



HAL
open science

L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne: Mesures européennes de lutte contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001

Emilie Robert

► To cite this version:

Emilie Robert. L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne: Mesures européennes de lutte contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2012. Français. NNT: 2012LIL20001 . tel-00730914

HAL Id: tel-00730914

<https://theses.hal.science/tel-00730914v1>

Submitted on 11 Sep 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

A Carlo dont le soutien fut sans faille

REMERCIEMENTS

J'adresse mes sincères remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur Syméon Karagiannis, pour sa confiance, son soutien et la liberté qu'il m'a accordée.

Je remercie également tous ceux qui, famille, amis, collègues de travail, m'ont accompagnée et soutenue durant ces années de recherche entremêlées de beaucoup d'autres événements.

«(...) *tel est le sort des choses humaines, qu'on ne peut éviter un inconvénient sans tomber dans un autre.*»

(Niccolò Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Livre I, Chapitre VI)

SOMMAIRE

Introduction générale	13
Première Partie: La lutte contre le terrorisme, moteur des avancées vers la concrétisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ?	31
Titre I: La lutte contre le terrorisme en tant qu'accélétratrice du rapprochement des législations pénales des Etats membres.	33
Chapitre 1: La dangereuse adoption d'une définition commune sur le terrorisme	35
Chapitre 2: La difficile harmonisation des sanctions de l'infraction terroriste	91
Titre II: La lutte contre le terrorisme en tant qu'initiatrice de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales	123
Chapitre 1: L'adoption prématurée du mandat d'arrêt européen	125
Chapitre 2: Le principe de reconnaissance mutuelle, condition nécessaire mais non suffisante au développement d'un espace pénal européen	151
Seconde Partie: La lutte contre le terrorisme : révélateur des acteurs de demain?	179
Titre I: Les acteurs des deuxième et troisième Piliers de la lutte contre le terrorisme	181
Chapitre 1: Les acteurs du troisième Pilier de la lutte contre le terrorisme: un acteur policier privilégié	183
Chapitre 2: Les acteurs du deuxième Pilier dans le cadre de la lutte contre le terrorisme: «bras armé» de l'Organisation des Nations unies	207
Titre II: Le juge communautaire et la lutte contre le terrorisme: une légitimité acquise, mais encore à construire	227
Chapitre 1: L'intervention du juge communautaire dans des affaires issues d'activités «trans-Piliers» liées à la lutte contre le terrorisme: une intervention qui se construit	231
Chapitre 2: Le juge communautaire et les mesures européennes de lutte contre le terrorisme confrontées au principe fondamental de non-discrimination: une place à prendre	261
Conclusion générale	287

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA : Actualité juridique du droit administratif
AFDI : Annuaire français de droit international
AIJC : Annuaire international de justice constitutionnelle
al. : Alinéa
art. : Article
CEDH : Cour européenne des droits de l’homme
CEE : Communauté économique européenne
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l’Union européenne
chron. : Chronique
dir.: Sous la direction de
éd. : Edition
et s. : Et suivants
Ibid. : Ibidem (ouvrage ou article indiqué dans la précédente citation)
Infra : Voir plus bas
JAI : Justice et affaires intérieures
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JOUE : Journal officiel de l’Union européenne
L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LPA : Les Petites Affiches
ONU : Organisation des Nations Unies
op. cit. : Opus citatum – ouvrage ou article précité
p. : Page
PESC : Politique étrangère et de sécurité commune
PESD : Politique européenne de sécurité et de défense
PGD : Principe général du droit
PNR : Passenger Name Record
préc. : Précité
PUF : Presses universitaires de France
PUB : Presses universitaires de Bruxelles
RAE : Revue des Affaires européennes

RBDI : Revue belge de droit international
RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international
REDP : Revue européenne de droit public
RDP : Revue de droit public et de la science politique
RFDA : Revue française de droit administratif
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RMCUE : Revue du marché commun de l'Union européenne
RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH : Revue universelle des droits de l'homme
supra : Voir plus haut
TCE : Traité instituant la Communauté Européenne
TUE : Traité sur l'Union européenne
V. : Voir
vol. : Volume

Introduction générale

Au-delà du «phénomène» 11 septembre 2001 tel qu'il fut diffusé sur une «scène immédiatement publique»¹ et tel qu'il fut présenté comme étant la conjugaison du «versant rupture (en mettant fin à une période historique particulière) et révélation de l'événement (en ouvrant une nouvelle période historique plus dangereuse)»², les attentats de ce jour s'inscrivirent à la fois dans la continuité et dans l'accélération de la lutte contre le terrorisme. La vague émotionnelle suscitée par ces attentats a rapidement laissé place à un nouveau *corpus*, adopté dans l'urgence, d'instruments juridiques internationaux, régionaux et nationaux de lutte contre le terrorisme.

L'impact médiatique fut en effet colossal et bien au delà de ce que les auteurs de ces attentats auraient probablement imaginé, peut-être même espéré. Le flux ininterrompu et en temps réel sur tous les écrans, dans toutes les langues du globe, des attentats, a fait du téléspectateur un témoin: «*la vision, en direct, de l'effondrement des tours a imprégné profondément le témoin qui gardera le sentiment de participer à l'événement*»³.

Les attentats du 11 septembre 2001 ont fait couler beaucoup d'encre et les réactions ont été «tous azimuts». Ce sont ainsi presque toutes les disciplines des sciences humaines et sociales⁴ qui se sont largement penchées sur ce phénomène : ses causes, ses portées. Les sciences juridiques, quant à elles, vont chercher à intensifier les outils déjà existants de lutte contre le terrorisme et à en créer de nouveaux. La réponse européenne au péril terroriste sera à l'image des réactions suscitées par les attentats : pluridisciplinaire, «trans-piliers».

Les attentats perpétrés sur le sol des Etats-Unis s'inscrivent dans ce qui a été qualifié de mouvement de «mondialisation» du terrorisme⁵. C'est par une stratégie extra-territoriale que des organisations transnationales terroristes recherchent la frappe la plus spectaculaire de l'opinion publique internationale. Ces attentats d'envergure internationale, constitutifs d'un

¹ NORA P., *Le retour de l'événement*, in LE GOFF J. et NORA P., *Faire de l'histoire*, tome 1, *Nouveaux Problèmes*, Folio, Paris, 1974, p. 287.

² FRAGNON J., *Le 11 septembre réécrit l'Histoire, Interrogations ?*, Revue pluridisciplinaire en sciences humaines, décembre 2005, numéro 1.

³ FRAGNON J., *Quand le 11-Septembre s'approprie le onze septembre. Entre dérive métonymique et autonomase*, Violence et Démocratie en Amérique Latine, volume 85, novembre 2007, p. 83-95.

⁴ Par sciences humaines et sociales, on entend généralement un ensemble de disciplines diverses et hétérogènes, telles que la sociologie, l'économie, la psychologie, les sciences politiques (...) voire les sciences de la religion, la philosophie et la théorie du droit.

⁵ CETTINA N., *Terrorisme – L'histoire de sa mondialisation*, L'Harmattan, Paris, 2001.

nouveau souffle à la lutte contre le terrorisme, vont être «confirmés» par la survenance, sur le sol européen, de deux autres séries d'attentats en mars 2004 et juillet 2005.

D'un point de vue strictement factuel, les événements du 11 septembre 2001 sont une série d'attentats suicides attribués au réseau terroriste Al-Qaïda dans le nord-est des Etats-Unis. En ce jour du mardi 11 septembre, quatre avions de ligne des compagnies nord-américaines⁶, *American Airlines* et *United*, ont été détournés par 19 «pirates de l'air» causant la mort de presque 3000 personnes et davantage de blessés⁷.

Le « succès » médiatique des attentats fut amplifié non seulement par la portée et l'ampleur des événements, mais aussi par le fait que l'intégralité de la «scène» du second avion, qui s'écrasa sur la deuxième Tour du complexe *World Trade Center* à Manhattan, fut filmée et diffusée en direct par les medias présents sur place pour couvrir les faits afférents à la première Tour. La «spectacularisation» de l'événement est aperçue comme à travers un diaphragme d'images «*que l'on croirait conçues dans les studios d'Hollywood*»⁸. La séquence des images sur l'écran était alors si tranchante qu'elle semblait surréaliste, presque fictionnelle⁹.

⁶ Les vols AA11 et UA175 décollèrent de l'aéroport de Boston Logan, le vol AA77 de Washington Dulles et le vol UA93 de Newark Liberty. Des quatre avions détournés, seul le vol UA93 ne put attendre sa cible, à savoir la Maison Blanche.

⁷ Les deux tours qui formaient le *World Trade Center*, en abrégé «WTC 1»et «WTC 2», culminaient à 400 mètres de hauteur chacune et étaient situées à l'extrémité Sud de l'île de Manhattan, hébergeant un des centres économiques et d'affaires parmi les plus importants du monde. La WTC 1 fut percutée à 8 heures 46 minutes, heure locale, par le vol AA11 sur la face nord-est, entre les 93^{ème} et le 99^{ème} étages, à une vitesse estimée de 710 kilomètres par heure et avec à son bord 92 personnes. La Tour s'effondra 102 minutes après l'impact. La WTC 2 fut quant à elle percutée à 9 heures 02 minutes, heure locale, par le vol UA 175 sur sa face sud-ouest à une vitesse estimée de 870 kilomètres par heure. Ce vol avait à son bord 65 personnes. L'impact de l'avion se produisit entre les 77^{ème} et 85^{ème} étages de la Tour qui s'effondra 56 minutes seulement après l'impact. A 9 heures 38 minutes, le Boeing 757 du vol AA77, avec 64 personnes à son bord, pénétra la partie centrale de l'aile occidentale du Pentagone. L'avion voyageait au moment de l'impact à une vitesse de 850 kilomètres par heure. Même si le bâtiment avait été conçu pour résister à une attaque terroriste, une rangée de colonnes d'acier fut détruite sur une largeur d'une dizaine de mètres à hauteur du rez-de-chaussée ainsi que tout un ensemble de colonnes de soutien des étages en béton qui fut également détruit. Une demi-heure plus tard, ce fut toute une section de l'aile occidentale du Pentagone qui s'effondra. Enfin, le vol UA93 toucha le sol dans la localité de Shanksville en Pennsylvanie à une vitesse d'environ 900 kilomètres par heure, tuant ainsi 45 personnes.

⁸ TETU J. F., *L'émotion dans les medias : dispositifs, formes et figures* in *Emotion dans les medias*, Mots, n°75, juillet 2004, p. 17.

⁹ LITS M., *Du 11 septembre à la riposte. Les débuts d'une nouvelle guerre médiatique*, Bruxelles, De Boeck, 2004.

Dans les jours qui ont suivi les attentats, porté par la vague émotionnelle suscitée et un présumé vide législatif en matière de lutte contre le terrorisme¹⁰, le Congrès américain adopta le 25 octobre 2001 le *USA Patriot Act*¹¹. Cette loi, très vivement critiquée tant par les organisations de défense des droits de l'Homme que par les juristes, renforce considérablement les pouvoirs des autorités américaines dans leur collecte d'informations confidentielles. Néanmoins, le *USA Patriot Act* ne définit pas clairement les actes terroristes. Il « précise » seulement que les délits incriminés peuvent être considérés comme ayant une composante terroriste s'ils sont « faits sciemment dans le but d'influencer ou d'affecter le gouvernement par intimidation ou contrainte (...) ou dans le cadre de représailles vis-à-vis d'opérations conduites par le gouvernement ». D'autres mesures d'urgence furent adoptées aux Etats-Unis tel le *Homeland Security Act* en 2002 qui regroupe en une seule structure le *Homeland Security Department* et une vingtaine d'agences fédérales, le *Domestic Security Enhancement Act* en 2003, venu renforcer le *USA Patriot Act* et, le *Military Commissions Act* en 2006¹², qui permet au gouvernement de détenir indéfiniment des étrangers soupçonnés de terrorisme et met en place un système permettant de juger ces personnes par des commissions militaires.

Côté européen, les déclarations de compassion et les « élans d'unanimité »¹³ se sont succédés ; l'agression subie par les Etats-Unis est une agression contre tous les Etats membres de l'Union européenne et lorsque cette dernière est elle aussi touchée en son cœur, le rapprochement avec les attentats « américains » est immédiat. Les villes de Madrid¹⁴, le 11 mars 2004, et Londres¹⁵,

¹⁰ Le *USA Patriot Act* reprend en effet une ancienne loi américaine datant de 1978, le *Foreign Intelligence Surveillance Act*.

¹¹ *USA Patriot Act* ou “*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*”. La prolongation de l'application des mesures de la loi fut adoptée en 2005. Sur les atteintes potentielles aux libertés/droits fondamentaux voir, entre autres, BALL H., *The USA Patriot Act of 2001 : Balancing Civil Liberties and National Security*. A Reference Book, ABC-CLIO, 2004 ; AMANN D. M., *Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparée, no.4, 1^{er} octobre 2002, pp.745-764; ROMERO A. D., *In Defense of Our America. The Fight for Civil Liberties in the Age of Terror*, William Morrow, 2007.

