



Strasbourg, 5 juillet 2010

CDL-AD(2010)022

Etude n°500/2008

Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE DE LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

RAPPORT

**SUR LES MESURES DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME
ET LES DROITS DE L'HOMME**

**adopté par la Commission de Venise
lors de sa 83e session plénière
(Venise, 4 juin 2010)**

sur la base des observations de

**M. Iain CAMERON (membre, Suède)
M. Pieter van DIJK (membre, Pays-Bas)
Mme Kalliopi KOUFA (membre, Grèce)
M. Guido NEPPI MODONA (membre suppléant, Italie)**

TABLE DES MATIERES

I.	Introduction	3
II.	Objet du rapport.....	3
III.	Contexte	4
IV.	Dérogations au respect des droits de l'homme : conditions d'application.....	6
V.	Limitations aux droits de l'homme.....	7
VI.	Les mesures de lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme fondamentaux menacés	8
A.	Les infractions de nature terroriste et le principe de légalité	9
B.	Les pouvoirs de surveillance.....	10
C.	L'obligation de communiquer des informations.....	12
D.	Arrestation, interrogatoire et durée de la détention	13
E.	Le traitement des détenus	15
F.	Tribunaux militaires et juridictions spéciales	16
G.	Modification des procédures judiciaires classiques.....	17
H.	Les sanctions applicables à des personnes ou à des groupes précis (« listes noires »).....	19
I.	Asile, retour (« refoulement »), expulsion et extradition	20
VII.	Conclusion.....	21

I. Introduction

1. Dans sa Résolution 1634 (2008), « Proposition d'une loi autorisant la détention « pré-inculpation » de 42 jours au Royaume-Uni », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) avait demandé le concours de la Commission de Venise pour la réalisation d'une étude approfondie sur « *la lutte contre le terrorisme dans le respect des droits de l'homme et du principe de la prééminence du droit* » (§ 7). Mme Koufa et MM. Van Dijk, Cameron et Neppi Modona avaient été désignés en qualité de rapporteurs.

2. Les 18 et 19 septembre 2009, la Commission de Venise avait organisé à Florence, en coopération avec l'APCE et l'Institut universitaire européen, une table ronde sur le thème de « *la lutte contre le terrorisme : défis pour le pouvoir judiciaire* ».

3. Le présent rapport est établi sur la base des observations formulées par les rapporteurs et leurs rapports à l'occasion de la table ronde de Florence (CDL(2009)141, CDL(2009)142, CDL(2009)143) ; il a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 83e session plénière (Venise, 4 juin 2010).

II. Objet du rapport

4. Il importe de préciser d'emblée l'objet du présent rapport. La demande de l'APCE avait été adressée en 2008, alors qu'un projet de loi relative à la lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni faisait naître un certain nombre d'inquiétudes. L'APCE avait alors estimé que ce projet de loi britannique devait être examiné dans le cadre d'une étude comparative plus générale de la législation relative à la lutte contre le terrorisme des États membres du Conseil de l'Europe, en vue d'évaluer notamment la compatibilité de cette législation avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le projet de loi en question avait par la suite été retiré du Parlement britannique après son rejet par la Chambre des Lords à une majorité de 191 voix.

5. La Commission de Venise juge indispensable que toute personne prenant part à l'élaboration ou à la surveillance de la législation nationale en matière de lutte contre le terrorisme, ait une compréhension et une connaissance profondes des principales questions que pose cette législation et de ses éventuelles conséquences négatives sur le respect des droits de l'homme. Cette maîtrise du sujet est également essentielle pour permettre aux autorités nationales compétentes de comprendre et d'anticiper les répercussions les plus graves que pourraient avoir les mesures de lutte contre le terrorisme sur la jouissance des droits de l'homme pour toute personne.

6. Néanmoins, l'analyse comparative de la compatibilité des mesures nationales de lutte contre le terrorisme adoptées par les États membres du Conseil de l'Europe avec les droits de l'homme fondamentaux s'avère un exercice extrêmement complexe. La détention et la traduction en jugement des personnes soupçonnées de terrorisme peuvent certes intervenir dans le cadre de pouvoirs exceptionnels conférés par des dispositions légales spéciales déjà en vigueur ou adoptées à cette fin, mais elles peuvent également avoir lieu en vertu de compétences ordinaires. Cela vaut également pour la recherche et la surveillance des suspects. Le champ des mesures de lutte contre le terrorisme s'en trouve considérablement élargi. En outre, pour être complète, l'analyse comparative devrait également aborder la question de la mise en œuvre de la législation pertinente, dans la mesure où la sévérité des dispositions générales ou spéciales peut être atténuée simplement en ne les appliquant pas ou en les appliquant d'une manière plus avantageuse pour l'accusé. À cet égard, la culture juridique des principaux acteurs, comme les services de police, les services de sécurité pertinents, les services d'immigration ou le parquet, ainsi que les rapports qu'ils entretiennent, revêtent tout autant d'importance.

7. La Commission de Venise n'a pas l'ambition de procéder à une analyse comparative aussi pointue. Le présent rapport ne traite en conséquence pas des mesures spécifiques de lutte contre le terrorisme prises par les différents pays ni de la manière dont les cours nationales ont répondu à ces mesures. Le rapport passe en revue les questions qui se sont posées à l'échelon national de la manière la plus récurrente, ainsi que l'éventail de leurs éventuelles incompatibilités avec la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'appuie, pour ce faire, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui démontre combien les droits de l'homme fondamentaux et la lutte contre le terrorisme peuvent se compléter sans pour autant compromettre leurs buts respectifs.

8. La Commission a déjà traité un certain nombre de ces questions dans ses rapports sur les entreprises militaires et de sécurité privées et sur l'érosion du monopole étatique du recours à la force¹, sur le contrôle démocratique des forces armées² et sur le contrôle démocratique des services de sécurité³, ainsi que dans ses avis sur la vidéosurveillance dans les sphères publiques et privées par des opérateurs privés et dans la sphère privée par les autorités publiques et la protection des droits de l'homme⁴; sur la vidéosurveillance dans les lieux publics par les autorités publiques et la protection des droits de l'homme⁵; sur les obligations juridiques internationales des États membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers⁶; et dans son avis sur la Recommandation 1713(2005) de l'APCE relative au contrôle démocratique du secteur de la sécurité dans les États membres⁷. Ces rapports et avis antérieurs compléteront utilement la lecture du présent rapport.

III. Contexte

9. La réaction des gouvernements face aux attentats terroristes du 11 septembre présentait, entre autres, une caractéristique notable : alors qu'ils prônaient sur le plan national et sur la scène internationale le respect de l'État de droit et la défense des droits de l'homme, en appelant à la modération pour éviter toute atteinte disproportionnée aux droits de l'homme⁸, ils

¹ CDL-AD(2009)038, [Rapport sur les entreprises militaires et de sécurité privées et sur l'érosion du monopole étatique du recours à la force, adopté par la Commission de Venise lors de sa 79e session plénière \(Venise, 12 - 13 juin 2009\)](#).

² CDL-AD(2008)004, [Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées, adopté par la Commission de Venise lors de sa 74e session plénière \(Venise, 14-15 mars 2008\)](#).

³ CDL-AD(2007)016, [Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité, adopté par la Commission de Venise lors de sa 71e session plénière \(Venise, 1-2 juin 2007\)](#).

⁴ CDL-AD(2007)027, [Avis sur la vidéosurveillance dans les sphères publiques et privées par des opérateurs privés et dans la sphère privée par les autorités publiques et la protection des droits de l'homme, adopté par la Commission de Venise lors de sa 71e session plénière \(Venise, 1-2 juin 2007\)](#).

⁵ CDL-AD(2007)014, [Avis sur la vidéosurveillance dans les lieux publics par les autorités publiques et la protection des droits de l'homme, adopté par la Commission de Venise lors de sa 70e session plénière \(Venise, 16-17 mars 2007\)](#).

⁶ CDL-AD(2006)009, [Avis sur les obligations juridiques internationales des États membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers, adopté par la Commission de Venise lors de sa 66e session plénière \(17-18 mars 2006\)](#).

⁷ CDL-AD(2005)033, [Avis sur la Recommandation 1713\(2005\) de l'APCE relative au contrôle démocratique du secteur de la sécurité dans les États membres, adopté par la Commission de Venise lors de sa 64e session plénière \(Venise, 21-22 octobre 2005\)](#).

⁸ Voir par exemple les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de sa 840^e réunion du 11 juillet 2002 : « Les mesures prises par les États pour lutter contre le terrorisme doivent respecter les droits de l'homme et le principe de la prééminence du droit, en excluant tout arbitraire ainsi que tout traitement discriminatoire ou raciste, et faire l'objet d'un contrôle approprié » (Ligne directrice II) ; la Résolution 1624(2005) du Conseil de sécurité des Nations Unies du 14 septembre 2005 « souligne que les États doivent veiller à ce que toutes les mesures qu'ils prennent pour appliquer les paragraphes 1, 2 et 3 de la présente résolution [c'est-à-dire les mesures de sécurité et de lutte contre le terrorisme] soient conformes à toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier celles prévues par le droit international des droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit humanitaire » (§ 4) ; le Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme de la Commission interaméricaine des droits de l'homme du 22 octobre 2002, qui recommande aux États de respecter leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme lors de l'adoption et de l'application des mesures de lutte contre le terrorisme, y compris le droit au contrôle juridictionnel de ces mesures.

ont adopté plusieurs mesures concrètes qui ne traduisaient pas, chez les autorités compétentes, une quête satisfaisante du juste équilibre entre sécurité et protection des droits de l'homme⁹.

