui consiste à déterminer si la personne auteur des faits peut être considérée comme pénalement responsable ou bien si sa responsabilité est atténuée. Désigné avant le jugement, l'expert a pour mission d'informer la juridiction si la personne était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ou neuro- psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, ou encore si des troubles du même ordre avaient seulement altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes ».*

« L'expertise médicale deviendrait prédictive? » *: « Il n'est pas non plus certain que les analyses fournies aux juges soient toujours fondées sur des instruments et méthodologies fiables et incontestables. Le temps ne me permet pas ici d'évoquer "le jugement clinique non structuré", évaluation essentiellement fondée sur l'entretien entre l'expert et la personne sur son histoire, les faits, l'actualité du sujet et son état mental. Mais aussi les échelles actuarielles, les échelles de jugements cliniques structurées et, enfin, les outils permettant de lister les facteurs de protection et stratégies de prise en charge. Les experts psychiatres en France ont absolument souligné que l'usage de ces échelles devait être couplé avec l'examen clinique. Plusieurs études ont remis en cause la fiabilité de ces diverses méthodes. D'aucuns ont estimé qu'elles étaient le plus fiable lorsqu'elles concluaient à l'absence de risque de récidive. Daniel Zagury, l'un des experts psychiatres les plus reconnus en France a pu ainsi écrire : " Cette dangerosité est une notion prospective dont la certitude est exclue, si le psychiatre a sa place dans l'évaluation de la dangerosité, il n'en a pas l'exclusivité. Pronostiquer que le sujet est porteur de risques n'est pas aisé".*

(…) une des difficultés propres à la mesure est la limite extrêmement difficile à cerner parfois entre les troubles du comportement et les maladies psychiatriques. La juridiction nationale de la rétention de sûreté a ainsi jugé que dès lors qu'une personne avait été placée en hospitalisation sans consentement pour des soins psychiatriques, la personne ne relevait pas, plus de la rétention de sûreté. Or, on sait parfaitement que les longues détentions sont souvent cause de dégradation de la santé mentale ».

Conclusion : *« Les mesures de sûreté fondées sur une persistance particulière de la dangerosité pouvaient indéniablement, dans des cas limités présenter un intérêt certain. Toutefois, leur mise en œuvre pose des questions juridiques, philosophiques et pratiques. Si un droit effectif d'accès au juge pour faire réviser ces mesures de sûreté est effectivement garanti, il n'en demeure pas moins que celles-ci portent atteinte à la présomption d'innocence et à la liberté d'aller et venir.*
La surveillance et la rétention de sûreté n'ont pas été envisagées pour prévenir la récidive de condamnés pour des actes de terrorisme se revendiquant en particulier d'un islamisme radical. Il n'en demeure pas moins que pour adapter les mesures post-sentencielles, une connaissance fine des mécanismes pluriels ayant conduit à de tels passages à l'acte est nécessaire. De nouveaux instruments doivent être adaptés

afin de cerner l'évolution d'auteurs de tels crimes, leur réadaptation possible et les risques persistants. Ce qui me paraît essentiel au regard de la multiplication des procédures pour association de malfaiteurs à des fins terroristes, c'est avant tout que la peine soit mise à profit pour entreprendre d'une manière ou d'une autre un travail en profondeur d'éducation et de socialisation. Celle-ci ne doit pas être uniquement une mise à l'écart. Cela suppose de l'ambition, un projet et des moyens. ».

Conclusion

« La société du risque et l'acceptation par les sociétés du phénomène terroriste »

Antoine GARAPON, Secrétaire général de l'Institut des Hautes Études sur la Justice, France
Stephen HOLMES, Professeur de droit à l'Université de New-York, Etats-Unis

Le regard croisé de deux philosophes du droit, le premier européen et le second américain, nous offre la possibilité de dépasser, en guise de conclusion finale, la seule dimension judiciaire de la lutte contre le terrorisme. Ouvrant le débat à des réflexions théoriques mais aussi historiques, Antoine Garapon et Stephen Holmes montrent, dans quelle mesure la violence terroriste transforme nos démocraties dans leurs contrats politiques et leurs fonctionnements.