¹² Voir SIDEL M., *More Secure, Less Free ? Antiterrorism Policy and Civil Liberties After September 11*, University of Michigan Press, 2007.

¹³ Voir DE CHARENTENAY P., *L'Europe devant la tragédie américaine*, Ceras - revue «Projet» n°268, Décembre 2001. Article consultable à l'adresse suivante :

<http://www.ceras-projet.org/index.php?id=1893>

¹⁴ Le jeudi 11 mars 2004, plusieurs explosions de bombes se produisirent dans des cercanias, des trains du réseau express régional, à Madrid. Toutes les explosions ont eu lieu entre 7 heures 37 minutes et 7 heures 55 minutes dans les gares d'Atocha, trois bombes, El Pozo del Tío Raimundo, deux bombes, Santa Eugenia, une bombe, ainsi que quatre bombes dans un train hors de la gare d'Atocha à la Calle Téllez. Sur treize bombes placées, dix ont explosé. Près de 200 personnes ont péri et 1800 ont été blessées, faisant de cette série d'attentats les plus meurtriers survenus en Espagne et en Europe, après celui commis sur le vol Pan Am dans le ciel écossais de Lockerbie le 21 décembre 1988, qui avait causé la mort de 270 personnes.

le 7 juillet 2005, ont été, à leur tour, les cibles de séries d'attentats dont les bilans humains furent également très lourds. Si les attentats de Londres furent rapidement revendiqués par le réseau Al-Qaïda, le mystère demeure quant aux attentats madrilènes. Ces derniers furent successivement attribués à l'*Euzkadi Ta Azkatasuna*, le groupe nationaliste basque, puis à Al-Qaïda, pour être finalement considérés par la justice espagnole comme étant d'inspiration islamiste, mais sans lien apparent avec des réseaux terroristes internationaux¹⁶.

A l'image du Congrès américain, le Parlement britannique avait adopté une législation, l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*¹⁷, en réponse aux attentats du 11 septembre 2001, très peu de temps après la survenance de ces derniers, sur base de législations antérieures¹⁸. Les attentats de juillet 2005 sont venus en «renfort» pour l'actualisation d'un cadre juridique déjà existant: «*c'est un très bon jour pour faire ressortir et passer en douce toutes les mesures que nous devons prendre*»¹⁹.

Le terrorisme «inquiète» l'Union européenne depuis les années 1970. Cette dernière n'a en effet pas attendu les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés sur le sol des Etats-Unis d'Amérique, pour mener des initiatives contre la menace terroriste en Europe. Cependant, il est indéniable que les événements du 11 septembre ont agi en Europe telle une «onde de choc», marquant un tournant dans la lutte contre le terrorisme engagée par l'Union.

¹⁵ A Londres, le 7 juillet 2005, quatre explosions ont touché les transports publics de la ville. La première se produisit dans le métropolitain à l'arrêt *Liverpool Street* à 8 heures 50 minutes, heure locale¹⁵ et, au même instant, une deuxième explosion retentit dans le métropolitain entre les arrêts *Russel Square* et *King's Cross*. A 8 heures 51 minutes, une troisième explosion se produisit à l'arrêt *Edgware Road* au moment précis où une rame de métro entre en gare. Enfin, à 9 heures 47 minutes, une quatrième et dernière explosion eu lieu à l'étage supérieur d'un autobus à *Tavistock Square*. Cette série d'attentats a fait 56 morts et 700 blessés.

¹⁶ Les jugements rendus par les juridictions espagnoles des premier et deuxième degrés à l'encontre des 29 accusés des attentats ont établi qu'aucun lien ne pouvait être établi avec une organisation terroriste internationale de type Al-Qaïda ou régionale de type l'*Euzkadi Ta Azkatasuna*. Voir l'arrêt rendu par le *Tribunal Supremo* le 17 juillet 2008, sentence n° 203/2008, pages 581 et 582 : «*La dépendance idéologique par rapport aux postulats défendus par Al-Qaïda est avérée par le contenu des revendications des actes terroristes et le reste du matériel saisi. Cependant, il n'apparaît aucune relation de caractère hiérarchique avec d'autres groupes ou d'autres dirigeants de cette organisation, ce qui permet d'établir que la cellule qui opérait à Madrid, dans la mesure où elle a été identifiée, ne dépendait pas hiérarchiquement d'une autre et donc qu'elle peut être considérée pénalement comme un groupe ou une organisation terroriste différente et indépendante.*»

¹⁷ L'*Anti-Terrorism Crime and Security Act*, promulgué le 14 décembre 2001, fera l'objet d'une analyse ultérieure relative à la définition de l'infraction terroriste.

¹⁸ Sur base des législations de lutte contre le terrorisme en Irlande du Nord dans les années 1970 et 1980.

¹⁹ La phrase serait d'un conseiller du Ministre du commerce britannique du moment, Ian Pearson. Voir «Un très bon jour pour », *Le Monde Diplomatique*, septembre 2005, p.10.

Selon le dernier rapport «TE-SAT 2010», le *Terrorism Situation and Trend Report*, publié par Europol²⁰, l'organisation européenne de coopération policière, non seulement le nombre d'actes terroristes perpétrés sur le sol européen a considérablement baissé, mais encore il est intéressant de noter qu'en dépit d'un seul attentat «islamiste» perpétré en Italie et de la diminution continue d'arrestations de terroristes islamistes, le terrorisme d'inspiration islamiste demeure, pour la plupart des Etats membres, la principale menace. Le rapport fait avant tout mention des terrorismes séparatiste, d'extrême gauche ou anarchiste et même de défense de la cause animale comme étant les plus importants en Europe tant au regard du nombre d'attaques tentées que réussies.

Un succinct tour d'horizon des principaux groupes terroristes en Europe, dont la plupart sont toujours actifs, montre en effet, d'une part, que le terrorisme ne touche véritablement que certain Etats membres et, d'autre part, que les motivations sont principalement d'ordre nationaliste et/ou séparatiste ainsi qu'idéologique.

Sur le sol français, la revendication autonomiste corse s'est politiquement affirmée dès les années 1970. Le Front de libération nationale de la Corse manifeste sa détermination par des attentats à la bombe qui visent tous les symboles de l'Etat républicain. Même si le F.L.N.C. a été officiellement dissout en 1983, il s'est divisé en plusieurs factions rivales ayant chacune recours à une activité militaire clandestine. En Espagne et en France, l'E.T.A., acronyme de l'expression basque *Euzkadi Ta Azkatasuna* qui signifie «Pays basque et liberté», est une formation terroriste fondée en 1959 dans le but de créer une patrie indépendante dans la partie Nord de l'Espagne et dont des franges extrémistes sont présentes aussi dans l'autre côté des Pyrénées. En effet, à la suite d'opérations de démantèlement menées par les autorités françaises, l'E.T.A. sévit également contre les intérêts français. Toutefois, les cibles de l'E.T.A. demeurent les membres du gouvernement espagnol et notamment les forces espagnoles de sécurité. L'I.R.A. est quant à lui l'acronyme *Irish Republican Army*. Le nationalisme catholique et républicain irlandais ne cesse de combattre le pouvoir royal et protestant de Londres. L'Eire, au Sud de l'Ile, à majorité catholique, a acquis son indépendance en 1922, tandis que l'Ulster, au Nord, à majorité protestante, reste sous

²⁰ Rapport disponible à l'adresse suivante:
http://www.europol.europa.eu/publications/EU_Terrorism_Situation_and_Trend_Report_TE-SAT/Tesat2010.pdf

domination britannique. Jusqu'au traité de paix de 1998²¹, qui a mis fin au conflit armé, la haine sociale, religieuse ou identitaire se manifestait par des périodes d'attentats perpétrés par l'I.R.A., tandis que des milices protestantes de l'U.D.A.²² se lançaient dans des actes de contre-terrorisme. Le Parti des travailleurs du Kurdistan doit également être mentionné. Constitué en 1974 à partir d'un groupe révolutionnaire hétéroclite de matrice marxiste-léniniste et composé par des Kurdes turcs, son but serait de créer un état marxiste indépendant dans le sud-est de la Turquie à population en majorité kurde. Si ses principaux objectifs sont les forces gouvernementales et les civils turcs de l'est de la Turquie, le groupe a lancé à partir des années 1990 des attaques contre des missions diplomatiques et des entreprises commerciales turques dans des douzaines de villes d'Europe de l'Ouest. Le B.R., acronyme de *Brigate Rosse*, est un mouvement révolutionnaire d'idéologie marxiste qui fut extrêmement actif en Italie entre la deuxième moitié des années 1970 et le début des années 1990. Cependant, dans les années 2000, il y a eu une recrudescence de ce mouvement qui fut rapidement réprimée²³. Les Brigades Rouges avaient un nombre considérable de «cellules» éparpillées dans toute la péninsule et de nombreux sympathisants. Elles avaient aussi des contacts avec leurs homologues allemands de la R.A.F. et grecs de l'E.L.A.S. (*Ethnikon Laikon Apeleftherotikon Soma*). Leurs cibles étaient principalement des représentants du gouvernement. Le gouvernement italien a éradiqué cette menace avec des lois draconiennes et un régime d'emprisonnement extrêmement rigoureux adoptés suite à l'enlèvement et à l'assassinat du politicien Aldo Moro²⁴. Enfin, la R.A.F., acronyme de *Rote Armee Fraktion*, était un mouvement d'extrême gauche en Allemagne de l'Ouest dans les années 1970, également surnommée *Baader-Meinhof-Groep* des noms de ses fondateurs. Le groupe fut responsable de l'enlèvement et de l'assassinat de plusieurs dizaines de personnes jusqu'en 1998, année de sa dissolution officielle. La RAF aimait se qualifier de système subversif à l'organisation capitaliste de l'Etat allemand, qualifiée de système terroriste par l'Etat. Le démantèlement du groupe fut causé par l'arrestation de ses idéologues et par la perte de l'idéologie originale durant les presque trois décennies de son existence²⁵.

²¹ Voir à ce sujet, GILLIGAN C. et TONGE J. (sous la direction de), *Peace or War ? Understanding the Peace Process in Northern Ireland*, Aldershot, Ashgate Publishing, 1997.

²² U.D.A. est l'acronyme de *Ulster Defense Association*.

²³ Voir GALLI G., *Il partito armato. Gli anni di piombo in Italia, 1968-1986*, Milano, Kaos Edizioni, 1993 et PANSA G., *L'utopia armata*, Sperling & Kupfer éditeurs, Milano, 2007.

²⁴ Voir GIOVAGNOLI A., *Il Caso Moro. Una Tragedia Repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2005 et SATTA V., *Il Caso Moro e i suoi falsi misteri*, Rubbettino editore, Milano, 2006.

²⁵ PEKELDER J., *Sympathie voor de RAF*, Mets & Schilt, Amsterdam, 2007.

Un décalage apparaît donc entre le discours politique qui place la menace terroriste d'extrémisme religieux «islamiste», pour reprendre le qualificatif retenu par Europol, en haut de l'affiche, et la réalité du péril terroriste en Europe sur base duquel se sont construites les mesures de lutte existantes bien avant ce jour de septembre 2001.

Le point commun entre tous les Etats occidentaux est aujourd'hui d'avoir considérablement banalisé la menace terroriste. Néanmoins, cette évolution s'est réalisée de manière différente selon les systèmes juridiques. Dans les pays anglo-saxons, dominés par la *Common Law*, la menace terroriste est venue perturber des systèmes juridiques qui n'y étaient pas préparés, heurtant presque brutalement une tradition libérale qui rejetait toute intervention de l'Etat dans le domaine des libertés publiques. Après le 11 septembre 2001, des dispositions permanentes ont été adoptées, modifiant ainsi durablement et en profondeur les systèmes. Dans les pays de droit écrit, la théorie des circonstances exceptionnelles, solidement ancrée, a longtemps empêché la banalisation du phénomène terroriste, un garde-fou qui s'est alors dissipé.

En effet et bien que le caractère inadapté des régimes d'exception aux menaces terroristes ait été mis en évidence²⁶, c'est bien dans ce contexte, justifié par l'ampleur des attentats et leur assimilation à un vocabulaire de guerre, que des mesures sortant du cadre légal ont été prises. L'état d'exception se situant au point de rencontre de trois éléments constitutifs²⁷ que sont la dérogation, la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure, force est de constater que la lutte contre le terrorisme s'insère dans un état d'exception devenu durable. A ce titre, J. C. Paye a rapidement dénoncé l'inscription de l'état d'urgence dans la durée « démasquée » selon lui par fait que *«la plupart de ces actes prennent la forme de la loi indique bien que le pouvoir s'engage sur le long terme»*²⁸.