10. Le sentiment d'indignation, général et profond, suscité par ce drame humain et ses conséquences a conduit les citoyens à attendre des autorités qu'elles prennent des mesures préventives efficaces pour l'avenir et a déterminé le pouvoir à agir en ce sens. La prévention des actes terroristes incombe avant tout aux services de police et aux forces de sécurité, qui ont tout naturellement tendance à souhaiter disposer de pouvoirs élargis pour ne pas risquer de se voir taxer d'incompétence dans la gestion de cette crise. Désireux d'être perçus comme des adversaires résolus et efficaces du terrorisme, certains gouvernements ont adopté de nouvelles dispositions et procédures de droit interne ou modifié l'interprétation et l'application des procédures en vigueur, qui nuisaient selon eux à l'efficacité de la prévention et de la lutte contre le terrorisme. De nouvelles normes internationales ont également été mises en place, obligeant ainsi les États à modifier le droit pénal et la procédure pénale. Bon nombre de ces modifications ont eu pour effet de fragiliser l'État de droit et les droits de l'homme. Ce souci unilatéral de sécurité a donné lieu à un certain nombre de mesures particulièrement intrusives, qui menacent gravement les droits de l'homme : enlèvement extraterritorial, délai considérable de mise en accusation des personnes arrêtées, aveux obtenus par des moyens qui s'apparentent à la torture ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant des détenus, procès tenus devant des instances qui ne répondent pas aux exigences d'un tribunal constitué dans les règles ou durant lesquels les garanties classiques de la procédure subissent des restrictions, voire ne sont pas respectées. Il ne s'agit là que de quelques exemples des nombreuses mesures susceptibles de porter atteinte aux droits classiques de l'accusé, comme le droit à la liberté et à la sécurité ou le droit à un procès équitable et à l'absence de tout traitement inhumain.

11. La Commission de Venise a déjà eu l'occasion de déclarer que la sécurité de l'État et de ses institutions démocratiques, ainsi que la sûreté de sa population, constituaient des intérêts publics et privés essentiels qui méritent d'être protégés, si nécessaire au prix fort¹⁰. Les États sont même obligés d'assurer cette protection. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la protection du droit à la vie « peut aussi, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui »¹¹. Certains affirment même que le droit à la sécurité et à une protection effective constitue un droit fondamental indépendant (« la liberté de vivre sans crainte »)¹².

12. L'État n'a pas seulement le devoir d'assurer la sécurité publique et de garantir la sûreté individuelle et collective de ses habitants; il a également l'obligation de défendre les autres droits et libertés de ses habitants. La véritable sécurité suppose que toute personne puisse exercer ses droits de l'homme fondamentaux sans courir le risque de subir des violences; maintenir la sécurité du pays est supposé être dans l'intérêt de la protection des droits de l'homme et devrait donc respecter pleinement ces droits. La sécurité publique et les droits fondamentaux ne sont dès lors pas des valeurs concurrentes : chacune est la condition préalable de l'existence de l'autre. Au final, le meilleur moyen d'assurer la sécurité est encore de renforcer, et non d'amoindrir, l'État de droit, les principes démocratiques et la protection des droits de l'homme¹³.

Voir également la Charte de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe sur la prévention et la lutte contre le terrorisme du 7 décembre 2002.

⁹ Voir également, à l'échelon international, la Résolution 1390(2002) du Conseil de sécurité des Nations Unies du 16 janvier 2002 à propos de la liste noire ou des personnes et organisations soupçonnées d'activités terroristes et, à l'échelon national, parmi de nombreux exemples, la loi de 2006 relative au terrorisme et le projet de loi de 2007 sur la détention « pré-inculpation » de 42 jours du Royaume-Uni.

¹⁰ Voir CDL-AD(2006)015, Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence, paragraphe 5.

¹¹ Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt du 28 octobre 1998, Osman c. Royaume-Uni, paragraphe 115, et Cour européenne des Droits de l'Homme, LCB c. Royaume-Uni, arrêt du 9 juin 1998, paragraphe 36.

¹² Voir CDL-AD(2006)015, cit., § 5.

¹³ Voir le paragraphe 8 du préambule de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, STCE n°196 : « Rappelant le besoin de renforcer la lutte contre le terrorisme et réaffirmant que toutes les mesures

13. La Convention européenne des droits de l'homme et les autres traités relatifs aux droits de l'homme prévoient dans une large mesure des dispositifs destinés à assurer la compatibilité de la lutte contre le terrorisme et du respect des droits de l'homme.

IV. Dérogations au respect des droits de l'homme : conditions d'application

14. L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue le fondement juridique qui autorise les États à déroger à la plupart de leurs obligations nées de cette même convention « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* ». L'article 15 précise toutefois que certains droits ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation¹⁴. Il s'agit des droits absolus : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et le principe de la légalité des délits et des peines (« *nullum crimen, nulla poena sine lege* »). Il est d'autant plus important de le souligner que, comme le montre la pratique des États, ces droits peuvent être gravement menacés lors de la proclamation de l'état d'urgence.

15. La Commission de Venise a évoqué l'examen du critère du « *danger public menaçant la vie de la nation* », défini par la jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme¹⁵ et de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence¹⁶.

“10. [...] Dans cette affaire, la Commission a défini les caractéristiques que doit présenter une situation pour pouvoir être qualifiée d'état d'urgence :

- (1) le danger doit être réel ou imminent ;*
- (2) ses effets doivent toucher l'ensemble de la nation ;*
- (3) la vie organisée de la communauté doit être menacée ;*
- (4) la crise ou le danger doivent être exceptionnels, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions normales qu'autorise la Convention aux fins de la protection de la sûreté, de la santé et de l'ordre publics doivent être tout à fait insuffisantes. En 1961, la CEDH avait déjà souligné que la situation devait constituer une « menace pour la vie organisée de la communauté ».*

11. Lorsqu'une situation d'urgence se produit et qu'un Etat contractant souhaite user de son pouvoir de dérogation, cet Etat doit impérativement formellement notifier cette dérogation au titre de l'article 15, en précisant les droits et le territoire auxquels elle s'applique.[13] De plus, dans ces cas de dérogation, le troisième paragraphe de l'article 15 impose à l'Etat concerné de tenir le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées, ainsi que de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur ».

16. L'article 4 §1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques présente un libellé très similaire à celui de l'article 15 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette disposition est particulièrement pertinente pour les États qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe¹⁷.

prises pour prévenir ou réprimer les infractions terroristes doivent respecter l'Etat de droit et les valeurs démocratiques, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, ainsi que les autres dispositions du droit international, y compris le droit international humanitaire lorsqu'il est applicable ». Voir également CDL-AD(2007)016, Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité : « La protection de la sécurité intérieure doit englober celle des valeurs fondamentales de l'État, ce qui, pour un pays démocratique et libéral, signifie inter alia la démocratie et les droits de l'homme. Dans la pratique toutefois, ces valeurs de liberté et de sécurité peuvent aisément être perçues comme contradictoires » paragraphe 56.

¹⁴ Voir par exemple de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, § 62.

¹⁵ Voir, dans l'affaire grecque 12 YB 1, l'avis de la Commission, § 53.

¹⁶ CDL-AD(2006)015, §§ 9-14.

¹⁷ *Ibidem*, § 11.

17. La durée et l'étendue de ces dérogations ne valent que « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». Leur caractère exceptionnel impose également que les situations qui ont conduit à leur adoption soient « réévaluées de façon régulière dans le but de lever ces dérogations dès que ces circonstances n'existent plus »¹⁸.

18. Chaque fois que la législation relative à la lutte contre le terrorisme déroge à un ou plusieurs droits de l'homme, l'État en question a par conséquent l'obligation de veiller à ce que les mesures concernées soient conformes à l'ensemble des conditions d'application des dérogations fixées par les conventions internationales en matière de droits de l'homme, et notamment à ce qu'elles soient exceptionnelles, provisoires, rigoureusement nécessaires et proportionnées à la menace imminente qui pèse sur la nation. Cette nécessité et cette proportionnalité doivent faire l'objet d'un contrôle national et international¹⁹, et il convient de réexaminer régulièrement l'opportunité de maintenir la législation concernée.

V. Limitations aux droits de l'homme

19. Lorsque la prise de mesures dérogatoires ne se justifie pas pour des raisons de sécurité de l'État, ce dernier peut néanmoins, pour lutter contre le terrorisme, limiter la jouissance de certains droits fondamentaux. Ces limitations peuvent se justifier par l'intérêt national et la sûreté publique, ainsi que par la protection des droits et des libertés d'autrui²⁰. L'analyse du droit interne des États membres offre un certain nombre d'exemples de dispositions légales et constitutionnelles qui autorisent les restrictions imposées, notamment, à la liberté individuelle, à la libre circulation des personnes, au droit à un procès équitable et au principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi.

20. Ces restrictions peuvent être imposées aux droits et libertés non seulement des auteurs d'actes terroristes ou des personnes soupçonnées d'avoir commis de tels actes, mais également de la population au sens large, y compris des victimes avérées ou éventuelles d'actes terroristes.

21. Un élément est tout particulièrement pris en compte pour l'appréciation des intérêts contradictoires en présence, c'est-à-dire, d'une part, l'importance des droits de l'homme qui font l'objet de restrictions et, d'autre part, la nécessité de leur limitation : sans l'imposition de certaines restrictions temporaires aux droits de l'homme, les menaces qui pèsent sur ces derniers ne pourront être écartées efficacement et restreindront, effectivement ou probablement, davantage encore ces droits et libertés. La limitation temporaire de certains droits de l'homme peut ainsi devenir une priorité dictée par les circonstances et une question de conciliation des droits concernés plutôt qu'une source de conflit entre les droits²¹. Il importe, dans le même temps, que de telles mesures ne conduisent pas à une limitation *arbitraire* des droits de l'homme, ni qu'elles portent atteinte à l'essence même de ces droits et libertés. Leur appréciation doit en outre avoir lieu dans le cadre ou sur le fondement d'un processus démocratique et faire l'objet d'un contrôle indépendant. Comme l'a fait remarquer l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans une récente résolution, « *le terrorisme peut et doit être combattu par des voies qui respectent pleinement les droits de l'homme et le principe de la prééminence du droit, excluant toute forme d'arbitraire. L'injustice nourrit le terrorisme et sape la légitimité de la lutte contre ce dernier* »²².