1- Les sociétés démocratiques à l'épreuve du défi terroriste

Antoine Garapon (IHEJ) : « *Le terrorisme existe presque partout : il n'y a pas de jour où l'on n'apprenne pas qu'un terrible attentat s'est produit à Kaboul, au Pakistan, à Bagdad, en Europe ou ailleurs. Pourtant, l'on aurait tort de le penser en termes trop généraux car il exerce un impact particulier dans les sociétés démocratiques. Non pas qu'il soit plus grave pour elles que pour les autres car une vie humaine a toujours le même prix tout autour de la terre, mais sa force déstabilisatrice y est plus grande. La cause de cette déstabilisation spécifique (qui fait grand cas d'un faible nombre de victimes comparé à celui des guerres « classiques ») est à chercher dans le contrat politique des modernes qui se trouve à l'origine symbolique de ces sociétés.*

Pour un philosophe aussi central que Hobbes que l'on considère comme le père de la modernité politique, c'est la peur de la mort violente qui caractérise l'état de nature et qui pousse les hommes à s'associer. La peur est le ressort central de leur association politique qui les conduit à passer un « contrat social » avec le souverain au terme duquel ils renoncent à leur droit naturel à vivre, au profit d'un souverain qui va les en protéger. La peur est un sentiment personnel qui construit du collectif, un droit naturel qui s'origine dans un sentiment. Le contrat d'association politique est le convertisseur politique d'un affect négatif en force positive. La peur n'est pas un affect noble qui fixe au gouvernement une mission universelle et édifiante ; non, elle est plutôt honteuse. C'est pour cela qu'on l'on n'a de cesse de la cacher parce qu'il est difficile de concevoir qu'un « édifice aussi complexe et raffiné que l'ordre politique moderne puisse reposer sur une base aussi simple, aussi vulgaire que la peur » (p. 50).

La tâche qui incombe au souverain est ainsi entièrement objective : l'important est le résultat de son action, non ses intentions. L'État de droit est un traité de paix entre ces deux rapports à la peur : celui qui a peur et l'autre qui fait peur… mais pour éviter tout dégât réel, concret sur les corps. Ce que fait le terrorisme. On comprend mieux les risques qu'il encourt s'il échoue à réaliser ce résultat objectif et que des personnes meurent de mort violente. (…) »

Peur et terreur

« Si la peur poussait à un calcul qui faisait préférer le choix rationnel de la protection par un souverain dans un échange de droits, la terreur (qui doit être distinguée de la peur) induit un regroupement archaïque autour du chef. Il ne s'agit plus d'un calcul rationnel mais d'un réflexe vital. On est passé de la peur de la mort violente à la pulsion archaïque de survie. Une telle perception influe sur les attentes de sécurité de nos contemporains.

Un tel contrat politique contient en lui les germes de la démesure qui va se révéler à propos du terrorisme. Cela a une conséquence majeure pour notre sujet : cela indique que ce qui est attendu du souverain n'est plus d'abord l'action droite du bon gouvernement, ni le salut collectif de la nation si elle est attaquée. Le terrorisme déterritorialisé attaque et invalide le consentement initial et personnel. Cela force ce contrat invalidé à se renier, à revenir à l'état de nature en se défendant lui-même, ou en demandant à l'État de se défendre en niant aux autres concitoyens les mêmes droits que les siens. Le terrorisme pousse aussi le souverain à ignorer le droit pour sauver sa justification première objectivement prise en défaut. Une telle représentation du contrat politique porte donc en germe les raisons de son dépassement en cas d'attaque terroriste : le souverain se voit enjoint d'entreprendre une action qui méprise la loi en raison des circonstances exceptionnelles, et les passions sont telles qu'il en oublie la loi. (…) Le terrorisme réactive une solitude morale et politique qui lui rappelle à chacun la précarité de sa condition naturelle, celle-là même qui l'a poussée à renoncer à certains de ses droits naturels pour être protégée. Ce sentiment est redoublé par l'impossibilité de comprendre ce qui justifie cette élection du destin. D'où une créance de reconnaissance à l'égard de l'État parce que c'est bien un défaut de protection et donc une rupture du contrat d'association politique qui est à l'origine de son sort funeste. Plus que lors d'une guerre où c'est d'emblée le corps collectif qui est attaqué. Pour elle, c'est dans son corps propre qu'elle éprouve cette douleur. (…) ». »

2- La réponse politique à « l'urgence » : une histoire américaine

Cherchant à montrer dans quelle mesure la réaction politique et sécuritaire américaine après le 11 septembre 2001 a volontairement écarté le pouvoir judiciaire, Stephen Holmes en tire plusieurs conclusions dont celles concernant la nécessité de mieux contrôler le concept d'urgence3.