Au niveau supranational, c'est-à-dire dans la chronologie des mesures européennes de lutte contre le terrorisme, la mise en place en 1976 du groupe «Terrorisme, Radicalisme,

²⁶ ACKERMAN B., *Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme*, Revue Esprit, août-septembre 2006, p. 156. Cet auteur invoque en effet la raison de la durée de la menace, qui est latente et indirecte.

²⁷ SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 27.

²⁸ PAYE J. C., *Lutte antiterroriste: la fin de l'Etat de droit*, Revue trimestrielle des Droits de l'Homme, janvier 2004, n°57 p.61. J. C. Paye précise également que *«l'état d'urgence s'inscrit dans la durée. Il est considéré comme une nouvelle forme de régime politique, ayant pour vocation la défense de la démocratie et des droits de l'homme. Autrement dit, le citoyen doit être prêt, pendant une longue période, à renoncer à ses libertés concrètes afin de maintenir un ordre démocratique autoproclamé et abstrait »*.

Extrémisme et Violence Internationale»²⁹, plus connu sous l'appellation de «Groupe TREVI», a constitué le début de l'organisation en Europe de l'échange d'informations sur la coordination de la lutte contre le terrorisme et sur les méthodes de formation. Similairement, le «Club de Berne», structure informelle d'échange d'informations, entre autres, sur le terrorisme³⁰, créé en 1968, regroupait, et regroupe encore, les chefs des services de sécurité intérieure des pays membres de l'Union européenne, plus la Suisse et la Norvège.

La Convention européenne pour la répression du terrorisme conclue le 27 janvier 1977, bien qu'étant un instrument du Conseil de l'Europe, doit être mentionnée. Cette Convention, qui ne traite que d'un aspect du terrorisme, le terrorisme politique dirigé contre les Etats, recherchait, comme son intitulé l'indique, l'efficacité dans la répression du terrorisme en limitant ainsi la possibilité d'invoquer le caractère politique d'une infraction pour refuser une demande d'extradition³¹. A cette fin, elle énumère les infractions que les Parties s'engagent à ne pas considérer comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques, à savoir les actes d'une gravité particulière, tels que le détournement d'avions, l'enlèvement, la prise d'otages ou l'utilisation de bombes, grenades, fusées et armes à feu, lettres ou colis piégés présentant un danger pour les personnes.

La décennie entre 1985 et 1995 fut marquée par le développement de la libre circulation des personnes et des biens dans l'espace européen avec la signature en 1985, puis la Convention d'application en 1990, des Accords de Schengen. Ces derniers, en prévoyant une coopération policière, judiciaire et un fichier commun des personnes, objets recherchés et permettant ainsi un contrôle croisé de données, aussi appelé le Système d'Information Schengen, s'inscrivent parmi les mesures de lutte antiterroriste.

La lutte contre le terrorisme fut par la suite «institutionnalisée» et insérée dans le cadre plus large de la coopération judiciaire. Intégrée au sein du nouveau troisième pilier du Traité de

²⁹ Ce groupe informel est fondé sur les rencontres semestrielles des ministres de l'intérieur, des hauts fonctionnaires et des experts dont le domaine d'activité se répartit entre violence et terrorisme (Trevi I), équipement et formation (Trevi II), grande criminalité et stupéfiants (Trevi III). L'un des mérites essentiels de ce groupe est la constitution d'un lieu de rencontre qui a permis d'élaborer les grandes orientations en matière de coopération sur les questions de sécurité. Il vit son existence officialisée en 1992 avec le Traité de Maastricht.

³⁰ A noter que suite aux attentats du 11 septembre 2001 et sur recommandation de l'Union européenne, le Club de Berne a créé un Groupe antiterroriste («GAT») qui réunit les responsables des unités de lutte antiterroriste.

³¹ Voir VALLEE C., *La Convention européenne pour la répression du terrorisme*, Annuaire français de droit international, 1976, volume n°22, p. 756.

Maastricht intitulé «coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures», le terrorisme faisait ainsi partie des infractions énumérées dans le Titre VI du Traité sur l'Union européenne consacré aux dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

L'approche pénaliste de l'Union européenne en matière de lutte contre le terrorisme va être consacrée en 1995, lors de la réunion informelle des ministres de la Justice et des Affaires intérieures des Etats membres tenue à La Gomera. Il en résulta une Déclaration sur le terrorisme qui actait de sa nature évolutive, de sa dimension transnationale, utilisant les méthodes du crime organisé et profitant des disparités entre les systèmes répressifs nationaux. La déclaration de La Gomera constitue la base de cette nouvelle approche qui tient compte des liens entre le terrorisme et les autres formes de criminalité, tels que le crime organisé ou le blanchiment d'argent.

Sous l'impulsion de l'Allemagne, l'idée de la création d'un Office européen de police est retenue lors du Sommet européen de Luxembourg en 1991. Sa mise en place fut entérinée par le Traité de Maastricht. Bien que le trafic de stupéfiants fut pendant quelques années le seul domaine d'activité de l'Office, la lutte contre le terrorisme fut rapidement ajoutée à ses compétences. Quelques mois seulement avant les attentats du 11 septembre 2001, du 29 janvier au 2 février 2001, la première conférence antiterroriste d'Europol fut organisée à Madrid. Cette conférence déboucha sur la signature du "Document Madrid" par les responsables des corps de police des Etats européens, véritable feuille de route dans la lutte antiterroriste des années à venir.

Le Traité d'Amsterdam va rendre la lutte contre le terrorisme encore plus "ambitieuse" en l'intégrant dans le concept politique de réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. L'article 29 du Traité énonce ainsi clairement l'objectif de l'Union d'*«offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice»*, ceci par la *«prévention de la criminalité (...) et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme (...)*».

Autre étape européenne importante dans la lutte contre le terrorisme, le Conseil européen de Tampere en octobre 1999 avec, parmi les thèmes abordés, la libre circulation, la lutte contre le crime organisé y compris le terrorisme et la création d'un espace judiciaire européen, prémisses

de la mise en place d'Eurojust, l'unité de coopération judiciaire européenne conçue comme le pendant judiciaire nécessaire d'Europol.

Il est de coutume de dire que l'Europe se construit par crises successives. Le domaine de la lutte contre le terrorisme pourrait faire figure d'exception : en effet, elle existait depuis déjà quelques décennies au moment des attentats du septembre 2001 et la survenance de ces derniers a davantage précipité l'adoption de mesures qui étaient en cours de préparation, qu'engendrer des outils de lutte *ex novo*.

Au cours du débat d'urgence qui s'est tenu le 12 septembre 2001 devant le Parlement européen, Guy Verhofstadt, alors président en exercice du Conseil de l'Union européenne, a déclaré : *«Aujourd'hui, nous nous sentons tous Américains. Parce que, ne nous y trompons pas, au-delà des Etats-Unis et de ses habitants, c'est la démocratie qui est visée. La démocratie et ses valeurs de liberté, de tolérance et d'humanité, qui sont l'exact opposé d'un terrorisme aveugle et suicidaire. Comme êtres humains, comme démocrates et comme européens, nous ne pouvons, nous ne pourrons jamais nous résigner à cette barbarie. L'Union que nous voulons construire trouve justement son origine dans le rejet de la haine, du fanatisme et de la folie meurtrière qui ont failli conduire notre continent à sa perte»*.

En effet, l'objectif terroriste est double et la simple destruction de vies humaines, objectif immédiat mais non suffisant, doit aboutir à un *«dérèglement politique et social, à une corrosion du support étatique, à une perte de légitimité des gouvernants telle qu'elle remet en cause les structures mêmes de l'Etat et de la société»*³².

*«Si tout Etat de droit n'est pas nécessairement une démocratie, toute démocratie doit être un Etat de droit»*³³. Partant de ce postulat, le syllogisme suivant peut être formulé: si toute démocratie est un Etat de droit et que le terrorisme met en péril la démocratie, alors le terrorisme porte atteinte à l'Etat de droit. Ce lien qui existe entre le terrorisme et la démocratie a par ailleurs été exprimé clairement par le président de la Commission européenne, J. M. Barroso qui, en réaction aux attentats de Londres du 7 juillet 2005, a déclaré : *«Il s'agit*

³² BLIN A., *11 septembre 2001, la terreur démasquée*, le Cavalier bleu, Paris, 2006, p.103.

³³ TROPER M., "Sur le concept d'Etat de droit", *Droits*, 1992, numéro15, p. 59.

d'une agression contre le peuple britannique, contre la démocratie et contre les libertés fondamentales qui sont au cœur de l'Union européenne»³⁴.

Dans cet ordre d'idée, lorsque des menaces très claires sont formulées par des mouvements terroristes à l'encontre de démocraties, c'est leur Etat de droit qui est visé par ricochet. A titre d'exemple, dans un récent enregistrement radio³⁵, lorsque la France, ou plus particulièrement, certains de ces principes comme ceux de laïcité ou d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes sont visés, c'est son système même d'organisation étatique qui est menacé.

Bien qu'il ait fallu attendre la Conférence mondiale de Vienne de 1993 sur les droits de l'homme³⁶ pour que le lien qui existe entre le terrorisme et les droits fondamentaux soit enfin établi, c'est parce que le terrorisme est considéré comme un défi pour la démocratie qu'il constitue une menace pour les droits fondamentaux.

Le 10 novembre 1948, les Etats membres des Nations Unies déclaraient universellement les droits de l'homme, répartis en quatre catégories. La première catégorie, afférente aux libertés physiques, inclut, entre autres, le droit à la vie, le droit à la liberté en général, incluant le droit d'aller et venir, et le droit à la sûreté³⁷.

³⁴ Discours de BARROSO J.M. disponible à l'adresse suivante: <http://www.europa.eu.int>

³⁵ La chaîne d'information *Al-Jazira* a diffusé le 27 octobre 2010 un enregistrement audio, attribué à Oussama bin Laden, dans lequel celui-ci s'en prend directement à la France. Dans ce message, il est, entre autres, fait référence à des prises d'otages et à l'interdiction en France du port du voile intégral : « *la prise en otage de vos experts qui étaient sous la protection de vos agents est intervenue en réaction à l'injustice que vous appliquez à l'égard de notre nation islamique* », et « *si la France est en droit d'interdire aux femmes libres de porter le voile, n'est-il pas de notre droit de pousser au départ vos hommes envahisseurs en leur tranchant la tête ?* ». Sur le point des menaces formulées à l'encontre de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a rappelé dans son rapport sur *l'islam, l'islamisme et l'islamophobie en Europe* que la tradition du port du voile par les femmes pouvait représenter « *une menace pour la dignité et la liberté des femmes* » et a ajouté qu' « *aucune femme ne devrait être contrainte de porter une tenue religieuse par sa communauté ou sa famille et il est indispensable de les protéger contre toute exclusion de la vie publique* ». Cf. le Document n° 12266 du 25 mai 2010, rapport de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation.

³⁶ Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, Vienne 14-25 juin 1993, document A/CONF.157/23 du 12 juillet 1993.

³⁷ Une certaine confusion s'est installée entre le droit à la sûreté et le principe de sécurité des personnes et des biens. Le droit à la sûreté renvoie en effet à la liberté de circulation et à la garantie de l'individu de ne pas être arbitrairement arrêté et détenu. A cet égard, l'article 5, alinéa 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme prévoit que « *tout homme a droit à la liberté et à la sûreté* ». Par cette disposition il s'agit essentiellement de protéger la liberté physique des personnes contre toute arrestation ou détention arbitraire ou abusive : nul ne peut être arbitrairement dépouillé de sa liberté.

Comme rappelé dans les Lignes directrices sur les droits de l'Homme et la lutte contre le terrorisme du Conseil de l'Europe³⁸, «*les Etats ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger les droits fondamentaux des personnes relevant de leur juridiction à l'encontre des actes terroristes, tout particulièrement leur droit à la vie*». La protection du droit à la vie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est une évidence, mais qu'en est-il du «droit à la sécurité» ?

Si le «droit à la sécurité» n'est pas reconnu comme droit fondamental en tant que tel par des normes de valeur supra-législative, il a cependant été souvent rattaché, à tort, à l'existence d'un droit subjectif à la sécurité³⁹. Ainsi, les formules «l'Etat a le devoir d'assurer la sécurité» et «la sécurité est un droit fondamental» ont servi de justification dans plusieurs textes législatifs français⁴⁰. Cette «consécration» d'un droit fondamental à la sécurité correspondrait davantage à la «*substitution progressive du concept de droit fondamental à celui de liberté publique*»⁴¹. Comme le souligne M. A. Granger, ce glissement marque une nouvelle perspective dans la protection des libertés, et résume cela par la distinction entre les libertés publiques, apparues dans le système dit de «l'Etat légal»⁴², qui supposent une protection contre l'exécutif, et les droits fondamentaux, correspondant au système dit de «l'Etat de droit», qui impliquent quant à eux une protection contre tous les pouvoirs, notamment le pouvoir législatif, d'où la nécessité d'une protection renforcée, assurée par des normes de valeur supra-législative.