¹⁸ Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*, ligne directrice XV.3.

¹⁹ Voir Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les pouvoirs d'exception*, Collection Science et technique de la démocratie, n°12 (1995), p. 4 ; *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*, Collection Science et technique de la démocratie, n°17 (1996), p. 143.

²⁰ Voir par exemple, à propos de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 8§2, 9§2, 10§2 et 11§2. Voir également l'article 17. Voir CDL-AD(2006)015, *cit.*, §6.

²¹ Voir Françoise Tulkens, « Les conflits entre droits fondamentaux, regards croisés sur les articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », in Commission de Venise, *Tackling blasphemy, insult and hatred in a democratic society*, Conseil de l'Europe (2008), p. 273, paragraphes 283-284.

²² Résolution 1634 (2008) « Proposition d'une loi autorisant la détention « pré-inculpation » de 42 jours au Royaume-Uni », 2 octobre 2008.

22. À cet égard, la Commission de Venise rappelle que la limitation des droits et libertés des auteurs d'actes terroristes ou des personnes soupçonnées d'avoir participé à leur commission doit se justifier selon les exigences habituellement applicables en la matière. Cela signifie en premier lieu que la liberté ou le droit concerné ne peut présenter de caractère absolu qui proscrit toute limitation, comme l'interdiction de la torture. Deuxièmement, le motif invoqué pour cette limitation doit figurer dans la liste exhaustive énoncée par les dispositions relatives aux droits de l'homme concernées. Troisièmement, cette limitation doit être « prévue par la loi », ce qui impose sa réglementation par une disposition légale suffisamment transparente et accessible. Comme les droits et libertés fondamentaux sont, en principe, garantis à l'échelon national par la Constitution ou par un instrument légal de rang constitutionnel, la faculté d'imposer à certains d'entre eux des restrictions et les conditions dans lesquelles ces restrictions peuvent intervenir doivent, elles aussi, avoir un fondement constitutionnel²³. Enfin, la limitation doit être « nécessaire dans une société démocratique » : cette dernière exigence s'apparente, selon la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'existence d'un « besoin social pressant » ; elle suppose, notamment, que la mesure prise soit effective et que l'étendue et les effets de la limitation qui en découlent soient proportionnels à l'importance des intérêts à protéger²⁴.

23. En d'autres termes, les intérêts de la sécurité nationale et de la sûreté publique, ainsi que la protection des droits et libertés d'autrui, peuvent justifier la limitation de la jouissance, par l'auteur (supposé) d'actes terroristes, de certains de ses droits de l'homme, sous réserve de la réunion de conditions très strictes. Comme l'indiquent les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, « lorsqu'une mesure restreint les droits de l'homme, les restrictions doivent être définies de façon aussi précise que possible et être nécessaires et proportionnées au but poursuivi » (Ligne directrice III.2).

24. A cet égard, la commission souhaite souligner que les principes généraux de légalité, de nécessité et de proportionnalité s'appliquent à la fois à la législation et à sa mise en œuvre concrète.

25. Les conditions susmentionnées conduisent la Commission de Venise à penser que l'adoption de dispositions légales qui limitent les droits de l'homme et, a fortiori, qui dérogent à ceux-ci devrait avoir lieu dans le cadre parlementaire ou, en cas d'urgence, faire l'objet d'un contrôle parlementaire ultérieur, tandis que la légalité, la nécessité et la proportionnalité des mesures et des actes destinés à l'application de ces limitations ou dérogations devraient être soumises à un contrôle indépendant.

26. Il convient par ailleurs de favoriser l'existence et l'efficacité de ces garanties nationales par la mise en place d'une surveillance internationale diligente et effective. Il importe que la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales ne soit pas étendue au point de rendre en pratique la surveillance nationale et internationale vide de tout sens.

VI. Les mesures de lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme fondamentaux menacés

27. Comme nous l'avons démontré plus haut, les droits de l'homme ne font pas obstacle aux mesures nécessaires à la protection de la sécurité de l'État et de ses institutions et de la sûreté de sa population. Ils forment plutôt le cadre juridique adéquat de l'application concrète de ces dispositions.

²³ Voir Commission de Venise, *Les pouvoirs d'exception*, op. cit., pp. 18-19. Voir également la recommandation a., *ibidem*, p. 22.

²⁴ Voir P. van Dijk, F. van Hoof a.o., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e édition, Anvers/Oxford, Intersentia (2006), pp. 333-350.

28. Il importe de déterminer, aux fins du présent rapport, dans quelle mesure les normes pertinentes en matière de droits de l'homme qui s'appliquent aux diverses questions de la législation relative à la lutte contre le terrorisme autorisent un certain nombre de dérogations ou de limitations pour faire face aux difficultés particulières de la répression des infractions de nature terroriste et de la lutte contre le terrorisme.

A. Les infractions de nature terroriste et le principe de légalité

29. Le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) énoncé par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme représente un élément essentiel de l'État de droit en matière pénale. Il ne peut y être dérogé²⁵. Selon les termes de la Cour européenne des droits de l'homme, « *ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires* »²⁶.

30. La législation anti-terroriste de plusieurs pays interdit une série d'actes sans donner de définition générale du terrorisme. Les infractions sont bien souvent définies de manière vague ou très générale et évoquent un « lien avec le terrorisme » ou une « appartenance à une organisation terroriste ». Le droit interne d'autres pays donne une définition parfois si étendue du terrorisme qu'elle englobe un large éventail d'actes dont la gravité est très variable : certains crimes ou délits qui, par nature, ne relèvent pas de la catégorie des actes terroristes risquent par conséquent d'y être intégrés, tandis qu'un crime ou un délit commis dans un contexte politique peut être considéré comme un acte terroriste²⁷.

31. Ces dernières années, certains États ont également établi des listes officielles de groupes réputés terroristes. Le fait d'appartenir à un groupe dit terroriste ou de collaborer avec lui constitue *ipso facto* une infraction. L'inscription de personnes ou de groupes soupçonnés d'activités terroristes sur une liste noire pose clairement problème pour leur sécurité juridique et l'exercice de plusieurs de leurs droits de l'homme (voir plus loin les paragraphes 71-74). Comme ce système incrimine les activités de soutien à un mouvement politique violent (terroriste) donné, il risque fort d'englober les mouvements non violents qui ont le même objectif politique que le groupe cible, mais qui ne préconisent pas le recours à la violence (terroriste) pour l'atteindre. Une telle situation peut porter atteinte à la liberté d'association et à la liberté d'expression des intéressés.

32. En outre, le fait d'étendre la responsabilité pénale à la simple manifestation d'une adhésion à une idéologie terroriste est contraire au principe selon lequel seuls les actes sont passibles d'une peine, et non les déclarations de pensée, d'intention ou de sympathie, pour autant qu'elles ne s'apparentent pas à un discours d'incitation à la violence ou à la haine (voir § 33)²⁸. L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme associe le principe de légalité à la commission ou à l'omission d'un acte ; l'infraction doit par conséquent être constituée par un élément matériel. Les droits de l'accusé, notamment le droit de se défendre, serait réduit à néant si un suspect pouvait être accusé pour la simple expression d'une idéologie terroriste ou la manifestation d'un soutien en faveur du terrorisme ou d'actes criminels de nature terroriste : aucune défense n'est possible contre un chef d'accusation qui ne se fonde pas sur des faits ou des actes.

33. Les « nouvelles » infractions qui incriminent un discours supposé encourager directement ou indirectement le terrorisme sont elles aussi extrêmement préoccupantes pour le respect des droits de l'homme²⁹. Les restrictions autrefois confinées à l'interdiction des formes d'incitation

²⁵ Voir l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Kafkaris c. Chypre*, arrêt du 12 février 2008, § 137.

²⁷ Fédération Internationale des Liges des Droits de l'Homme, *Rapport d'analyse*, « L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité », n°429/2, octobre 2005, p.22.

²⁸ Voir Commission de Venise, *Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society*, Council of Europe, *Science and Technique of Democracy* No. 47, 2010, pp. 22-31.

²⁹ Une étude réalisée par le Conseil de l'Europe en 2004 a constaté que le Code pénal de chaque État membre comportait des dispositions relatives à l'incitation et que bon nombre de ces codes comportaient par ailleurs des dispositions spécialement consacrées à l'incitation au terrorisme.

s'étendent désormais à des domaines plus vastes et moins précis, tels que « l'apologie », « l'éloge », « la glorification ou l'encouragement indirect », voire « la justification publique » du terrorisme. Ces « nouvelles » infractions incriminent bien souvent la diffusion, la publication et la possession de documents considérés comme tombant sous le coup des dispositions applicables à l'incitation. Ces dispositions ont généralement tendance à assouplir le lien de cause à effet d'ordinaire exigé par la législation entre le discours original (ou les autres formes d'expression) et le risque qu'un acte répréhensible soit commis³⁰. De telles infractions sont particulièrement inquiétantes lorsqu'elles sont applicables aux médias. La Convention européenne des droits de l'homme assure une solide protection de la liberté d'expression (article 10), tout en permettant aux États de garantir la sécurité nationale. D'après la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'incitation ne peut être interdite au titre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que dans des situations limitées, qui dépendent fortement du contexte³¹. Comme le recommandent les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur la protection de la liberté d'expression et d'information en temps de crise, « *les États membres ne devraient pas employer des termes vagues lorsqu'ils imposent des restrictions à la liberté d'expression et d'information en temps de crise. L'incitation à la violence ou à troubler l'ordre public devrait être définie de façon claire et précise* »³².