[3] Pour une présentation exhaustive : Peter Holmes, « In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror », California Law Review, Vol. 97 April 2009 No. 2

Stephen Holmes (New York University) *« L'attaque meurtrière d'Oussama ben Laden sur l'Amérique était appréhendée moins comme un acte de guerre que comme une reconstitution mondialisée d'une forme de vengeance archaïque. Celle du châtiment collectif des Américains aléatoirement assemblés et cela au nom des crimes présumés de leur gouvernement. Le refus d'utiliser cette logique primitive d'Al Qaïda de la vengeance oeil pour-oeil aurait été une façon judicieuse de répondre.*

Un pouvoir exécutif contre le pouvoir judiciaire

Ainsi était-il vraiment nécessaire, juste après les attaques, de regrouper toutes les personnes musulmanes de manière arbitraire et sans aucun raisonnement autre que celui de la peur et d'une crainte de nouveaux attentats ? Une réponse publique et politique efficace aurait été de les libérer rapidement et de manière décente. De même, une décision de ne pas torturer Khalid Sheikh Mohammed et les autres responsables de 9/11 aurait aussi été une bonne stratégie. Tout comme le fait de ne pas traiter les détenus, même ceux considérés comme des hauts placés dans l'organisation d'Al Quaïda, en utilisant des tortures gratuites mais au contraire en les poursuivant dans le cadre de procès publics respectant les règles judiciaires pénales. (…) Pourtant, certains ont considéré que d'une manière évidente selon eux, des procès publics auraient risqué de diminuer le soutien politique du public américain pour les guerres étrangères.

Des juristes de l'administration tels que John Yoo et Julian Ku ont rapidement défendu une doctrine contreterroriste en invoquant la nécessité du militaire afin de justifier des écarts vis à vis des principes probatoires habituels des procès. John Yoo et Julian Ku ont, dans la même perspective, prétendu que les décisions sur la façon de traiter les combattants ennemis devraient reposer sur le pouvoir discrétionnaire du commandant en chef qu'est le Président. Ils justifient cette doctrine non seulement à cause de l'incompétence institutionnelle comparative des cours dans des affaires de sécurité nationale, mais aussi en raison du fait que la procédure régulière ne sert que les intérêts relatifs à la liberté de l'individu poursuivi. Les intérêts de sûreté apparaissant eux comme moins protégés par les poursuites judiciaires.

(…) Les règles de la procédure criminelle se sont développées et ont survécu au fil du temps comme des instruments dont l'objectif est à la fois de lutter contre la violence tout en limitant ses effets. Relativement isolé des pressions politiques, les tribunaux sont les gardiens institutionnels de règles éprouvées comme la présomption d'innocence, le contradictoire et le droit des témoins. Mais pour ceux qui préconisent la déférence juridique au profit de l'extralégal : "L'application de règles de justice pénale aux terroristes d'Al Qaïda [c'est-à-dire, des suspects terroristes] empêcherait gravement le meurtre ou la capture de cet ennemi…". Le rôle historique des tribunaux suggère, selon les promoteurs de cette doctrine extralégale, que les règles de justice pénale jouent un rôle important dans l'incapacité à lutter contre la menace terroriste. Ceux qui minimisent ces évolutions considérent souvent que les Américains "sont surinvestis dans le droit pénal comme une arme contre le terrorisme." L'histoire de politique de la sécurité nationale américaine entre 2001 et 2008 démontre fortement l'inverse, avec un véritable sous investissement dans le droit pénal.

L'urgence du politique face au droit

Loin d'être une réponse soigneusement calibrée à la menace terroriste, l'ordre du jour développé par le pouvoir excécutif étasunien a cherché avant tout à écarter l'autorité judiciaire, et cela sans mesurer les inconvénients d'une telle stratégie qui voit un exécuctif dominant sans encadrement et procédures de contrôle. "Le jeu" du contre-terrorisme ne peut avoir de succès s'il est guidé par des décisions ad hoc faites au mépris de toutes les règles et à l'extérieur de toutes les procédures institutionnalisées. Or le contre-terrorisme dirigé par des règles est faisable mais aussi désirable et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, les fonctionnaires ont de meilleurs résultats, même pendant des cas d'urgence, quand ils sont forcés de donner des raisons à leurs actions. Deuxièmement, la tentation d'une réaction viscérale et mimétique plutôt que stratégique face à la tuerie des civils innocents est un risque auquel il est souvent impossible de résister s'il manque des directives fortes et fixées à l'avance. Troisièmement, le spectre des menaces que les agences de sécurité nationales doivent contrôler et gérer est si large et si complexe que les décisions du contre-terrorisme se doivent de prendre en compte toute une série de dimensions si elles se veulent efficaces. Le choix d'un seul scénario comme celui de l'administration Bush amène inexorablement à de profondes erreurs.