Le Conseil de l'Europe, dans ses Lignes directrices susmentionnées, a estimé que «*le terrorisme porte gravement atteinte aux droits de l'homme, menace la démocratie et vise notamment à déstabiliser des gouvernements légitimement constitués et à saper la société*

³⁸ «Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme », adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002, texte consultable à l'adresse suivante: [http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf\(2002\)8fre.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8fre.pdf)

³⁹ Voir en ce sens GRANGER M. A., *Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité"?*. Document disponible à l'adresse suivante: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/GrangerTXT.pdf>

⁴⁰ A titre d'exemple, dans la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, il est indiqué que «*la sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités. A ce titre, elle est un devoir pour l'Etat qui veille sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public* ».

⁴¹ REDOR M. J., *Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux*, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, numéro 1, 2002, p. 92.

⁴² R. Carré de Malberg donnait la définition suivante de l'Etat légal: "*un Etat dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution*". Voir CARRE DE MALGERG R., *La distinction de l'Etat légal et de l'Etat de droit*, in *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, Sirey, Paris, 1920, p. 489.

civile pluraliste», et a souligné que la lutte contre le terrorisme peut et doit s'inscrire dans le respect des droits fondamentaux⁴³.

La lutte contre les actes terroristes revêt un caractère pernicieux. D'une part, afin de préserver l'ordre public, la sécurité, les Etats se trouvent dans l'obligation d'adopter ou de renforcer leurs mesures de lutte. Or, ce ne sont donc pas uniquement les auteurs des actes terroristes qui subissent directement le poids de cette législation, mais aussi, sous certains aspects, tous les citoyens qui en paient le prix, en plus de celui de la terreur⁴⁴. D'autre part, parce que le terrorisme peut se matérialiser sous de multiples aspects et nécessite diverses techniques, une lutte efficace qui balaie les volets prévention, protection, poursuite et réaction⁴⁵, appelle une réaction dans des domaines très variés pouvant dès lors affecter plusieurs catégories de droits fondamentaux.

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, l'équilibre ténu entre les exigences de la liberté et celles de la sécurité va pencher en faveur des secondes et au détriment des premières: *«devant la menace terroriste, la tentation se développe de limiter la liberté de circulation ou d'expression, de pratiquer l'internement administratif, de recourir de manière plus fréquente ou plus systématique à des procédés d'intrusion dans la vie privée des personnes»*⁴⁶. Le droit devient alors une technique opérationnelle de gestion de cette lutte au service de l'Etat permettant même d'aboutir à l'absurde construction méta-juridique selon laquelle *«ce sont les gouvernements qui désignent qui est terroriste et qui ne l'est pas»*⁴⁷.

La présente étude porte ainsi sur les mesures prises par l'Union européenne pour lutter contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001, et, pour mieux appréhender celles-ci, sur des législations antiterroristes de certains Etats membres adoptées dans ce même contexte.

⁴³ *«Rappelant qu'il est non seulement possible, mais absolument nécessaire, de lutter contre le terrorisme dans le respect des droits de l'homme, de la prééminence du droit et, lorsqu'il est applicable, du droit international humanitaire ».*

⁴⁴ *«Souvenez-vous. Il fut un temps où aucun militaire ne patrouillait, Famas en bandoulière, sur le parvis de Notre-Dame de Paris, un temps où vos e-mails avaient peu de risques d'être interceptés, où votre mine déconçue sur le trajet du bureau n'était pas immortalisée chaque jour par des dizaines de caméras, une époque révolue où embarquer un flacon de shampoing à bord d'un avion était encore un geste anodin... C'était avant le 11 Septembre 2001. »*, SEELOW S., Le Monde, 9 septembre 2011.

⁴⁵ Référence faite à la stratégie européenne de lutte contre le terrorisme. Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2005 relatif à la stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme, document 14469/4/05.

⁴⁶ LETTERON R., *L'Etat de droit face au terrorisme*, Institut des hautes études de la Défense nationale, 2007, p. 247. Document disponible à l'adresse suivante: http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/15_Letteron_Terrorisme.pdf

Par mesures de lutte il faut comprendre les mesures antiterroristes, c'est-à-dire «*la mise en œuvre des mesures défensives dans la recherche de la réduction de la vulnérabilité des infrastructures et des individus*»⁴⁸ face au péril terroriste. Il convient également de préciser la notion d'Etat de droit, cadre général de cette étude, et les principes sur lesquels elle repose.

L'Etat de droit, théorie juridique⁴⁹ hissée au rang de mythe⁵⁰, est également devenu un modèle socio-politique puisqu'il est aujourd'hui considéré comme la principale caractéristique des régimes démocratiques. En faisant du droit un instrument privilégié de régulation de l'organisation politique et sociale, il subordonne le principe de légitimité au respect de la légalité. L'accent est alors mis sur l'individu face au pouvoir ainsi que sur la défense de ses droits et libertés fondamentales par l'existence de normes juridiques dont le juge, en tant que garant du respect, devient la «*clef de voûte et la condition de la réalisation de l'Etat de droit*»⁵¹.

Au cœur de la théorie de l'Etat de droit se trouve l'idée selon laquelle l'Etat est limité par le droit, que ce dernier soit une émanation de l'Etat ou qu'il prenne sa source en dehors de l'Etat⁵², par «*le triple jeu de la protection des libertés individuelles, de l'assujettissement à la Nation et de l'assignation d'un domaine restreint de compétences*»⁵³. Ceci suppose bien évidemment l'existence d' «*un système de recours effectifs, de procédures, de mécanismes de contrôle et d'institutions propres à surveiller et, au besoin, à réfréner et sanctionner le*

⁴⁷ HERMANT D. et BIGO D., *Les politiques de lutte contre le terrorisme en France ou le pouvoir de définir*, in REINARES F., *European Democracies Against Terrorism*, Onati, Dartmouth, Ashgate, 2001, p. 74.

⁴⁸ CAMUS C., *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Le Félin Kiron, Paris, 2007, p. 21. En effet, C. Camus opère une distinction entre l'antiterrorisme et le contre-terrorisme : «*le contre-terrorisme qualifie les mesures offensives pour prévenir, empêcher et répondre aux attaques terroristes. Elle présente la lutte contre le terrorisme comme une lutte violente qui procède d'une réalité mimétique* ».

⁴⁹ Le concept de l'Etat de droit est apparu à la fin du XIX^{ème} siècle dans la doctrine juridique allemande, *Rechtsstaat*. Hans Kelsen le définissait alors comme un «*Etat dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée* ». Il est à noter toutefois que l'association des termes *Recht* et *Staat* sous le néologisme *Rechtsstaat* fut créé par J. W. PETERSEN en 1798 pour désigner l'Ecole de Kant. Voir CARPANO E., *Etat de droit et droits européens – L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'eupéanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan, Paris, 2005.

⁵⁰ L'Etat de droit présente en effet les caractères d'un mythe dans la mesure où il charrie un ensemble d'images, de représentations. Voir en ce sens, GOUNELLE M., *Introduction au droit public français*, Montchrestien, Paris, 1979, p. 72 et suivantes.

⁵¹ CHEVALIER J. (dossier réalisé par), *L'Etat de droit, Problèmes politiques et sociaux 2004*, n° 898, mars, p.9.

⁵² CHEVALIER J., *L'Etat de droit, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1988, numéro 2, p. 347 et suivantes.

⁵³ CHEVALIER J., *L'Etat de droit, op. cit.*, p. 365.

*pouvoir étatique et, partant, à garantir les droits des personnes se trouvant sur son territoire et tout particulièrement leurs droits fondamentaux*⁵⁴.

L'Etat de droit, concept d'origine allemande, s'est développé en Europe dans les années 1970, puis s'est internationalisé deux décennies plus tard. Il va également devenir un des piliers de la construction européenne. Introduit par la Cour de justice des Communautés européennes, en particulier dans l'arrêt «Les Verts» en 1986⁵⁵, il est entré dans le vocabulaire européen courant sous l'expression «Communauté de droit». Le Traité d'Amsterdam l'a officialisé en affirmant solennellement en son article 6 que *«l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres»*. De même, l'alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que l'Union *«repose sur le principe de la démocratie et sur le principe de l'Etat de droit»*.

Cette «Communauté de droit», devenue «Union de droit», bien que consacrée, n'est qu'un objectif vers lequel tend l'évolution dont le terrorisme et les mesures mises en place pour sa lutte constituent des menaces.

L'Union européenne a privilégié une approche «pénaliste» de la lutte antiterroriste contrairement aux Etats-Unis d'Amérique qui ont affiché dès le départ un traitement «militariste». Les mesures européennes adoptées constituent certes une réponse aux attentats perpétrés sur les sols américain et européen, mais ce sont surtout ces derniers qui sont venus à point nommé pour légitimer leur adoption dans la précipitation. En effet, *«ce qui était réalisé, en l'absence de toute publicité, apparaît au grand jour et se trouve rétrospectivement justifié»*⁵⁶. A cette précipitation s'ajoute la nécessaire obtention de compromis puisque, selon les procédures décisionnelles européennes, les Etats membres, et parfois même les Institutions, doivent impérativement s'accorder sur les textes. La recherche du compromis conduit alors quasi automatiquement à un nivellement par le bas du degré d'exigence en matière de garantie, de protection des droits. Le défi lancé à l'Etat de droit est double car si le terrorisme constitue indéniablement une atteinte à l'Etat de droit, la lutte contre ce phénomène

⁵⁴ MORIN J. Y., *La mondialisation, l'éthique et le droit*, in MOCKLE D. (sous la direction de), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 121.

⁵⁵ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, affaire 294/83, Recueil 1986, p. 1339.

⁵⁶ PAYE J. C., *Lutte antiterroriste: la fin de l'Etat de droit*, op. cit., p. 62.

ne saurait affaiblir ce dernier car «*accepter un abaissement du niveau des libertés accordées au citoyen ne revient-il pas à donner une victoire inespérée à ceux-là-mêmes qui veulent détruire l'Etat de droit ?*»⁵⁷.

La réponse de l'Union à la menace terroriste a été «trans-piliers». Le troisième pilier, celui de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, fut sans aucun doute le plus gâté. D'importantes mesures ont été adoptées comme le renforcement d'Europol par la constitution d'une équipe de spécialistes de la lutte antiterroriste, l'accélération de la mise en place effective d'Eurojust, l'unité de coopération judiciaire européenne, le développement de la lutte contre le financement du terrorisme⁵⁸ et surtout, l'adoption d'une définition commune des infractions terroristes, l'harmonisation des sanctions et l'adoption du mandat d'arrêt européen, instrument de judiciarisation des procédures d'extradition. L'espace stratégique et militaire européen, incarné par le deuxième Pilier, est encore actuellement considéré comme le «parent pauvre» de la lutte contre le terrorisme. Pourtant, parce que la construction d'une réponse juridique complète à ce phénomène rencontre des obstacles et des limites qui rendent nécessaire le traitement politique et militaire du phénomène, des mesures additionnelles, dont l'exécution passe nécessairement par l'adoption de règlements au sein du premier Pilier communautaire, ont tout de même été prises.

Les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés sur le territoire américain, «confirmés» par ceux de Madrid et Londres, ont-ils été une dramatique impulsion nécessaire à l'amélioration des dispositifs européens de lutte contre le terrorisme ou une inespérée justification au tournant sécuritaire déjà en préparation et porteur des nouveaux acteurs européens ? De ces interrogations découlent les deux grands axes de la présente étude: la lutte contre le terrorisme en tant que moteur des avancées vers la construction de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (Partie I) et, en tant que révélateur des acteurs européens de la lutte (Partie II).

⁵⁷ LETTERON R., *L'Etat de droit face au terrorisme*, op. cit., p. 261.

⁵⁸ En ce qui concerne le gel des fonds de personnes ou groupes impliqués dans des actes de terrorisme, le Conseil a adopté le 27 décembre 2001 le règlement 2580/2001 (Journal officiel, L.344 du 28 décembre 2001, p.70-75), permettant le gel des avoirs d'organisations et d'individus terroristes. Ce règlement est basé sur la position commune 2001/931/PESC (Journal officiel, L 344 du 28 décembre 2001, p.93-96) relative à l'application des mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme qui met en œuvre la résolution des Nations unies 1073(2001) du 28 septembre 2001. De plus, le Conseil a adopté le 7 juin 2005 la "3ème directive" sur la lutte contre le blanchiment d'argent (directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, 26 octobre 2005, Journal officiel L 309 du 25 novembre 2005), laquelle remplace la directive 91/308/CEE déjà modifiée en 2001, et étend son champ d'application au financement du terrorisme.