34. À cet égard, la Commission de Venise rappelle que les infractions antiterroristes devraient être conformes aux trois principes fondamentaux du droit pénal, qui sont la condition préalable à la protection des droits de l'accusé : 1) toute nouvelle infraction doit être mise en place par une loi ordinaire, examinée et adoptée par le Parlement selon la procédure législative classique, et non par de simples actes pris par l'exécutif, sans contrôle parlementaire ; 2) toute nouvelle infraction doit porter sur des faits avérés, qu'il doit être possible d'établir matériellement et objectivement ; 3) toute nouvelle infraction doit être en rapport avec des faits commis après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Il appartient à la justice et aux juges constitutionnels nationaux et internationaux d'apprécier si la réponse législative à la menace terroriste respecte le principe de légalité et, le cas échéant, de déclarer inacceptable ou inapplicable le texte de loi qui prévoit ces nouvelles infractions, en fonction des caractéristiques propres à l'ordre juridique concerné.

35. Les infractions collectives peuvent être un moyen efficace et utile de lutter contre le terrorisme dans les pays où elles sont admises par la tradition juridique et culturelle : ce type d'infraction respecte le principe de l'engagement d'une responsabilité pénale pour les seuls actes commis, dans la mesure où il présuppose l'existence d'une véritable structure organisationnelle et de moyens destinés à atteindre les buts fixés par cette organisation, ainsi que l'attribution de rôles et de tâches définis aux membres de l'association concernée. Le fait de réserver un traitement de faveur aux accusés qui acceptent de collaborer avec la justice en révélant les noms de leurs complices, ainsi que le programme et les objectifs de l'organisation criminelle, peut faciliter l'obtention de la preuve de l'infraction collective. Ce traitement différencié, qui favorise les terroristes qui collaborent, mais conduit à infliger à ceux qui refusent des peines d'emprisonnement plus lourdes, a donné d'excellents résultats dans plusieurs pays (aux États-Unis, en Italie et en Allemagne, par exemple), sans porter atteinte aux garanties fondamentales du droit pénal.

B. Les pouvoirs de surveillance

36. La plupart, voire la quasi-totalité des États membres autorisent le recours à une surveillance électronique pour enquêter sur de graves infractions. Bien souvent, les interceptions de communications effectuées à des fins de sécurité nationale, dans le cadre d'enquêtes liées au terrorisme par exemple, sont soumises à des obligations moins strictes

³⁰ Voir *International Commission of Jurists (ICJ), Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human rights, ICJ, 2009, p. 128-129.*

³¹ Voir, par exemple, *Cour européenne des droits de l'homme, Leroy c. France, arrêt du 6 avril 2009, §§ 44-45 ; Karatas c. Turquie, arrêt du 8 juillet 1999, § 51.*

³² *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection de la liberté d'expression et d'information en temps de crise, adoptées par le Comité des Ministres le 26 septembre 2007 lors de la 1005^e réunion des Délégués des Ministres, ligne directrice V, § 19.*

ou à des contrôles plus limités. Les progrès de la technologie permettent d'obtenir une quantité accrue d'informations sur les activités d'une personne ; l'utilisation d'Internet peut révéler de nombreuses précisions sur la vie et les activités professionnelles et privées d'un usager. Les téléphones portables fournissent un compte rendu détaillé de la présence en divers lieux de son utilisateur. Les données relatives à l'ensemble des usagers font l'objet d'une conservation croissante à des fins de sécurité commerciale et nationale. Les gouvernements demandent de plus en plus fréquemment aux fournisseurs des services des télécommunications de collecter et de conserver automatiquement les informations qui portent sur les activités de l'ensemble des usagers. La Commission de Venise a déjà traité en détail de la nécessité de renforcer le contrôle exercé sur les technologies de surveillance, en préconisant l'adoption de modèles en la matière³³.

37. Les diverses mesures de surveillance peuvent avoir de profondes répercussions sur plusieurs droits de l'homme fondamentaux, comme le droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme). Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « *caractéristique de l'État policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques* »³⁴. La législation nationale qui autorise l'interception des communications doit être « particulièrement précise » au sujet des conditions dans lesquelles intervient cette atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁵. Son libellé doit par ailleurs être suffisamment clair pour indiquer de manière satisfaisante aux citoyens dans quelles situations et dans quelles conditions les pouvoirs publics sont habilités à recourir à ce type de mesure³⁶. Elle doit par ailleurs être assortie de « garanties adéquates et suffisantes contre les abus »³⁷. Dans sa jurisprudence sur les mesures prises pour surveiller secrètement les citoyens, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé les garanties minimales qui devraient être prévues par les dispositions légales pour éviter tout abus de pouvoir : la nature des infractions susceptibles de faire l'objet d'une ordonnance de mise sur écoute ; la définition des catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute ; la durée maximale de mise sur écoute ; la procédure d'examen, d'utilisation et de conservation des données obtenues ; les précautions à prendre lors de la communication de ces données à des tiers ; les situations qui permettent ou imposent d'effacer ces enregistrements ou de détruire les bandes sur lesquels ils figurent³⁸. Les États « *ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée* »³⁹. Dans l'affaire *Lordachi et autres c. Moldova*⁴⁰, la Cour a souligné que « les écoutes téléphoniques constituent une très grave ingérence dans l'exercice par une personne de ses droits ; elles ne peuvent être autorisées que pour des *motifs extrêmement sérieux*, lorsque l'intéressé peut être *raisonnablement soupçonné* de prendre part à de *graves activités criminelles* » (le libellé original n'est pas en italique). Ce point de vue général est à l'évidence applicable à toute technologie de surveillance présentant un degré d'ingérence similaire, comme la mise sur écoute.

³³ Voir CDL-AD(2007)016, *Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité*.

³⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Klass et autres c. Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, § 42.

³⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, § 58.

³⁶ *Ibidem*, § 93.

³⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Klass et autres c. Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978 § 50.

³⁸ Voir, notamment, *Kruslin c. France*, arrêt du 24 avril 1994, § 35 ; *Huvig c. France*, arrêt du 24 avril 1990, § 34 ; *Prado Bugallo c. Espagne*, arrêt du 18 mai 2005, § 30 ; *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 1er juillet 2008, § 95.

³⁹ *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 49.

⁴⁰ N°25198/02, 10 février 2009.

38. À l'échelon national, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, saisie d'un recours déposé par 30 000 citoyens, a récemment infirmé la loi relative à la conservation des données, qui transposait la directive européenne sur la conservation des données⁴¹, en déclarant qu'elle représentait une « grave intrusion » dans la vie privée. La Cour a conclu que le texte était contraire au droit fondamental de la protection du secret des télécommunications, dans la mesure où elle n'était pas conforme au principe de proportionnalité, de transparence et de protection de la loi⁴².

39. L'utilisation, dans une procédure judiciaire, de preuves obtenues par un recours à des activités de renseignement peut porter grandement atteinte au droit à un procès équitable (voir plus loin les paragraphes 66-70).

C. L'obligation de communiquer des informations

40. De nombreuses dispositions légales de lutte contre le terrorisme imposent également aux individus une obligation d'information en amont ; elles confèrent aux fonctionnaires de vastes pouvoirs, qui leur permettent d'exiger de toute personne qu'elle leur fournisse des informations, tout en offrant de maigres garanties procédurales par rapport à celles que prévoit le droit pénal en matière de perquisitions et de saisie. Dans la récente affaire *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné combien il importait que la législation pertinente soit suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire formulée de manière assez précise pour que chaque personne puisse régler son comportement sur ses dispositions, le cas échéant en s'entourant de conseils adéquats⁴³. Selon les propres termes de la Cour, « lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limite ». En conséquence, « elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante »⁴⁴.

41. Ce type de pouvoir(s) peut également avoir de lourdes conséquences sur la liberté d'expression (article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme), surtout lorsqu'il est utilisé à l'égard des journalistes pour identifier une source journalistique. Dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que la protection des sources journalistiques était une condition essentielle de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources d'information d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général, ce qui risquerait de compromettre le rôle capital de sentinelle du public joué par la presse et de diminuer sa capacité à fournir des informations exactes et fiables. En ce sens, le fait d'ordonner la divulgation d'une source « ne saurait être compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, à moins qu'il ne se justifie par une exigence supérieure, dans l'intérêt général »⁴⁵.

42. La Commission souscrit aux recommandations du Rapporteur spécial des Nations Unies, qui préconise de prendre des mesures de perquisition et de surveillance aussi peu intrusives que possible et d'assortir ces nouveaux pouvoirs des garanties et des limites adéquates, de contrôles et d'autorisations effectifs, ainsi que de comptes rendus et de

⁴¹ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *Journal officiel*, L 105(2006), pp.54-63. La directive impose à l'ensemble des États membres de l'Union européenne d'adopter des dispositions relatives à la conservation des données et d'autoriser la collecte et la conservation d'informations pendant une période maximale de deux ans.

⁴² Voir BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010, Absatz-Nr. (1 - 345), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html.

⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, arrêt du 12 janvier 2010, § 76.

⁴⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Rotaru c. Roumanie*, arrêt du 4 mai 2000, § 55 ; *Hasan et Chaush c. Bulgarie*, arrêt du 6 octobre 2000, § 4 ; *Guillan et Quinton c. Royaume-Uni*, op. cit., § 77.

⁴⁵ *Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mars 1996, § 39 ; *Voskuil c. Pays-Bas*, arrêt du 22 février 2008, § 65.

révision réguliers⁴⁶. La Commission avait examiné dans un avis antérieur la pertinence du contrôle effectif des services de sécurité. Elle jugeait indispensable que le recours aux services de renseignement et de sécurité soit soumise à un contrôle adéquat du Parlement, de l'exécutif et des tribunaux, afin d'éviter la création d'un État dans l'État. Elle affirmait également que les mesures de collecte et d'interprétation des informations pertinentes ne devaient pas conduire à une utilisation abusive ou injustifiée de la puissance publique en général, et des informations recueillies en particulier⁴⁷.