Le risque réside souvent dans les choix et les solutions prises à la hâte sans que ne soient considérés les faits dans leurs diversités ou que de véritables experts bien informés mais aussi aux points de vue parfois différents soient consultés. La difficulté et la gravité des enjeux de sécurité, obscurcissent souvent la relation sécurité-liberté, notamment dans un environnement politique où la prise de décision se fait de manière discrétionnaire par un nombre restreint d'individus opérant à l'intérieur d'un bunker isolé de la critique extérieure et du dissentiment.

C'est pour ces raisons et bien d'autres encore, que les règles et les protocoles dans des cas d'urgence ordinaires sont essentiels. Ils doivent fournir un indice important et un point de référence pour les théoriciens du contre-terrorisme et des doctrines stratégiques. Les règles comme l'individualisation de la culpabilité et des procédures sont des éléments phares pouvant préserver les politiques antiterroristes des enjeux et réactions politiques partisanes. Ces règles et protocoles ne garantissent pas le succès, bien sûr, mais de telles procédures ne sont pas des obstacles mais des moyens de rendre notre approche plus pragmatique et plus flexible face aux esprits obscurs et au développement d'une menace toujours sérieusement meutrière. »

3- Redéfinir le contrat politique dans un contexte inédit

Antoine Garapon (IHEJ) : *« (…) Je voudrais insister sur la difficulté réelle et nouvelle que fait peser le terrorisme sur le pacte politique. Imaginons qu'un renseignement parvienne à la justice que tel individu est la courroie de transmission d'Al Qaïda en France mais que la condition de transmission de cette information est de ne pas révéler sa source. Ne pas en tenir compte est criminel car c'est exposer la vie d'innocents ; le mettre en prison sans preuves contradictoirement discutables l'est tout autant. Comment sortir de ce dilemme ?*

La cause de cette contradiction vient de ce terrorisme hybride et déterritorialisé. On ne peut pas le combattre comme un ennemi parce que ce sont des nationaux et on ne peut leur réserver les droits des concitoyens car ce sont des ennemis. Il n'y a de lutte possible contre le terrorisme que dans le cadre d'un État de droit et en respectant l'État de droit. Mais l'on ne peut s'arrêter à ce principe car l'État de droit doit lui-même non pas s'adapter mais s'adosser à la résolution d'un problème politique : celui posé par le terrorisme qui est la figure de notre propre question.

La solution de ce dilemme n'est pas judicaire et les juges n'y peuvent rien si ce n'est faire appliquer le droit (« ce n'est pas la règle qui nous garde mais nous qui gardons la règle » dit Bernanos). La solution consiste à renforcer l'amitié politique entre les concitoyens – tous les concitoyens – de façon à ce que les terroristes paraissent et deviennent véritablement des citoyens dévoyés, d'en faire des délinquants qui se sont mis en dehors de la loi et qui ne peuvent trouver aucun prétexte politique sérieux à leur attitude et à leur folie. La définition de cette amitié politique, de cette philia est à la fois constitutionnelle et sociologique. Constitutionnelle elle est dans la main des juristes et des politiques soumis à la ratification de tous ; sociologique elle est l'affaire de tous. Il revient à chaque citoyen là où il est, de créer des ponts, de stimuler cette amitié politique avec des nouveaux venus qui ne sont pas encore acceptés. ***En Conclusion : le juge est le « gardien des promesses » mais il ne peut réussir ce rôle qu'à la condition de mettre en œuvre un contrat politique adapté.*** *Je termine donc sur le dilemme du juge qui doit respecter les règles de l'État de droit mais qui le fera d'autant plus facilement que cet État a compris le message du terrorisme. Non pas un État qui réduit les libertés dans une perspective strictement instrumentale qui est un piège pour lui, car c'est une course sans fin : jamais l'État ne pourra garantir une sécurité maximale et totale à ses concitoyens, sauf à supprimer toute liberté, et encore. ».*