PARTIE I :

**La lutte contre le terrorisme, moteur des avancées vers la concrétisation
de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice ?**

Le Traité d'Amsterdam franchit un pas en avant décisif en fixant un objectif unique, celui de la mise en place progressive d'un «espace de liberté, de sécurité et de justice», quel que soit le cadre institutionnel dans lequel les politiques qui y concourent sont conduites⁵⁹. En octobre 1999, le Conseil européen de Tampere, spécialement consacré à la réalisation de cet espace, établit des objectifs précis et un programme de travail. Une série de mesures est ainsi définie, assortie d'un calendrier de mise en œuvre sur cinq ans, et, pour ce qui concerne la justice, l'accent est mis sur l'instauration d'un espace judiciaire européen en matière civile et pénale et sur la lutte contre la criminalité. Parmi les grandes mesures annoncées figurent le rapprochement des législations des Etats membres et la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.

La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice est désormais inhérente à la construction européenne. Nombre de critiques ont dénoncé la lenteur de son développement et exprimé une certaine déception par rapport aux résultats concrets obtenus depuis son «lancement» en 1999. Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 vont apporter un «nouveau souffle» au développement de cet espace. En effet, que ce soit dans le domaine du rapprochement des législations ou dans celui de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, la lutte contre le terrorisme va grandement favoriser l'adoption de textes clefs qui sans cette légitimité n'auraient probablement pas vu le jour.

Toutefois, cet «élan» provoqué par les événements du 11 septembre ne servirait-il pas davantage la partie sécurité au détriment des deux autres composantes du triptyque «liberté, sécurité et justice» ? Afin d'évaluer ce déséquilibre, cette première partie abordera la lutte contre le terrorisme en tant que, d'une part, accélératrice du rapprochement des législations pénales des Etats membres et, d'autre part, initiatrice de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales.

⁵⁹ Article 2 du Traité d'Amsterdam: *«L'Union se donne pour objectifs:*

(...)

- *de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.*

(...)

TITRE I :

**La lutte contre le terrorisme en tant qu'accélératrice du rapprochement
des législations pénales des Etats membres**

La réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice connaît un obstacle majeur : les différences entre les législations nationales des Etats membres, différences qui sont encore plus marquées dans le domaine du droit pénal. Aussi, un certain rapprochement des législations des Etats membres s'avère nécessaire. Dans le domaine pénal, le rapprochement s'impose en effet comme une solution pour éviter que des criminels ne puissent profiter des différences entre les législations nationales, pour offrir aux citoyens européens une compréhension commune de la justice et pour faciliter la reconnaissance mutuelle⁶⁰.

Le rapprochement des législations s'opère avant tout dans les domaines de la criminalité transfrontière dont le terrorisme fait bien évidemment partie. Les attentats du 11 septembre 2001 ont précipité l'adoption d'un texte européen qui tend à rapprocher les législations des Etats membres en matière de définition des incriminations terroristes et de niveaux de sanction⁶¹. Bien que ce texte ait le mérite de porter sur un sujet particulièrement difficile, il ouvre d'inquiétantes perspectives comme une définition commune de l'infraction terroriste et une harmonisation des niveaux de sanction qui ne dupe personne.

⁶⁰ Le principe de reconnaissance mutuelle sera développé dans le Titre II de cette Première Partie.

⁶¹ Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, 22 juin 2002, n° L 164, p. 3 et s.

Chapitre I :

La dangereuse adoption d'une définition commune sur le terrorisme

S'il est un sujet particulièrement problématique, c'est bien la définition juridique de l'infraction terroriste. Selon l'époque, le lieu et nombre d'autres facteurs, la définition du terrorisme et de son infraction varie considérablement. A ce propos, les auteurs Schmid et Jongman avaient recensé, dans le début des années 1980, pas moins de 109 définitions différentes du terrorisme⁶². Ils avaient isolé les termes les plus récurrents servant à définir le terrorisme⁶³ et en avaient conclu à la très grande diversité d'approche du phénomène.

Les événements du 11 septembre 2001 ont été l'occasion de nombreux travaux sur la question. Il en a résulté, entre autres, l'adoption par l'Union européenne d'une définition commune de l'infraction terroriste. Cependant, celle-ci ne constitue qu'une ébauche bien imparfaite qui n'est pas sans mettre en danger certains droits et libertés fondamentales, et sans poser la question de la nécessité d'une définition commune de l'infraction terroriste. En d'autres termes, «*définir le terrorisme : est-ce possible, est-ce souhaitable ?*»⁶⁴

Avant de s'intéresser à proprement parler aux définitions juridiques du terrorisme et de l'infraction terroriste, ainsi que la définition commune adoptée par l'Union européenne, il est nécessaire, afin de mieux appréhender la matière, d'en donner quelques premières approches.

⁶² SCHMID A. P. et JONGMAN A. I., *Political Terrorism : a research guide to concepts, theories and data bases*, North-Holland Publishing Co, Amsterdam, 1983.

⁶³ Sur ces 109 définitions, 83.5% mentionnent les mots «violence»et «force », 65% le mot «politique », 51% les mots «peur»et «terreur », 47% le mot «menaces », 41.5% les «effets psychologiques»et «réactions prévues », 37.5% évoquent la contradiction entre les «cibles»et les «victimes », 32% utilisent les mots «intentionnel », «planifié », «systématique»et «organisé»pour qualifier l'action terroriste, et, 30.5% mentionnent les «méthodes de combat », «stratégies»et «tactiques ».

⁶⁴ GAYRAUD J.F., *Définir le terrorisme : est-ce possible, est-ce souhaitable ?*, Revue internationale de criminologie et de police technique, 1988, p. 185 et suivantes.

Section 1 : Le terrorisme, premières approches

Cerner le terme, comprendre le fait. Pour ce qui est du terrorisme, il s'agit d'une quête particulièrement ardue dans la mesure où la subjectivité est omniprésente. Cette quête commence bien évidemment par un retour en arrière, par une approche historique du terrorisme, afin de connaître ses origines pour, plus tard, mieux comprendre le phénomène. Cette quête implique également de se pencher sur une approche plus «littéraire» ou «scientifique» du terrorisme, c'est-à-dire les définitions données dans les domaines de la science politique, de la sociologie et de l'histoire.

Sous-section 1 : Approche historique du terrorisme

Une approche historique du terrorisme permet de mettre en valeur deux faits importants : d'une part, si le mot terrorisme est relativement récent, le fait est ancien et, d'autre part, les premières qualifications de terrorisme désignaient des «terrorismes» d'Etat.

Paragraphe 1: Le fait a préexisté au mot⁶⁵

Comme le fait remarquer J. M. Sorel, «*Le fait a préexisté au mot*». Si le plus ancien exemple de terrorisme dont on ait trace remonte à l'an 175 avant Jésus Christ avec le mouvement des Maccabées⁶⁶, le mouvement des Zélotes qui débuta au premier siècle de notre ère est d'un intérêt notable à plusieurs égards⁶⁷. En l'an 6, les Zélotes s'organisèrent pour combattre les autorités impériales romaines qui avaient entrepris le recensement de la population juive dans le pays de Judée. C'est une véritable organisation terroriste qui se met alors en place : le parti zélate a su tirer profit du sentiment d'humiliation de la population juive pour «punir» les autorités romaines et les traîtres à la cause nationale. Les

⁶⁵ Pour reprendre l'expression de J. M. Sorel dans SOREL J. M., *Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ?*, dans BANNELIER K., CHRISTAKIS T., CORTEN O., DELCOURT B. (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Cahiers internationaux n°17, Pedone, Paris, 2002, p. 36.

⁶⁶ Le mouvement de rébellion des Maccabées est retracé dans les quatre Livres bibliques des *Maccabées*, composés entre 100 avant Jésus Christ et le IIème siècle de notre ère. Les Maccabées étaient les patriotes juifs à l'origine du soulèvement national contre la politique d'hellénisation du roi séleucide Antiochos IV Epiphane.

armes utilisées étaient avant tout psychologiques : assassinats de personnalités politiques et religieuses, actions punitives dans des lieux publics à tout moment de la journée pour créer un sentiment de peur, de vulnérabilité au sein de la population.

Si l'action des Zélotes était avant tout motivée par le religieux, elle l'était aussi par le politique. Comme organisation religieuse, les Zélotes voulaient imposer par la force une rigueur dans la pratique religieuse et, comme organisation politique, ils souhaitaient reprendre l'indépendance de leur pays à Rome. Ainsi, la combinaison religion-politique est inhérente à la révolte des Zélotes, à leurs actions terroristes.

Cette synergie politico-idéologique est, comme le souligne G. Chaliand et A. Blin, «presque systématiquement présente, sous une forme ou une autre, dans la plupart des mouvements faisant usage du terrorisme» et «en général, les organisations terroristes exclusivement politiques sont rares dans l'histoire tout comme les groupes de revendication religieux n'ayant aucun but politique»⁶⁸.

Ainsi, contrairement à ce qui est généralement admis⁶⁹, le terrorisme est dès le départ un phénomène à la fois lié au religieux et au politique : «les mouvements idéologiques sont au confluent de deux séries de luttes, de conflits, d'aspirations. Il y a d'un côté la dynamique politique, celle de l'éternelle lutte pour le pouvoir que nous décelons partout où nous trouvons une société humaine (...). D'un autre côté, on trouve l'aspiration non moins éternelle à être guidé dans la vie privée et publique par un système de normes, de règles, qui dispense de la peine infinie qu'il y aurait à se faire chaque jour et à chaque occasion un modèle de conduite à suivre, à remettre constamment tout en question. Ce système, on peut l'appeler idéologie»⁷⁰.

⁶⁷ Pour le détail de l'histoire des Zélotes se référer à CHALIAND G. et BLIN A., *Zélotes et Assassins*, dans CHALIAND G. et BLIN A. (dir.), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Al Qaïda*, Bayard, Paris, 2004, p. 59 et suivantes.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 61.

⁶⁹ En effet, il est généralement admis que le terrorisme ne prend qu'à la fin du XIX^{ème} siècle une dimension politique avec, dans les années 1860, les anarchistes russes, ou nihilistes qui font usage des attentats pour marquer le rejet des valeurs de la génération précédente. La terreur devient un instrument de politique, d'abord interne puis étrangère.

⁷⁰ RODINSON M., Préface à LEWIS B., *Les Assassins, terrorisme et politique dans l'islam médiéval*, Bruxelles, Editions Complexe, 2001, p. 8.

Le fait terroriste, déjà religieux et politique, a longtemps préexisté au mot qui n'apparaît que tardivement dans les dictionnaires français et seulement pour désigner une terreur d'Etat.

Paragraphe 2: Premières qualifications de terrorisme, des «terrorismes» d'Etat

Le terrorisme est une appellation d'origine française, ainsi que ses dérivés comme le verbe terroriser ou le mot terroriste. Le vocable terrorisme a été repris dans les autres langues sous la forme, par exemple, de «terrorismo» en italien ou bien de «terrorism» en anglais.

Ainsi, l'appellation «terrorisme» apparaît pour la première fois en France lors de la Révolution française. Sous le régime de la Terreur de 1793 à 1794, étaient appelés terroristes les partisans de la terreur d'Etat imposée par la Convention Montagnarde au lendemain du 30 août 1793⁷¹. Comme le souligne J. F. Gayraud, *«les premiers dans l'Histoire à être appelés terroristes sont de ce fait les conventionnels envoyés en mission en province pour assurer la répression du royalisme et du fédéralisme, conventionnels qui ne feront qu'appliquer avec zèle les consignes du pouvoir légal dirigeant la guerre civile depuis Paris : un peu partout en France il y aura des dizaines de milliers de morts légaux»*⁷².

Ainsi, les premiers actes qualifiés de terroristes ont été organisés au nom et exécutés par l'Etat : le premier terrorisme qualifié comme tel fut donc l'œuvre d'un Etat, la France. Toujours selon J. F. Gayraud, parce que le terrorisme est né en «haut», au sein de l'Etat, terrorisme et terrorisme d'Etat sont des synonymes.

Le mot terrorisme est fixé pour la première fois dans le supplément de 1798 au grand Dictionnaire de l'Académie française⁷³ et évoque alors les excès de la Terreur révolutionnaire.

⁷¹ Pour mémoire, ce régime de la Terreur consistait en l'élimination des Girondins (ils étaient arrêtés, passaient devant le Tribunal révolutionnaire et, pour nombre d'entre eux, étaient guillotins).

⁷² GAYRAUD J. F., *op. cit.*, p. 186.

⁷³ Il est intéressant de noter que cette même année, le philosophe KANT E. utilise le terme terrorisme pour décrire une conception pessimiste du destin de l'humanité.

L'association des termes terrorisme/terreur est évidente. Le mot terreur, qui est issu du latin *terror*, est lui-même utilisé pour la première fois en 1355 par le moine Bersuire⁷⁴. Le terme terreur se définit généralement comme suit : «*pratique systématique de violences, de répressions, en vue d'imposer un pouvoir*»⁷⁵. Ainsi, comme le propose C. Mellon⁷⁶, le terrorisme peut se définir par la nature même des actes commis, et pour ce faire, un renvoi à l'étymologie du mot s'avère très utile. Il considère alors qu'«*est terroriste tout acte de violence qui a pour premier objectif d'inspirer une peur intense, afin de récolter les bénéfices politiques de cette peur*». Cependant et toujours en s'appuyant sur l'étymologie du terme, définir le terrorisme comme étant *grosso modo* un acte de terreur revient à une tautologie. Or, définir par tautologie n'apporte aucun élément pertinent mais révèle la difficulté sous-jacente qui existe pour définir le terrorisme.