43. Il est difficile de contrôler les services de renseignement et leurs constatations, dans la mesure où l'intégralité des informations et de leurs sources ne peut être révélée et, surtout, parce que ce contrôle est d'ordinaire effectué par des personnes qui ne sont pas suffisamment au fait du contexte politique et tactique. Il est par conséquent primordial qu'une instance indépendante composée d'experts en la matière assure, soit un contrôle préventif effectif, soit une surveillance efficace *a posteriori*. En outre, l'existence d'une voie de recours effective s'impose⁴⁸.

D. Arrestation, interrogatoire et durée de la détention

44. Les mesures de lutte contre le terrorisme tendent à multiplier les arrestations arbitraires et les détentions provisoires, à allonger la période durant laquelle les détenus sont tenus au secret et à exclure l'intervention du pouvoir judiciaire. Ce faisant, les autorités manifestent un apparent manque de confiance dans la capacité de leur législation et de leurs tribunaux à juger et à condamner les terroristes. De telles mesures sont préoccupantes pour un certain nombre de droits de l'homme, notamment l'interdiction des peines ou traitements inhumains (article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme), la présomption d'innocence (article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme), le droit à la liberté (article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme) et le droit à un procès équitable (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).

45. L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme permet d'imposer, de manière bien définie, certaines restrictions en raison des inquiétudes particulières que fait naître la nature même du terrorisme. Il autorise l'arrestation et la détention, mais uniquement dans un certain nombre de cas énumérés de manière exhaustive⁴⁹ et « selon les voies légales ». Ces « voies légales » ont une portée autonome : elles font tout d'abord référence à l'ensemble du droit positif et du droit de la procédure internes, mais toute privation de liberté doit également être conforme aux normes européennes reconnues, et notamment aux (autres) dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle doivent en particulier être compatibles avec l'objet de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire protéger l'intéressé contre toute forme d'arbitraire⁵⁰. Une personne détenue a par ailleurs le droit de saisir un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale (en vertu de la garantie accordée par l'*habeas corpus*) (article 5§4 ECHR).

46. La garantie effective de ces exigences suppose également que les autorités aient l'obligation positive de protéger les citoyens de tout risque de disparition et de mener une enquête rapide et effective lorsqu'une plainte fondée fait état de l'arrestation d'une personne qui n'a plus été revue depuis⁵¹.

47. Les restrictions générales imposées en matière de liberté de circulation à l'ensemble de la population, comme la proclamation d'un couvre-feu suite à un acte terroriste ou à une tentative d'acte terroriste, ne tombent pas sous le coup de l'article 5. Cela vaut également pour les

⁴⁶ Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Martin Scheinin, A/HRC/13/37, 28 décembre 2009, §§ 59-71.

⁴⁷ Voir CDL-AD(2007)016, Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité.

⁴⁸ Voir CDL-AD(2007)016, Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité §149-250.

⁴⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 194.

⁵⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 44.

⁵¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1988, § 124.

restrictions imposées en matière de liberté de circulation qui ne s'apparentent pas à une privation de liberté ; elles relèvent de l'article 2 du Protocole n°4 à Convention européenne des droits de l'homme.

48. Les cas de privation de liberté qui ne correspondent à aucun des motifs énumérés par l'article 5, comme les détentions pour des raisons de sécurité commandées par l'urgence ou qui visent à obtenir des renseignements importants, sans intention de traduire l'intéressé devant une juridiction répressive, peuvent uniquement se justifier si l'État en question a officiellement dérogé à l'article 5 au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme.

49. Les interrogatoires destinés à déterminer l'éventuelle participation de l'intéressé à un acte terroriste ou à sa préparation et qui conduisent à le détenir pendant un temps considérable sur les lieux de son interrogatoire sans aucun soupçon concret ont été considérés par l'ancienne Commission des droits de l'homme comme une privation de liberté qui se justifie, au titre de l'article 5.1(b) de la Convention européenne des droits de l'homme, en vue de « garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi »⁵². Cette justification s'appliquerait très probablement en cas d'arrestation pour non-respect d'un cordon de police disposé autour d'une zone lors d'une opération antiterroriste.

50. En cas de soupçon de participation à un acte terroriste ou à sa préparation, l'arrestation et la détention tomberaient sous le coup de l'article 5, §1(3), libellé comme suit : *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] (c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* »⁵³. La Cour européenne des droits de l'homme semble moins exigeante à l'égard du « caractère raisonnable » du soupçon face à des actes criminels terroristes, dans la mesure où il est indispensable d'agir rapidement pour parer aux violences terroristes et pour préserver le secret des sources de renseignements. La Cour a toutefois souligné que « les exigences de la répression du terrorisme ne sauraient justifier que la notion de « caractère raisonnable » aille jusqu'à s'appliquer aux atteintes portées à l'essence même de la garantie consacrée par l'article 5 § 1 (c) »⁵⁴.

51. La Cour autorise par ailleurs une certaine souplesse dans l'interprétation du contrôle juridictionnel rapide, prévu à l'article 5 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme, car elle reconnaît que la difficulté du contrôle juridictionnel de l'arrestation de terroristes peut justifier l'extension de la période de détention légale pour mener une enquête au sujet d'actes criminels terroristes ; mais cette souplesse est, là encore, rigoureusement encadrée. Dans l'arrêt *Brogan et autres c. Royaume-Uni*⁵⁵, la Cour a estimé qu'un délai de quatre jours et six heures portait atteinte au droit à un contrôle juridictionnel « rapide ». Elle a souligné, dans l'arrêt *Demir et autres c. Turquie*, que l'État pouvait difficilement exiger que l'instruction soit close avant de traduire un suspect devant un juge : l'article 5 (3) est précisément destiné à s'appliquer lorsque l'instruction ou l'enquête est en cours⁵⁶. De fait, dans les affaires terroristes, la présentation du suspect à un juge se justifie de façon *plus* rapide encore. Cette exigence s'explique parfaitement : il s'agit de limiter le risque de torture ou de mauvais traitements. L'autorisation d'un délai trop important entre l'arrestation et la traduction devant un juge pourrait permettre aux lésions occasionnées par des mauvais traitements de se résorber⁵⁷. Les longues périodes de détention vont de pair avec le désir de refuser au prévenu un accès à un avocat, afin de faciliter son interrogatoire.

⁵² Requête 8022/77, 8025/77 et 8027/77, *McVeigh, O'Neil et Evans c. Royaume-Uni*, rapport de la Commission, 18 mars 1981, (1982) 25 DR 15.

⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 novembre 1988, § 51.

⁵⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Fax, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 août 1999, § 32.

⁵⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Brogan c. Royaume-Uni* (1989), *op. cit.*, § 62.

⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Demir et autres c. Turquie*, arrêt du 23 septembre 1998, § 52.

⁵⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Aksoy c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, §§ 80 - 83.

52. Le recours massif et inconsidéré à la détention préventive représente une grave violation des droits de la défense : l'accusé, même représenté par un avocat de son choix ou commis d'office, se trouve dans une situation d'isolement et n'est pas autorisé à s'entretenir librement avec lui ; il est ainsi longtemps, des mois parfois, privé d'une assistance juridique et de la possibilité d'organiser efficacement sa propre défense.

53. La Commission de Venise estime que l'accès à un avocat dès l'ouverture de la procédure non seulement renforcerait les droits de la défense, mais encore faciliterait sa collaboration avec la justice dans le respect de l'exercice de ses droits fondamentaux ; une telle collaboration est capitale pour réprimer et prévenir le terrorisme.

E. Le traitement des détenus

54. L'intéressé doit être traité, durant toute la période au cours de laquelle il relève de la compétence de l'État partie à la Convention européenne des droits de l'homme, dans le respect de la dignité inhérente à tout être humain⁵⁸. Il bénéficie également de la protection de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Cela vaut également lorsque l'arrestation et la détention interviennent à la demande d'un État tiers ou lorsque des ressortissants étrangers y procèdent⁵⁹. Si l'État fournit le lieu de détention et les locaux pour accueillir le ministère public international et les juridictions internationales en application d'un accord qui prévoit spécifiquement de les accueillir, le traitement auquel le détenu peut prétendre dépend du régime juridique international concerné. Toutefois, l'interdiction de la torture est systématiquement applicable en sa qualité de principe du *jus cogens*. L'État ne peut en aucun cas favoriser la détention au secret d'une personne ni son interrogatoire en un lieu tenu secret⁶⁰.

55. La distinction essentielle entre la « torture », les « traitements inhumains » et les « traitements dégradants » repose sur le degré de souffrance endurée. Comme la Convention européenne des droits de l'homme « est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles », il faudra peut-être à l'avenir classer les actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants » dans la catégorie des actes de « torture ». Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « *l'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total peut détruire la personnalité et constitue une forme de traitement inhumain qui ne saurait se justifier par les exigences de la sécurité ou toute autre raison* »⁶¹.

56. Les normes européennes en matière de peines ou de traitements ont été étoffées par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, selon l'interprétation retenue par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Là encore, ces normes ne prévoient pas uniquement une série d'interdictions, mais comportent également une obligation positive faite aux autorités nationales. Lorsque celles-ci ont de bonnes raisons de croire que des actes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants ont été commis, elles ont le devoir de mener une enquête effective pour déterminer si, et dans quelles circonstances, ces mauvais traitements ont été infligés.