Cette première approche historique du terrorisme doit être nécessairement complétée par une approche «littéraire» afin de mieux cerner le phénomène.

Sous-section 2 : Approche «littéraire»⁷⁷ du terrorisme

Il convient de se tourner vers les définitions données du terrorisme par divers experts afin de constituer une véritable «base de données» au service du juriste et de dégager les lignes directrices des aspects définitionnels du terrorisme.

Paragraphe 1: La «littérature» comme support pour le juriste

Du côté de la «littérature», chaque expert donne sa version, sa définition du terrorisme qui peut être susceptible d'inspirer le juriste⁷⁸. Mais avant de citer ces experts, un rapide aperçu des définitions données dans les dictionnaires peut s'avérer éclairant.

⁷⁴ GUILLAUME G., *Terrorisme et droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1989, tome III, p. 296.

⁷⁵ Selon la définition tirée du Petit Larousse.

⁷⁶ MELLON C., *Face au terrorisme, quelques repères*, disponible sur le site Internet «Esprit et Vie»; consultable à l'adresse suivante : http://www.esprit-et-vie.com/breve.php3?id_breve=100

⁷⁷ Approche «littéraire» du terrorisme dans le sens où cette approche se fonde sur des écrits d'experts en science politique principalement et non sur des écrits juridiques.

⁷⁸ Comme le précise J.M. SOREL, «*Alors que le droit recherche une définition synthétique et consensuelle, la science politique peut naviguer vers des analyses diversifiées, voire contradictoires. (...) [la science politique] peut s'immiscer dans les fondements du terrorisme, c'est-à-dire exactement là où le droit ne peut – ou ne veut – pas s'immiscer*»; dans SOREL J.M., *op. cit.*, p. 41.

Le dictionnaire, en tant qu'instrument, indicateur de la ou des significations communément données à un mot, constitue une première approche «littéraire» du terrorisme. Le dictionnaire *Le Petit Larousse*⁷⁹ définit le terrorisme dans un premier temps, comme étant un «*ensemble d'actes de violence commis par une organisation pour créer un climat d'insécurité ou renverser le gouvernement établi*», puis donne une définition «historique» du terme, c'est-à-dire le «*régime de violence institué par le gouvernement révolutionnaire, en 1793-1794*». Quant au dictionnaire *Le Petit Robert*⁸⁰, il le définit en ces termes : «*l'emploi systématique de la violence pour atteindre un but politique*». Alors que *Le Larousse* interprète le terrorisme du point de vue de la sécurité, en tant qu'action créant l'insécurité, *Le Robert* considère le terrorisme comme un moyen de mise en œuvre d'une volonté politique. Enfin, le dictionnaire *Emile Littré* rappelle que le mot vient du latin *terrorem, terrere* qui signifie «faire trembler»⁸¹. Le mot terrorisme est donc né de la suffixation du radical «terreur»⁸².

Parmi les experts qui ont traité du terrorisme et tenté de rechercher une définition, certains ont opté pour une définition généralisante, tels I. Sommier et P. Wilkinson. Ainsi, selon I. Sommier, le terrorisme désigne «*des modes d'action hétéroclites pouvant s'inscrire dans des stratégies classiques autant que d'autres formes de violence*»⁸³. Quant à P. Wilkinson, il définit le terrorisme comme étant par essence «*un acte d'intimidation visant à contraindre, il s'agit d'actes ou de menaces de violence prémédités dans le but de susciter une peur telle chez ceux qui en sont la cible qu'ils soient obligés de modifier leur attitude pour satisfaire les terroristes*»⁸⁴.

D'autres ont préféré s'orienter vers des définitions plus précises. Selon D. Hoffman, le terrorisme s'entend de «*l'usage de la violence visant à créer délibérément un climat de peur ayant comme cible première non pas la victime immédiate mais une audience plus large (un groupe ethnique ou religieux rival, un pays entier, un gouvernement, un parti politique, une opinion publique), dont l'objectif est d'obtenir de la publicité et du pouvoir*

⁷⁹ *Le Petit Larousse illustré*, Larousse, Paris, 2005.

⁸⁰ *Le Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006.

⁸¹ LITTRÉ E., *Dictionnaire de la langue française*, Tome quatrième, Librairie Hachette et Cie, Paris, 1985.

⁸² D'où le rappelle que définir le terrorisme par rapport à la terreur, comme c'est très souvent le cas, n'est ni plus ni moins qu'une tautologie.

⁸³ SOMMIER I., *Le terrorisme*, Flammarion, collection «Dominos », Paris, 2000, p. 11.

⁸⁴ WILKINSON P., *Technology and Terrorism*, Londres, Frank Cass and Co, 1993.

pour atteindre des changements politiques, ceux-ci pouvant être à une échelle interne ou internationale»⁸⁵.

De façon assez similaire, pour A. P. Schmid, le terrorisme correspond à *«une méthode d'action violente qui est perpétrée par des individus, des groupes ou acteurs étatiques clandestins, pour des raisons soit d'idiosyncrasie, soit criminelles ou politiques, contre des personnes sélectionnées au hasard ou contre des personnes précises (cibles symboliques d'une population donnée) visant à intimider, contraindre ou faire de la propagande pour une cause»⁸⁶.*

Ces deux dernières définitions ont en commun le fait que les cibles de l'acte de violence terroriste ne sont pas nécessairement les cibles principales, elles n'en sont qu'un intermédiaire, un moyen.

Définir le terrorisme revêt une complexité qui n'épargne pas les experts, preuve en est, la diversité des définitions données et l'usage de la définition par tautologie. Ceci dit, et en particulier dans le domaine du droit⁸⁷, l'obstacle est souvent contourné en se tournant vers les acteurs et les instigateurs du terrorisme⁸⁸. Parce que l'on ne parvient pas avec précision à définir le terrorisme en tant que tel, on va préférer définir le groupe ou l'individu terroriste.

Suivant cette piste, T. Garton Ash, historien, propose non pas sa version de la définition du terrorisme, mais une démarche en quatre étapes pour pouvoir l'identifier⁸⁹ ⁹⁰. Quatre critères doivent être observés pour déterminer si l'on est en présence ou non d'un groupe terroriste. Il convient, en quelque sorte, d'établir sa carte d'identité en se posant quatre questions : qui, pourquoi, comment et où ? La première question «qui ?», revient à établir la biographie des membres qui composent le groupe afin de mieux comprendre l'origine et

⁸⁵ HOFFMAN D., *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, Venice: Federal House Place of Publication, 1998.

⁸⁶ SCHMID A. P. (et JONGMAN A. I.), *op. cit.*

⁸⁷ Ce qui sera étudié sous la section 2 de ce chapitre.

⁸⁸ Exception doit être faite pour le cas très épineux du terrorisme d'Etat qui sera traité ultérieurement.

⁸⁹ GARTON ASH T., *Is there a good terrorist ?*, New York Review of Books, 29 novembre 2001, dans HUBRECHT J., *Comment distinguer un «combattant de la liberté» d'un terroriste ?*, Esprit, janvier 2002, p. 31.

⁹⁰ Notons que de semblables grilles d'analyse du terrorisme ont aussi été développées par d'autres auteurs ; citons à titre d'exemple l'étude de D. Bigo et D. Hermant, antérieure à celle de T. Garton Ash, qui décrit le terrorisme à travers trois critères : les acteurs, les buts et les moyens.

les motivations de ce dernier. La deuxième question «pourquoi ?», revient à identifier les objectifs du groupe. La troisième question «comment ?», s'intéresse elle aux méthodes employées par ledit groupe et, à ce stade, il est également important de voir si ces méthodes sont dirigées aveuglément contre une population ou, si elles visent en particulier certains représentants, personnes officielles ou autre groupe restreint bien déterminé. Enfin, la quatrième question «où ?», vise à savoir si les actions sont menées dans un seul Etat précisément ou dans plusieurs Etats ; dans ce dernier cas de figure, reste à trouver ce qui lie ces Etats, à savoir le dénominateur commun qui explique la présence d'actions similaires à l'intérieur d'Etats différents.

Les éléments de définition du groupe terroriste, dans le cadre de cette approche «littéraire» du terrorisme, constituent également des «pistes» afin de mieux appréhender ce phénomène et d'en dégager des lignes directrices.

Paragraphe 2: A défaut d'une définition consensuelle, des lignes directrices

«Etudier le terrorisme, c'est donc, au-delà des classifications ou des morphologies primaires, attirer l'attention sur les emboîtements plus ou moins complexes qui relient des éléments non spécifiques en eux-mêmes, et qui les insèrent dans la relation terroriste»⁹¹.

Comme l'indiquent D. Bigo, D. Hermant, T. Garton Ash, A. P. Schmid et A. I. Jongman, précédemment cités, il est possible de dégager des traits communs, des lignes directrices propres au phénomène terroriste. Ces lignes directrices, qu'il convient de présenter, n'ont en aucune façon la prétention de donner «la» définition du terrorisme, mais elles ont le mérite de clarifier une notion dont la complexité fait l'unanimité.

L'un des traits les plus caractéristiques du terrorisme est sans conteste l'utilisation de la violence. Toutefois, il s'agit là d'une violence particulière puisqu'elle est réflexive. En d'autres termes, la violence terroriste n'a pas pour seul objectif de détruire, mais de communiquer en détruisant, de faire savoir un message⁹².

⁹¹ BIGO D. et HERMANT D., *La relation terroriste*, Etudes polémologiques, n° 30-31, 1984, p. 50.

⁹² S'en référer à ce propos à BRODEUR J. P., *Countering terrorism in Canada*, p. 184, dans FARSON A. S. (dir.), *Security and Intelligence in a Changing World*, Or. : Frank Cass., 1991.

Il est d'usage de rechercher un autre trait commun du côté des victimes, cibles de la violence terroriste. Alors que les cibles, objets de l'attaque, dépendent des revendications, du message à faire passer et sont par conséquent concrètes et prédéterminées, les victimes sont principalement de deux ordres : les victimes «anonymes» et les victimes «choisies». La violence terroriste est souvent qualifiée de violence «aveugle» dans la mesure où elle ne fait pas de distinction entre personnes combattantes ou non, personnes directement concernées par le message à communiquer ou non. Ce qui importe, c'est avant tout de créer un climat de peur, de terreur où chacun peut potentiellement être une victime. Ceci est l'essence même du terrorisme : générer un climat de crainte. A ce stade, il semble difficile de mettre de côté les effets psychologiques du terrorisme, qui peuvent également constituer une de ses caractéristiques⁹³.

Cette catégorie amène à souligner la différenciation victime/cible de l'action terroriste. En effet, dans le cas présent, la victime directe de l'acte de violence n'est pas sa cible principale. Une fois encore, ce qui compte ce n'est pas l'acte de violence en lui-même mais ses effets collatéraux, psychologiques non pas sur les victimes de l'acte en question mais sur celle(s) qui en est la cible par ricochet. La violence employée peut aussi être directement dirigée contre les cibles immédiates, réelles ou choisies de l'acte terroriste. Dans ce cas, la différenciation victime/cible telle que précédemment évoquée, n'a plus lieu d'être. En effet, certains actes terroristes vont s'attaquer directement à la personnalité publique sans passer par l'intermédiaire de cibles anonymes⁹⁴.

De plus, l'acte terroriste peut également être perpétré contre des administrations, biens publics choisis. Ce ne sont cette fois-ci non pas des personnes qui sont prises pour cibles mais des biens⁹⁵.

Ainsi, l'acte terroriste aurait pour victimes des victimes anonymes et/ou choisies. Dans le cas de ces premières, dirigées contre des personnes, le but immédiat est de faire le plus de

⁹³ Cette catégorie d'actes terroristes correspond davantage aux attaques terroristes de type extrémisme religieux qui s'attaquent généralement à des victimes prises au hasard.

⁹⁴ Il s'agit généralement en l'espèce d'actes terroristes de type extrémisme politique.

⁹⁵ C'est encore le terrorisme de type extrémisme politique qui est majoritairement concerné ici. Cela dit, que penser des violences urbaines perpétrées en France fin octobre/novembre 2005? Ces violences massivement dirigées contre des biens publics et qui ont créé un climat de peur dans les villes touchées avaient pour objectif, elles aussi, de faire savoir un message. Ces violences, dont le bilan consiste en près de 8000 voitures brûlées, de nombreux équipements collectifs détruits et l'instauration de l'état d'urgence, peuvent-elles alors être qualifiées d'actes de terrorisme urbain ?

victimes possible, alors que dans le cas de ces secondes, dirigées contre des personnes et/ou des biens, le but immédiat est de détruire un symbole. En d'autres termes, alors que l'effet du premier cas est «numéraire», celui du second est davantage «qualitatif».

Dans le cas des attentats du 11 septembre 2001, non seulement des symboles ont été détruits, mais encore un grand nombre de victimes a été causé. Reste alors à déterminer quel était le véritable but des ces attentats, à savoir faire le plus grand nombre de victimes possible ou détruire des symboles des Etats-Unis. Vraisemblablement, le but initial était de détruire les symboles visés, le grand nombre de victimes n'en a été que la funeste conséquence.

Quoiqu'il en soit, que l'acte terroriste soit dirigé contre des victimes anonymes ou des victimes choisies, il est toujours communicatif car si le but immédiat est de tuer, détruire, il ne s'avère être que le moyen d'un autre but, la cible «réelle». Il est intéressant de relever que le choix des victimes va souvent être fonction du type de terrorisme concerné, à savoir, dans ses grandes lignes, d'un terrorisme de type extrémisme religieux ou politique. De là peut être dégagée une autre caractéristique du terrorisme : si les victimes varient d'un terrorisme à un autre, les cibles, elles, sont toujours prédéterminées. Le terrorisme est le fruit de motivations précises d'ordre politique, idéologique ou religieux. C'est cela qui confère au terrorisme son caractère prémédité ; il s'inscrit dans une stratégie.

Ainsi, s'il est généralement accepté que le terrorisme est associé à la violence dans un but déterminé, il est en revanche difficile de rechercher des traits communs à travers ses victimes.

Ces deux premières approches du terrorisme, c'est-à-dire l'approche historique et celle «littéraire», permettent de mieux appréhender un concept aux contours particulièrement flous, avant de traiter de la définition du terrorisme et du droit et de constater que ce dernier n'échappe pas à la difficulté de la matière, bien au contraire.

Section 2 : Le droit et la définition du terrorisme

Le sujet est particulièrement difficile et exige une étude en plusieurs étapes. Il convient donc dans un premier temps de s'intéresser aux définitions du terrorisme selon le droit international public, puis de se tourner vers les définitions données par certains des Etats membres de l'Union européenne pour enfin se concentrer sur la définition commune adoptée par l'Union européenne en juin 2002.

Sous-section 1 : La définition du terrorisme selon le droit international public

Le droit international public est celui vers lequel on doit, dans un premier temps, se tourner dans cette quête d'une définition juridique du terrorisme, dans la mesure où le terrorisme est un problème désormais international et où le droit international comprend de nombreuses sources. Rechercher une définition du terrorisme consiste alors à se plonger dans l'étude desdites sources ayant trait à celui-ci. Force est de constater que le droit international public n'est pas très loquace sur ce sujet. Pour ce qui est des décisions juridictionnelles, des principes généraux du droit, de la coutume et le droit dérivé des organisations internationales, il semblerait qu'aucune définition consensuelle du terrorisme ne puisse être dégagée. Reste à se pencher sur les textes internationaux et régionaux qui proposent des définitions du terrorisme ou de l'infraction terroriste et de les commenter. Enfin, dans le but de compléter cette quête d'une définition du terrorisme en droit international public, la doctrine doit également être mentionnée.

Paragraphe 1: La définition du terrorisme dans les textes internationaux

Si l'on compare le nombre d'instruments internationaux dédiés à la lutte contre le terrorisme au nombre de définitions effectivement données de ce dernier, le constat est sans appel : il y a, en droit international, pour ce qui du terrorisme, de grandes lacunes définitionnelles.

Pourtant, dès les années 1960 avec le développement de l'aviation civile, l'arsenal juridique anti-terroriste connaît un important développement. Ces textes ont pour objet de réprimer des actes spécifiques qualifiés d'entrave à la libre circulation. Cet arsenal consiste en les textes suivants:

- La Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (signée à Tokyo le 14 septembre 1963)⁹⁶ ;
- La Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970)⁹⁷ ;
- La Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971)⁹⁸ ;
- La Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)⁹⁹ ;
- La Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979)¹⁰⁰ ;
- La Convention sur la protection des matières nucléaires (Vienne, 3 mars 1980)¹⁰¹ ;
- Le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation internationale, et la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 24 février 1988)¹⁰² ;
- La Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988)¹⁰³ ;
- Le Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Rome, 10 mars 1988)¹⁰⁴ ;
- La Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection (Montréal, 1^{er} mars 1991)¹⁰⁵ ;

⁹⁶ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 704, n° 10106.

⁹⁷ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 860, n° 12325.

⁹⁸ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 974, n° 14118.

⁹⁹ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1035, n° 15410.

¹⁰⁰ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1316, n° 21931.

¹⁰¹ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1456, n° 24631.

¹⁰² *International Civil Aviation organization*, Doc. 9518.

¹⁰³ *Revue générale de droit international public*, 1988, p. 477.

¹⁰⁴ *Revue générale de droit international public*, 1988, p. 792.

¹⁰⁵ *United Nations Doc.S/22393*.

- La Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997)¹⁰⁶ ;
- La Convention pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999)¹⁰⁷ .

L'adjectif terroriste ainsi que le mot terrorisme n'apparaissent pour la toute première fois que dans les deux dernières Conventions susmentionnées. Si les titres de ces deux textes constituent un pas en avant dans la mesure où ils mentionnent enfin l'objet même desdites Conventions, ils ne définissent pas pour autant le terrorisme alors que d'autres concepts y sont expressément définis. Il est tout à fait symptomatique des textes internationaux portant sur le terrorisme de ne pas le définir, tel un témoignage de l'impuissance des rédacteurs de parvenir à une définition consensuelle. Alors même que ces textes ont pour objet la lutte contre le terrorisme, ils demeurent muets quant à sa définition.

Toutefois, il convient de souligner que la Convention pour la répression du financement du terrorisme offre une définition assez intéressante de l'acte terroriste. En effet, celle-ci considère comme constitutif d'infraction en sus des actes concrets visés par les autres textes internationaux : *«Tout (...) acte destiné à causer la mort ou des dommages corporels graves à toute personne civile, ou à toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte est destiné à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque»*¹⁰⁸ .

Cette définition offre deux aspects intéressants. Dans un premier temps, la définition insiste sur les conséquences directes de l'acte terroriste, c'est-à-dire sur les dommages qui pourraient être causés à une population civile c'est-à-dire une population ne participant pas à des hostilités armées. Dans un deuxième temps, elle s'oriente sur les conséquences par ricochet, c'est-à-dire sur la subversion de l'ordre politique. Bien que la Convention ne donne pas de définition du terrorisme en tant que tel, elle offre une définition de l'acte terroriste susceptible d'inspiration.

¹⁰⁶ United Nations Doc.A/RES/52/164.

¹⁰⁷ United Nations Doc.A/RES/54/109.

¹⁰⁸ Article 2-1, b de la Convention sur la répression du financement du terrorisme.

D'autres instruments internationaux qui ne portent pas spécifiquement sur le terrorisme mais le prennent en considération existent¹⁰⁹. Cela dit, ils ne proposent pas de définition, ni de l'acte terroriste ni du terrorisme.

Paragraphe 2: La définition du terrorisme dans les textes régionaux

A l'échelle régionale, un certain nombre de textes sur le terrorisme existent et doivent être mentionnés dans la mesure où ils sont le reflet des divergences régionales quant à la définition de l'infraction terroriste. Ces Conventions sont au nombre de sept :

- La Convention de l'Organisation des Etats Américains pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (Washington, D. C., 2 février 1971)¹¹⁰ ;
- La Convention européenne sur la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)¹¹¹ ;
- La Convention régionale de l'Association Sud-Asiatique de coopération régionale sur la suppression du terrorisme (Katmandou, 4 novembre 1987) ;
- La Convention arabe sur la suppression du terrorisme (Le Caire, 22 avril 1998) ;
- Le Traité sur la coopération à la lutte contre le terrorisme entre Etats membres de la Communauté des Etats indépendants (Minsk, 4 juin 1999) ;
- La Convention de l'Organisation de la Conférence Islamique sur la lutte contre le terrorisme international (Ouagadougou, 1^{er} juillet 1999) ;
- La Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (Alger, 14 juillet 1999).

¹⁰⁹ Comme la IV^{ème} Convention de Genève de 1949 ainsi que les deux Protocoles additionnels de 1977 où il est entendu par terrorisme une méthode de guerre. Egalement, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994) qui inclut le terrorisme dans son champ d'application.

¹¹⁰ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1438, n° 24381.

¹¹¹ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1137, n° 17828.

La Convention arabe sur la suppression du terrorisme de 1998¹¹² est une des premières à «oser» définir les termes de terrorisme et d'infraction terroriste. Ainsi, elle définit le terrorisme comme étant¹¹³ : *«Tout acte de violence ou menace de violence, quels qu'en soient les causes et les buts, commis pour mettre en œuvre un projet criminel individuel ou collectif et visant à semer la terreur parmi les gens ou à les effrayer en leur portant atteinte ou en mettant en péril leur vie, leur liberté ou leur sécurité ou à porter atteinte à l'environnement, à l'un des services publics, aux biens publics ou privés, ou à les occuper ou à s'en emparer, ou encore à mettre en danger une des ressources nationales»*¹¹⁴. Quant à l'infraction terroriste, elle y est définie comme suit : *«Toute infraction ou commencement d'une infraction commis dans un but terroriste dans tout Etat contractant ou visant ses ressortissants, ses biens ou ses intérêts, et qui sont punis par la loi interne de l'Etat en question. Sont considérées également comme infractions terroristes, les infractions prévues par les Conventions suivantes, exception faites des infractions non prévues par les législations des Etats parties ou des Etats qui n'ont pas ratifiés ces Conventions. (...)*¹¹⁵.

La Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine comprend également une définition de ce qui constitue un acte terroriste tout en évitant un sujet politiquement litigieux par l'exclusion de la définition des luttes engagées par les peuples pour la libération ou l'autodétermination.

Parmi les Conventions régionales citées, il en est une qui fait office d'exemple en la matière : la Convention européenne. En effet, derrière un titre prometteur et malgré l'emploi de nombreuses reprises du terme «terrorisme», aucune définition n'apparaît dans le corps du texte. L'article 1^{er}, comme cela est souvent le cas, ne se contente que de citer les Conventions auxquelles la Convention européenne se rapporte pour ce qui est de la détermination des infractions comprises dans son champ d'application, ainsi que d'énumérer en quatre points ce qui constitue de telles infractions¹¹⁶.

¹¹² Cette Convention s'en réfère à la *Charia* tout comme celle de l'Organisation de la Conférence Islamique qui donne une définition similaire du terrorisme.

¹¹³ Version en français de la Convention arabe sur la suppression du terrorisme disponible sur le site : http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Arabe/inst_1-conv98.htm (source : AL-MIDANI M. A., *Les droits de l'homme et l'Islam – Textes des organisations arabes et islamiques*, Marc-Bloc, Strasbourg, 2003).

¹¹⁴ Article 1^{er}, paragraphe 2, de la Convention arabe sur la suppression du terrorisme.

¹¹⁵ Article 1^{er}, paragraphe 3, de la Convention arabe sur la suppression du terrorisme.

¹¹⁶ Article 1 : *Pour les besoins de l'extradition entre Etats contractants, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques :*

Bien que les textes régionaux sur le terrorisme s'aventurent davantage sur le délicat terrain de la définition du terrorisme ou de l'acte terroriste que les textes internationaux¹¹⁷, il n'en demeure pas moins que les éléments définitionnels relatifs au terrorisme restent généralement absents des textes.

Paragraphe 3: La définition du terrorisme selon la doctrine

1. La définition du terrorisme selon le Dictionnaire de droit international public

L'un des premiers réflexes est, comme précédemment, de s'en référer au dictionnaire, mais cette fois-ci aux dictionnaires du droit international public. Le Dictionnaire de droit international public de J. Salmon donne du terrorisme la définition générale suivante : *«Fait illicite de violence grave commis par un individu ou un groupe d'individus, agissant à titre individuel ou avec l'approbation, l'encouragement, la tolérance ou le soutien d'un Etat, contre des personnes ou des biens, dans la poursuite d'un objectif idéologique, et susceptible de mettre en danger la paix et la sécurité internationales»*¹¹⁸.

Trois éléments dans cette définition sont à relever. Le premier est que le terrorisme d'Etat est pris en considération. Cet élément définitionnel faisait si souvent défaut dans les autres définitions du terrorisme, qu'il mérite à ce titre d'être souligné. Ainsi, le terrorisme peut être aussi bien le fait de personnes privées que d'agents d'un Etat. Autre élément, qui peut paraître quelque peu exagéré, l'utilisation dans le corps même de la définition de l'expression *«de mettre en danger la paix et la sécurité internationales»*. Ces mots ne sont bien évidemment pas sans rappeler de nombreuses résolutions adoptées par le Conseil de

-
- a. les infractions comprises dans le champ d'application de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970 ;
 - b. les infractions comprises dans le champ d'application de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971 ;
 - c. les infractions graves constituées par une attaque contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ayant droit à une protection internationale, y compris les agents diplomatiques ;
 - d. les infractions comportant l'enlèvement, la prise d'otage ou la séquestration arbitraire ;
 - e. les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques, ou de lettres ou colis piégés dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour des personnes ;
 - f. la tentative de commettre une des infractions précitées ou la participation en tant que coauteur ou complice d'une personne qui commet ou tente de commettre une telle infraction.