57. Les établissements pénitentiaires de sécurité maximale, dans lesquels sont généralement détenus les terroristes, appliquent des régimes spéciaux rigoureux, dans la mesure où ils ont été créés à l'origine pour prévenir toute évasion, toute communication et tout contact entre l'accusé et l'organisation terroriste extérieure. L'isolement prolongé, l'espace disponible limité et la surveillance audiovisuelle permanente ont toutefois transformé ce type de détention en un traitement inhumain et dégradant, contraire à l'article 3 de la Convention européenne, imposé

⁵⁸ *Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, op. cit., ligne directrice XI § 1.*

⁵⁹ *Cour européenne des droits de l'homme, Ilascu et autres c. Moldova et Russie, arrêt du 8 juillet 2004, § 318.*

⁶⁰ *Voir CDL-AD(2006)009, Avis sur les obligations juridiques internationales des États membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les lieux de détention secrets et le transport interétatique des prisonniers, §§ 123-130.*

⁶¹ *Cour européenne des droits de l'homme, Ocalan c. Turquie, arrêt du 12 mai 2005, §§ 231-232.*

en pleine connaissance de cause et sans que des raisons de sécurité ne le commandent pour briser la résistance de l'accusé et le pousser à avouer sa part de responsabilité ou celle d'autrui.

58. Les détentions qui relèvent de l'article 5 §1(f) dans le cadre d'une « procédure d'expulsion ou d'extradition [...] en cours » peuvent durer fort longtemps si le pays d'accueil de l'intéressé estime que ce dernier représente une menace terroriste ; mais l'expulsion ou l'extradition semble difficile s'il existe un risque véritable de violation des articles 2 et 3 ou de grave violation des articles 6 et 8 par l'État vers lequel il serait expulsé ou extradé⁶² (voir plus loin le paragraphe 77). Toutefois, en vertu de l'article 5 § 4, l'intéressé « a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». Comme l'arrestation et la détention, mais également l'expulsion ou l'extradition visées doivent être légales, l'expulsion ou l'extradition déguisée faite à la demande d'un autre État, dans le cadre de la politique antiterroriste de ce dernier, mais en violation du droit de l'État auquel la demande est adressée, est contraire à l'article 5⁶³.

F. Tribunaux militaires et juridictions spéciales

59. Lorsque la sécurité de l'État est menacée, l'indépendance de son système judiciaire peut être mise à rude épreuve. La menace terroriste pousse bien souvent les États à nommer des juges extraordinaires ou spéciaux chargés de statuer sur les affaires de sécurité, à instituer des juridictions spéciales compétentes en matière de sécurité ou à saisir les tribunaux militaires pour traduire en justice les auteurs allégués d'actes de terrorisme. De telles procédures peuvent être contraires au principe d'indépendance et d'impartialité exigé par le droit à un procès équitable (article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme).

60. Ces obligations d'indépendance et d'impartialité sont étroitement liées : sans indépendance vis-à-vis de l'exécutif, un tribunal ne peut se montrer impartial à l'égard des parties dès lors que l'État représente l'une d'elles. Dans l'arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que l'exigence d'indépendance s'accompagnait de garanties relatives « au mode de désignation et à la durée du mandat des membres, à l'existence de garanties contre des pressions extérieures et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance »⁶⁴. L'obligation d'impartialité suppose que les membres du tribunal n'aient aucun intérêt personnel en jeu dans l'affaire dont ils sont saisis. Ils ne peuvent être liés d'aucune manière avec l'une des personnes ou des institutions concernées par l'affaire, ni entretenir de contacts personnels autre qu'accessoires avec elle, et ne peuvent avoir fait preuve de partialité ou de préjugé à l'égard de l'une des questions à trancher ; ils doivent au contraire rendre leur décision en se fondant sur des arguments objectifs. Par ailleurs, ils ne peuvent avoir pris auparavant part à cette affaire d'une manière qui fasse douter de leur impartialité⁶⁵. Il s'agit là d'éléments subjectifs et objectifs ; la perception qu'en a l'accusé ou les citoyens impartiaux est extrêmement importante, même si elle n'est pas systématiquement décisive⁶⁶.

61. L'exigence d'un tribunal « établi par la loi » n'interdit pas la création par décret administratif de juridictions spéciales, pour autant que cette création ne soit pas de circonstance, mais bien prévue par la loi⁶⁷. Les tribunaux militaires sont autorisés, sous réserve que leurs membres satisfassent également aux exigences subjectives et objectives d'indépendance et d'impartialité, ce qui suppose avant tout l'existence de garanties d'indépendance des juges vis-

⁶² *Cour européenne des droits de l'homme, Chahal c. Royaume-Uni, arrêt du 15 novembre 1996 : une période de détention de six ans n'a pas été jugée excessive.*

⁶³ *Cour européenne des droits de l'homme, Bozano c. France, arrêt du 18 décembre 1986, §§ 58-60.*

⁶⁴ *Cour européenne des droits de l'homme, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, arrêt du 28 juin 1984, § 78. Voir également Conseil de l'Europe, Recommandation R (94) 12 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges.*

⁶⁵ *Cour européenne des droits de l'homme, Piersack c. Belgique, arrêt du 1er octobre 1982, §§ 30-31; Cour européenne des droits de l'homme, Kleyn et autres c. Pays-Bas, arrêt du 6 mai 2003, § 191.*

⁶⁶ *Cour européenne des droits de l'homme, Kleyn et autres c. Pays-Bas, op. cit., § 194.*

⁶⁷ *Cour européenne des droits de l'homme, X. et Y. c. Irlande, décision du 10 octobre 1980 relative à la Cour pénale spéciale.*

à-vis de leur hiérarchie⁶⁸. Une cour martiale ne saurait néanmoins juger un civil, car ce dernier pourrait raisonnablement douter de son indépendance⁶⁹.

62. La Commission de Venise a examiné la question des juges spécialisés dans les affaires de sécurité dans son Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité ; elle a formulé diverses recommandations et présenté un certain nombre de bons usages en la matière⁷⁰. Son récent rapport sur l'indépendance du système judiciaire soulève la question du droit « au juge naturel » et recommande de choisir un juge en fonction de critères objectifs et transparents, établis au préalable par la loi ou par une réglementation spéciale adoptée en application de la loi, comme le règlement d'un tribunal⁷¹.

G. Modification des procédures judiciaires classiques

63. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme autorise également certaines limitations au vu des circonstances particulières de l'espèce. Dans certains cas, les menaces terroristes ont conduit à prévoir un certain nombre d'exceptions spéciales à la procédure judiciaire habituellement applicable aux affaires de sécurité. Des limites peuvent ainsi être fixées au caractère public du procès, à l'audition contradictoire des témoins et à la recherche de preuves au cours de l'instruction, au nom du secret d'État et de la sécurité nationale.

64. Certaines modifications de la procédure judiciaire classique sont envisageables sans qu'il y ait atteinte au droit à un procès équitable (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme). Les États doivent avoir recours à des moyens qui « *permettent de concilier, d'une part, le souci légitime de la sécurité nationale et, de l'autre, la nécessité d'accorder en suffisance au justiciable le bénéfice des règles de procédure* »⁷². L'article 6 permet ainsi d'interdire tout ou partie du procès au public et à la presse dans l'intérêt, notamment, de la sécurité nationale. Il est par conséquent également possible d'imposer, dans des situations précises et sous certaines conditions, des restrictions moins importantes à la publicité des audiences, comme la préservation de l'anonymat des témoins, l'interdiction de l'audience à certaines personnes ou le traitement confidentiel d'informations ou de faits pertinents⁷³.

65. L'équité du procès peut être gravement compromise par « le non-respect initial des dispositions » de la procédure, dans la mesure où les éléments de preuve obtenus durant cette phase déterminent le cadre dans lequel sera examinée, lors du procès, l'infraction dont est accusé l'intéressé. Le fait de préserver la légalité de l'instruction est par conséquent une condition préalable de l'équité de l'examen de l'affaire par le juge au moment du procès. Lorsqu'une certaine limite est outrepassée (par exemple si les éléments de preuve ont été obtenus de l'accusé par la contrainte ou par la ruse), il importe de veiller à ce que le fruit de tels procédés (c'est-à-dire les éléments de preuve obtenus de manière illicite) ne puisse avoir une incidence dans le procès. De plus, pour que l'accusé ait connaissance des faits qui lui sont reprochés, il convient de lui présenter un nombre suffisant d'éléments de preuve.

66. Il importe tout autant que les renseignements recueillis par les services spéciaux au cours de l'enquête puissent être présentés à un juge répressif sous forme d'éléments de preuve recevables.

⁶⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Findlay c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1997, §§ 75-80.

⁶⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998.

⁷⁰ §195-217.

⁷¹ Voir CDL-AD(2010)004, *Rapport sur l'indépendance du système judiciaire. Partie I : l'indépendance des juges*, §§73-82.

⁷² Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Nashif c. Bulgarie*, arrêt du 20 septembre 2002, para. 97.

⁷³ Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 1984, §§ 87-88.

L'utilisation des renseignements recueillis par les services spéciaux comme éléments de preuve au cours de la procédure

67. L'exigence de « l'égalité des armes », composante essentielle du caractère équitable d'un procès, impose que tous les éléments de preuve matériels en faveur ou en défaveur de l'accusé soient communiqués à la défense⁷⁴. Ce principe peut être mis à rude épreuve, et de diverses manières, dans les procès qui portent sur la sécurité nationale, car les services de sécurité ont tendance à ne pas révéler à l'accusé leurs informations, leurs sources et leurs méthodes de travail. La Cour européenne des droits de l'homme a admis, en cas d'infraction liée au trafic de drogue, que le recours à des méthodes d'enquête spéciales, à des agents opérant sous couverture ou à des informateurs pouvait se justifier⁷⁵. Cela ne signifie toutefois pas à ses yeux que les informations et les éléments de preuve obtenus par ces moyens puissent être utilisés librement au cours du procès qui suit. Tout dépend, notamment, de la capacité du ministère public à démontrer, en se fondant sur des éléments objectifs, la nécessité absolue de cette entrave aux droits de la défense, de l'importance des inconvénients qui en découlent pour la défense et de la présence éventuelle d'éléments de preuve publics qui confortent ces éléments de preuve confidentiels⁷⁶. Les juridictions nationales et la défense doivent prêter une grande attention à ces éléments, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme.

68. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus de manière illicite au regard du droit interne ou⁷⁷ de la Convention européenne des droits de l'homme est néanmoins autorisée par certains ordres juridiques. La Cour européenne des droits de l'homme estime, en principe, qu'il appartient aux juridictions nationales de se prononcer sur la recevabilité d'une preuve ; elle tient compte de cet aspect dans son appréciation de l'équité du procès dans son ensemble⁷⁸. À cet égard, le fait que le verdict repose exclusivement ou principalement sur un élément de preuve ainsi obtenu présente une importance⁷⁹.

69. Le problème posé par la divulgation ou le refus de divulguer les éléments obtenus par les services de renseignement et par une surveillance policière préventive dans le cadre d'une procédure judiciaire ne se limite pas à la question de l'équité du procès en matière pénale ; il vaut également pour d'autres procédures, notamment la procédure d'expulsion. La Cour européenne des droits de l'homme a exigé la mise en place de mécanismes qui garantissent le caractère équitable de la procédure quasi-judiciaire de ces affaires⁸⁰.

70. L'étendue de la modification de la procédure est ainsi limitée : la procédure doit préserver l'essence même des droits protégés. En définitive, le respect de la procédure contradictoire et de l'égalité des armes s'impose. Toute situation qui ne serait pas conforme au moins à ces éléments ne s'apparenterait pas à un contrôle « juridictionnel » effectif par un « tribunal ».

71. La procédure judiciaire présente un autre aspect important dans les affaires de terrorisme : la question de la sécurité des juges et des jurés. Afin d'assurer la sécurité des juges et des jurés, et de permettre ainsi au procès d'aller plus sûrement jusqu'à son terme, la loi peut prévoir (comme ce fut le cas en Italie dans les années 70 et 80) la présence de juges et de jurés supplémentaires dès le début du procès, qui remplaceront les éventuelles victimes d'un attentat terroriste ou de graves menaces.

⁷⁴ *Cour européenne des droits de l'homme, Edwards c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1992, § 36.*

⁷⁵ *Cour européenne des droits de l'homme, Teixeira de Castro c. Portugal, arrêt du 9 juin 1998, §§ 32 et 36.*

⁷⁶ *Ibidem ; Cour européenne des droits de l'homme, Van Mechelen c. Pays-Bas, arrêt du 23 avril 1997, §§ 58-60.*

⁷⁷ *La Cour européenne des droits de l'homme peut montrer une certaine réticence à jouer ce rôle subsidiaire : Cour européenne des droits de l'homme, Brickmont c. Belgique, arrêt du 7 juillet 1989, §§ 78-91.*

⁷⁸ *Cour européenne des droits de l'homme, Schenk c. Suisse, arrêt du 12 juillet 1988, §§ 46-49.*

⁷⁹ *Voir, notamment, Cour européenne des droits de l'homme, Doorson c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1996, Van Mechelen c. Pays-Bas, arrêt du 23 avril 1997, Krasniki c. République tchèque, arrêt du 28 février 2006.*

⁸⁰ *Voir, notamment, Cour européenne des droits de l'homme, Chahal c. Royaume-Uni, op. cit. ; Al-Nashif et autres c. Bulgarie, op. cit.*

72. Pour ce qui est de l'enquête préliminaire, la constitution d'une équipe de procureurs et de juges d'instruction spécialisés permet d'échapper aux conséquences d'éventuels attentats terroristes ou de graves menaces. Dès lors que les membres de cette équipe partagent la même connaissance des éléments essentiels de l'enquête menée au sujet d'une infraction terroriste, le fait que l'un d'eux succombe à un attentat ne compromettra pas l'enquête en cours.

H. Les sanctions applicables à des personnes ou à des groupes précis (« listes noires »)

73. Les sanctions applicables à des personnes ou des groupes précis (les « listes noires »), imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies et le Conseil de l'Union européenne, représentent une autre mesure de lutte contre le terrorisme susceptible d'avoir de lourdes répercussions sur les droits de l'homme fondamentaux⁸¹.

74. Selon ces instruments, les États sont tenus de mettre en œuvre de manière effective trois mesures de sanctions : (a) geler les fonds et autres actifs financiers ou ressources économiques de ces individus, groupes, entreprises et entités ; (b) empêcher l'entrée ou le transit sur leur territoire de ces individus ; (c) empêcher la fourniture, la vente ou le transfert direct ou indirect à ces personnes, groupes et entreprises des armes et de tout type de matériel accessoire, comme les munitions, les véhicules militaires et autres. Les sanctions prises sous forme de restriction des déplacements et de gel des avoirs ont un impact direct sur les droits de l'homme dans le droit positif et sur le plan de la procédure. Les répercussions les plus graves sur les droits de l'homme concernent sans doute le droit à un procès équitable.

75. Malgré la diversité des droits procéduraux en matière civile et pénale⁸², certaines garanties d'un procès « équitable » doivent être systématiquement respectées quel que soit le type de procédure. Le régime des listes noires offre cependant une protection extrêmement limitée aux droits fondamentaux de la procédure. Le risque que des personnes ou des organisations soient inscrites sur ces listes suite à une erreur d'identité demeure et la notification « obligatoire » de cette inscription n'en précise pas automatiquement le motif d'inscription. Bien que les personnes et les entités inscrites au titre du régime de sanctions de l'UE puissent théoriquement déposer un recours contre leur inscription, il leur est difficile d'obtenir gain de cause puisqu'elle repose sur des éléments secrets. Il est par ailleurs extrêmement complexe de contester la légalité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et des décisions de l'Union européenne sur lesquelles se fonde l'adoption de ces mesures. Enfin, les parties inscrites au titre d'un régime de sanctions ciblé ne disposent pas de voies de recours adéquates pour contester une inscription illicite⁸³.

76. Les questions relatives aux droits de l'homme et à l'obligation de rendre compte, que soulèvent les sanctions prévues par l'Union européenne et la transposition européenne des sanctions du Conseil de sécurité des Nations Unies, sont très diverses et deviennent complexes lorsque les ordres juridiques entrent en conflit avec elles⁸⁴. L'efficacité des listes

⁸¹ Voir Cameron, *UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the ECHR*, 72 *Nordic Journal of International Law* 1-56 (2003) ; Cameron, *The European Convention on Human Rights, Due Process and UN Security Council Counter-terrorism Sanctions*, Rapport remis au Conseil de l'Europe, 6 février 2006 ; Résolution 1597 (2008) de l'APCE sur les listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies et de l'Union européenne ; Rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Rapporteur M. Dick Marty, du 16 novembre 2007 (Doc. 11454).

⁸² La caractérisation des sanctions sous forme de chefs d'accusations au pénal, d'obligations civiles ou de mesures diverses est importante, dans la mesure où elle détermine le type de preuve requis pour procéder à cette inscription. Si les sanctions sont considérées comme des chefs d'accusation, les éléments de preuve doivent satisfaire au critère de « l'absence de tout doute raisonnable » ; en revanche, s'il s'agit d'obligations civiles, la charge de la preuve est moins contraignante pour cette inscription. De plus, cette caractérisation a des conséquences directes sur l'exigence d'un mécanisme de contrôle (voir la Résolution 1597 (2008) de l'APCE).

⁸³ Rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Rapporteur M. Dick Marty, du 16 novembre 2007 (Doc. 11454).

⁸⁴ Pour un examen plus approfondi de ces questions au sein des Nations Unies, voir Cameron, *EU Anti-terrorist Blacklisting 3*, *Human Rights Law Review*, 225-256 (2003) et Cameron, *Respecting Human Rights and Fundamental Freedoms and EU/US Sanctions : State of Play*, European Parliament, Policy Department, External Policies, octobre 2008, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=en&file=23608>.

noires contre les personnes soupçonnées de financer le terrorisme est des plus douteuses et n'a fait l'objet d'aucune analyse empirique. L'examen de cette question au sein de l'Union européenne et des Nations Unies s'est jusqu'à présent limité à l'amélioration des procédures d'inscription sur ces listes et des voies de recours dont disposent les personnes qui y figurent. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a estimé à juste titre que la transposition en droit de l'Union européenne des sanctions prévues par le Conseil de sécurité des Nations Unies était incompatible avec les droits de l'homme fondamentaux⁸⁵. Le Conseil de sécurité a récemment tenté d'améliorer ces voies de recours, en instituant un médiateur⁸⁶. Aucun observateur indépendant ne saurait cependant juger ce mécanisme équivalent à un accès à une juridiction indépendante et compétente⁸⁷. Les voies de recours à l'encontre des sanctions de l'Union européenne ont été mises en place après leur condamnation par la CJCE et le Tribunal de première instance. La création d'un véritable recours effectif contre les sanctions de l'Union européenne continue à rencontrer d'énormes difficultés, dues avant tout à l'existence de ces listes noires. Si ces dernières devaient être maintenues, la Commission de Venise partage l'avis du rapporteur de l'APCE, Dick Marty, qui préconise leur utilisation pendant une période limitée et à la seule condition, d'une part, qu'elles fassent l'objet d'une procédure précise et, d'autre part, que les droits de l'homme pertinents soient garantis sur le plan de la procédure et en droit positif⁸⁸.

I. Asile, retour (« refoulement »), expulsion et extradition

77. De nombreux États ont, par souci de sécurité et pour lutter contre le terrorisme, adopté une politique plus stricte en matière d'asile et d'immigration, en limitant l'accès à la procédure de demande d'asile, en retenant des critères plus restrictifs pour l'octroi du statut de demandeur d'asile, en adoptant une procédure d'immigration plus sévère et en renforçant les contrôles aux frontières. Les mesures de restrictions imposées à la libre circulation des personnes qui ne relèvent pas de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent s'avérer inquiétantes pour le droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme), la liberté de circulation (article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme), les garanties procédurales applicables à l'expulsion des ressortissants étrangers (article 1 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme), ainsi que, dans certaines situations, pour le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme).

78. La Convention européenne des droits de l'homme prévoit uniquement un contrôle limité du droit souverain reconnu à tout État de déterminer les ressortissants étrangers qu'il accepte sur son territoire et ceux auxquels il accorde un titre de résidence permanente ou la nationalité. Les États ont par conséquent la faculté de recourir aux dispositions en vigueur ou d'adopter de nouvelles dispositions en matière d'admission et d'expulsion, dont l'application peut être générale, mais qui visent les personnes considérées comme une menace pour la sécurité nationale. Les ressortissants étrangers peuvent se voir refuser leur entrée sur le territoire, notamment en raison du risque supposé qu'ils représentent pour la sécurité nationale, et ce même en cas de demande de regroupement familial (article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme). Les ressortissants étrangers sans permis de séjour et qui sont considérés ou présumés représenter un tel danger peuvent se voir assigner à résidence dans une région précise et être soumis à une autorisation de déplacement ou à une obligation

⁸⁵ Voir l'arrêt de la CJCE dans les affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission sur le droit au contrôle, par le juge communautaire, de la validité des mesures communautaires visant à mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. Dans son arrêt, la Cour de justice a infirmé les décisions rendues par le Tribunal de première instance dans l'affaire T-306/01 Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission et dans l'affaire T-315/01 Kadi c. Conseil et Commission et a annulé les mesures communautaires pour violation du droit à être entendu, du droit à un contrôle juridictionnel effectif et du droit de propriété par le Conseil et la Commission à l'occasion de la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.*

⁸⁶ Conseil de sécurité, Res 1904 (2009).

⁸⁷ Le caractère inadéquat du médiateur a été souligné, notamment, par la Cour suprême britannique dans l'arrêt *HM Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)* [2010] UKSC 2.

⁸⁸ *Ibidem*, § 5.

d'enregistrement périodique auprès des services de police ou de l'immigration. L'entrée ou le séjour dans une partie du territoire peut être interdit, dans certains cas, aux ressortissants de cet État et aux ressortissants étrangers munis d'un permis de séjour lorsqu'ils ont commis une infraction particulière ou en vue de les empêcher de commettre une infraction. Ces restrictions doivent toutefois être nécessaires dans une société démocratique, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de la sûreté publique. Bien que la Convention européenne des droits de l'homme ne garantisse pas le droit à l'obtention d'une nationalité particulière ni le droit à l'entrée sur un territoire particulier, leur rapport éventuel avec le droit au respect de la vie privée et familiale, un « droit civil » consacré par la Convention, permet d'invoquer le droit d'accès à un tribunal au titre de l'article 6 ou, tout au moins, le droit à un recours effectif au titre de l'article 13.

79. Dans les affaires dépourvues de dimension sécuritaire ou politique, l'expulsion ou l'extradition d'un suspect vers un État non démocratique peut être autorisée dès lors que des accords diplomatiques garantissent la tenue d'un procès équitable, la non-application de la peine de mort et l'absence de recours à la torture. La Commission de Venise a néanmoins déclaré par le passé que ces garanties diplomatiques étaient insuffisantes pour les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions à caractère politique ou sécuritaire⁸⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a également souligné l'inadéquation des garanties diplomatiques lorsque le recours à la torture était avéré⁹⁰.

80. En matière d'asile, la Commission de Venise rappelle que, en vertu des lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, « toute demande d'asile doit faire l'objet d'un examen individuel. La décision qui s'ensuit doit pouvoir faire l'objet d'un recours effectif » (ligne directrice XII.1). En outre, il convient de ne pas « refouler » le demandeur d'asile vers des pays où il pourrait être exposé à la peine de mort, à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁹¹. Cela vaut également pour l'expulsion et l'extradition. Dans la récente affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, la Cour a clairement conclu que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme imposait une obligation de *non-refoulement* : une personne ne peut être extradée ou expulsée vers un autre État « lorsqu'il existe de sérieuses raisons de croire qu'elle risquerait véritablement d'y subir la peine de mort »⁹².

VII. Conclusion

81. Le terrorisme représente aujourd'hui une menace importante et bien réelle dans différentes régions du monde et les États sont fondés à prendre des mesures préventives et répressives pour lutter contre ce phénomène. Ils ont l'obligation positive d'assurer la protection des personnes qui relèvent de leur compétence. Ces mesures doivent toutefois être prises dans le cadre défini par le droit international applicable en matière de droits de l'homme.

82. Certains domaines du système judiciaire répressif sont tout particulièrement exposés au risque de voir des droits de l'homme fondamentaux sacrifiés principalement à la lutte contre le terrorisme : il s'agit avant tout du principe de la légalité de la qualification des infractions à caractère terroriste, des droits de la défense, de la liberté personnelle de l'accusé, ainsi que de la présomption d'innocence et des traitements inhumains ou dégradants infligés au cours de longues périodes de détention préventive.

⁸⁹ Voir CDL-AD(2006)009, *Avis sur les obligations juridiques internationales des États membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les lieux de détention secrets et le transport interétatique des prisonniers*, §§141-143.

⁹⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Saadi c. Italie*, arrêt du 28 février 2008, « l'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque, comme en l'espèce, des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention », §147.

⁹¹ Ligne directrice XII § 2. Article 33 de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés.

⁹² Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 2010, §§122-123.

83. Les personnes arrêtées et détenues sont particulièrement vulnérables aux ingérences dans leurs droits et libertés ; lorsqu'elles sont soupçonnées d'avoir commis des infractions à caractère terroriste, elles risquent de surcroît de voir les agents publics et les institutions publiques auxquels leur cas a été confié écarter certains de leurs droits, obsédés par l'idée qu'en matière de sécurité la fin justifie les moyens.

84. La Commission de Venise rappelle le point de vue qu'elle avait déjà exposé : « *la sécurité nationale et les droits fondamentaux ne sont pas des valeurs concurrentes ; chacune est la condition préalable indispensable de l'autre* »⁹³. Comme l'a souligné la Présidente du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, rompre avec les valeurs démocratiques dans la lutte contre ceux qui aspirent à les détruire « *serait s'abaisser au niveau des terroristes et ne pourrait que saper les fondements de nos sociétés démocratiques* »⁹⁴.

85. Le droit international applicable en matière de droits de l'homme a été élaboré au lendemain de la guerre, en vue d'assurer la sécurité des populations. Il permet par conséquent de prendre en compte des préoccupations sécuritaires grâce à un système de dispositions restrictives et en prévoyant, en cas de réelle urgence, la suspension temporaire de certains droits et libertés⁹⁵. Les décisions de justice prononcées récemment par plusieurs juridictions internes en Europe et dans le reste du monde ont confirmé que le cadre juridique en vigueur présentait une adaptabilité suffisante pour lutter contre toute menace actuelle ou future⁹⁶.

86. La meilleure protection de la société contre le terrorisme demeure, à long terme, l'existence d'un système de justice répressive efficace, fondé sur le respect des droits de l'homme et de l'État de droit.

87. Il importe de réexaminer attentivement et régulièrement la nécessité et l'efficacité de toute législation relative à la lutte contre le terrorisme adoptée depuis 2001 et, le cas échéant, de la modifier pour garantir sa compatibilité avec les droits de l'homme. La gravité du dommage potentiel que les mesures anti-terrorisme sont susceptibles de provoquer, exige que ces dernières soient évaluées de manière à ce qu'il puisse être démontré que de telles mesures peuvent effectivement renforcer la capacité d'identifier, d'appréhender et de poursuivre les personnes qui planifient des attentats terroristes, sans porter atteinte à l'État de droit et aux droits de l'homme. En d'autres termes, elles doivent satisfaire aux critères internationaux de légalité, nécessité, proportionnalité et non-discrimination.

88. La Commission de Venise souhaite souligner à quel point il est capital, pour leur légalité comme pour leur acceptation par la société, que des pouvoirs de police aussi étendus que ceux qui existent en matière de comparaison des données, de surveillance, d'arrestation, de perquisition et de saisie - aussi bien leur réglementation juridique que leur application concrète - fassent en définitive l'objet d'un contrôle pour vérifier leur pleine conformité avec les principes généraux de légalité, nécessité, proportionnalité et non-discrimination. La tenue d'un procès pénal est par conséquent une garantie, non seulement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, mais également d'une défense *préventive* des droits de l'homme, qui dissuade un recours excessif aux mesures coercitives prises avant le procès. La procédure civile et la procédure administrative peuvent exercer, *mutatis mutandis*, la même fonction préventive.

89. La prise de mesures destinées à assurer la sécurité des juges, des procureurs et des jurés peut s'avérer souhaitable pour garantir que la procédure aille jusqu'à son terme dans les affaires de terrorisme, en dépit des menaces ou attentats éventuels.

90. Outre le contrôle parlementaire et les contre-poids exécutifs internes, le contrôle juridictionnel reste primordial, y compris quant à la supervision par un tribunal international indépendant en tant que garantie supplémentaire.

⁹³ Voir CDL-AD(2006)015, *op. cit.*, §31.

⁹⁴ Déclaration faite devant les Délégués des Ministres le 4 Octobre 2001, CoE doc CPT/Inf (2001) 24.

⁹⁵ ICJ, « *Assessing damage, urging action* », *op. cit.*, p. 24.

⁹⁶ Voir CDL-AD(2006)015, *op. cit.* §30.