¹¹⁷ Ceci s'explique assez simplement par le fait que ces textes étant «régionaux», il est en général plus aisé de parvenir à un accord sur les termes employés, sur leur définition.

sécurité des Nations Unies allant dans ce sens. A titre d'exemple, dans la célèbre affaire de *Lockerbie*, le Conseil avait souligné qu'il était «convaincu que l'élimination des actes de terrorisme international (...) est essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales»¹¹⁹. Enfin, la définition du terrorisme, telle que donnée par le Dictionnaire du droit international public, ne donne que pour seule motivation «la poursuite d'un objectif idéologique».

2. La définition du terrorisme selon la doctrine¹²⁰

Le terme «terrorisme» entre pour la première fois dans l'univers juridique lors de la Conférence internationale de Bruxelles pour l'unification du droit pénal en 1930. Les juristes s'emparent enfin du mot et les premières études doctrinales sur ce sujet apparaissent.

Un des premiers auteurs qui se livre au périlleux exercice de la description, plus que de la définition du terrorisme, est H. Donnedieu de Vabres qui, en 1947, écrivait : «L'originalité (de ce phénomène) réside dans la réunion des caractères suivants :

- 1° il est le fait de bandes, souvent internationales, ce qui le rend particulièrement efficace ;
- 2° les procédés dont il use sont de nature à provoquer la terreur : explosions, destructions de chemins de fer ou d'édifices, ruptures de digues, empoisonnement d'eau potable, propagation des maladies contagieuses (...);
- 3° il crée un danger commun.»¹²¹

Description du terrorisme que J. Pradel qualifiait quarante ans plus tard de «lumineuse prescience que devait hélas confirmer l'avenir»¹²².

¹¹⁸ SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p. 1081.

¹¹⁹ Voir les Résolutions 743/1992 et 883/1993 du Conseil de sécurité de l'ONU. Résolutions prises dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, «Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression»(la première Résolution prise dans cette affaire, la Résolution 731/1992, étant elle vraisemblablement basée sur le Chapitre VI de la Charte).

¹²⁰ Plus précisément, selon quelques éminents juristes.

¹²¹ DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité de droit criminel*, 3^{ème} édition, 1947, n° 208, p. 123.

¹²² PRADEL J., *Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal*, Recueil Dalloz, 1987, Volume 1, p. 41.

G. Guillaume, dans son cours à l'Académie de La Haye¹²³, livre sa version de la définition de l'activité terroriste. Selon lui, *«une activité criminelle ne peut être regardée comme terroriste que si trois éléments sont réunis :*

- *La perpétration de certains actes de violence de nature à provoquer des morts ou à causer des dommages corporels graves ;*
- *Une entreprise individuelle ou collective tendant à la perpétration de ces actes ;*
- *Le but poursuivi : créer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou plus généralement dans le public».*

Pour ce qui est du premier élément, la violence, G. Guillaume préconise de mettre sous ce terme les actes de violence dirigés contre les personnes ainsi que ceux dirigés contre des biens qui créent un danger grave pour les personnes. Pour ce qui est de l'entreprise tendant à la perpétration des actes terroristes, G. Guillaume insiste sur le caractère prémédité, *«un dessein formé ou un plan concerté»*. Enfin, pour le troisième élément, mais non le moindre puisque *«créer la terreur constitue l'originalité profonde du phénomène»*, il rappelle la distinction qui doit être opérée entre *«la victime que le terroriste entend frapper, la cible qu'il désire atteindre et les résultats qu'il souhaite obtenir»*. Il qualifie alors cette distinction fondamentale de *«rationalité unique»* dont relève l'activité terroriste. G. Guillaume précise également que l'attentat terroriste est très généralement revendiqué. Les revendications peuvent alors relever du droit commun¹²⁴ ou être politiques, comme c'est le plus souvent le cas. Dans ce deuxième cas de figure, le terrorisme politique se distingue par conséquent de la violence politique, de l'anarchisme, de l'assassinat politique et de la guérilla.

Ainsi, G. Guillaume propose une définition juridique de l'infraction terroriste où les trois éléments nécessaires sont réunis : l'élément matériel qui est l'acte de violence, l'élément intentionnel qui est l'entreprise préméditée et, le mobile qui est de créer un climat de terreur dans un but précis.

¹²³ GUILLAUME G., *op. cit.*, p. 303 et s.

¹²⁴ *«lorsqu'elles sont le fait de malfaiteurs cherchant à échapper à la répression en frappant hommes politiques, policiers ou juges trop actifs.»*

Toutefois, et ce malgré les tentatives de certains, la doctrine reflète elle aussi le malaise qui plane autour de la rédaction d'une définition à portée «générale» ou consensuelle du terrorisme : elle est incertaine et divisée.

Ce bref aperçu des éléments définitionnels du terrorisme du côté du droit international public illustre parfaitement toute la complexité, l'ambiguïté de la matière. Il est aussi une introduction, un outil pour mieux appréhender ces mêmes aspects définitionnels selon le droit interne de certains Etats membres de l'Union européenne.

Sous-section 2 : La définition du terrorisme selon le droit interne des Etats membres de l'Union européenne

Parmi les Etats membres de l'Union européenne, seuls six étaient dotés avant les événements du 11 septembre 2001 d'une législation sur le terrorisme : l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, le Portugal et le Royaume-Uni¹²⁵. Ces six pays se sont dotés d'une telle législation en réponse aux attaques terroristes auxquelles ils ont dû faire face sur leur propre territoire. *A contrario*, les Etats membres qui n'ont pas ou peu été touchés par ce phénomène n'ont certainement pas ressenti la nécessité d'en faire autant. Le concept de prévention face à la menace terroriste ne semble alors guère développé.

Les attaques terroristes du 11 septembre 2001 ont bouleversé la donne en ce sens que la plupart des pays, jadis peu concernés par le problème du terrorisme, ont alors pris conscience que, le terrorisme s'étant internationalisé, eux aussi, au même titre que d'autres Etats, pouvaient être touchés. Cependant, il est intéressant de constater que ce sont une fois encore les six Etats susmentionnés qui ont saisi cette occasion pour intensifier leur lutte interne contre le terrorisme. Tous ont pris, très peu de temps après les événements du 11 septembre, de nouvelles mesures, pas toujours justifiées et souvent attentatoires des libertés fondamentales et droits de la personne.

¹²⁵ Certains diraient qu'ils sont au nombre de sept, le septième étant la Grèce. En effet, dans la loi 2928 du 27 juin 2001 relative à la protection des citoyens contre des actes criminels commis par des organisations criminelles, les actes de terrorisme sont, par interprétation, visés, même s'ils ne sont pas explicitement mentionnés (voir l'article 187 (1) du Code pénal hellénique).

Parmi cette «poussée» de nouvelles législations, divers aspects définitionnels peuvent être étudiés à la lumière des droits internes de certains Etats membres de l'Union européenne, c'est-à-dire la France, le Portugal, l'Espagne, l'Italie et le Royaume-Uni¹²⁶. Deux grandes catégories de définition peuvent être dégagées : la définition du terrorisme en tant que subversion de l'ordre constitutionnel et atteinte à l'ordre public et, le cas plus particulier du Royaume-Uni qui le définit en tant qu'action ou menace d'action.

Paragraphe 1: Le terrorisme en tant que subversion de l'ordre constitutionnel et atteinte à l'ordre public

Il convient de procéder ici à une étude succincte des droits français, portugais, espagnol et italien. Ces quatre droits ont en commun le fait de mentionner le but poursuivi par l'auteur d'acte de terrorisme : c'est le but en question qui fait basculer une infraction déjà réprimée ou un comportement dans le champ de l'infraction terroriste. Cependant, alors que le droit français met l'accent sur l'objectif de l'atteinte à l'ordre public et que le droit italien souligne la subversion de l'ordre démocratique, les droits portugais et espagnols comportent ces deux éléments.

¹²⁶ Seront étudiées ici les définitions de l'infraction terroriste, organisation terroriste, terrorisme (...) des cinq Etats membres indiqués. En ce qui concerne les autres Etats membres de l'Union européenne, au moment de l'adoption et de l'entrée en vigueur de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, l'Autriche, la Belgique, le Danemark et la Finlande se sont dotés d'un arsenal juridique répressif à l'encontre du terrorisme en application de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme. Ces Etats transposent le texte de la décision-cadre en ce qui concerne les aspects définitionnels. Le Luxembourg et la Suède, tenant compte de la décision-cadre du Conseil, ont, suite aux attentats du 11 septembre 2001, approuvé la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme. La Grèce, qui avait, avant lesdits attentats, mis en place une législation qui peut s'appliquer au terrorisme (loi 2928 du 27 juin 2001), s'est inspirée de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité de l'ONU de 2001. Quant aux Pays-Bas, ceux-ci avaient avant les attentats, et ce depuis les années 70, défini le terrorisme comme une violation de l'Etat de droit; ils ont aussi dû se conformer à l'application de la décision-cadre du Conseil. Enfin, l'Allemagne, dont le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme avait fait l'objet de nombreuses critiques du fait qu'il avait été adopté selon une procédure d'urgence, a ajouté au principe d'infraction criminelle «Formations d'associations terroristes» à la section 129a du code pénal, celle d'«Associations criminelles et terroristes dans des pays étrangers» à la section 129b. Enfin, les nouveaux Etats membres, c'est-à-dire les dix nouveaux Etats ayant rejoint l'Union européenne en 2004 et les deux autres en 2007, ont également dû adopter le fameux «acquis communautaire» qui, outre le droit communautaire proprement dit, est également constitué de tous les actes adoptés au sein des deuxième et troisième Piliers de l'Union ainsi que des objectifs communs fixés par les traités, ce qui inclut donc la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme.

1. La définition du terrorisme selon le droit français

En droit pénal français¹²⁷, les actes de terrorisme n'ont été définis par le législateur pour la première fois qu'en 1986¹²⁸ suite à la vague d'attentats de l'automne de cette même année. Leur définition est précisée et les peines qui les accompagnent ont été aggravées avec la réforme du Code pénal¹²⁹.

Ainsi, l'article 421-1 du Code pénal¹³⁰, qui reprend les termes de la loi du 9 septembre 1986, dresse la liste des infractions qui constituent des actes de terrorisme. Ces infractions doivent être «*intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur*». Lesdites infractions constitutives d'actes de terrorisme sont les suivantes :

1. *Les atteintes volontaires à la vie , les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du présent code ;*
2. *Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique définis par le livre III du présent code ;*
3. *Les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous définies par les articles 431-13 à 431-17 et les infractions définies par les articles 434-6 et 441-2 à 441-5 ;*
4. *La fabrication ou la détention de machines, engins meurtriers ou explosifs, définies à l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 qui abroge le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre ; (...)* Mais aussi, *la production, la vente, l'importation ou l'exportation de substances explosives (...); l'acquisition, la détention, le transport ou le port illégitime de substances explosives ou d'engins fabriqués à l'aide desdites substances (...); la détention, le port ou le transport d'armes et de munitions des première et quatrième catégories (...); (...)* la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines ; (...)

¹²⁷ Il est intéressant d'étudier tout particulièrement l'aspect définitionnel de l'infraction terroriste en droit pénal français dans la mesure où l'arsenal juridique français est un des plus complets en termes de lutte anti-terroriste.

¹²⁸ A l'occasion du vote de la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986. Il convient de noter que cette toute première définition de l'acte de terrorisme intervient tardivement dans un pays comme la France qui est exposé depuis plusieurs décennies aux attentats terroristes sur son territoire.

¹²⁹ La définition et le régime des infractions terroristes sont fixés au titre II du livre IV du Code pénal (art. 421-1 à 434-6) et au titre XV du livre IV du Code de procédure pénale (art. 706-16 à 706-55).

l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction ;

5. *Le recel du produit de l'une des infractions prévues aux 1° et 4° ci-dessus ;*
6. *Les infractions de blanchiment prévues au chapitre IV du titre II du livre III du présent code ;*
7. *Les délits d'initié prévus à l'article L. 465-1 du code monétaire et financier.*

La définition retenue en droit français est de type «binaire», c'est-à-dire qu'une liste d'infractions déjà réprimées en droit commun est dressée, infractions qui deviennent terroristes si elles sont commises dans un but précis, dans des circonstances particulières¹³¹.

La technique de la liste énumérative, telle que retenue par le droit français, a le défaut d'être inflexible d'un côté, c'est-à-dire qu'un acte commis manifestement dans un but terroriste mais qui ne serait pas prévu dans la liste ne peut être qualifié de tel et, d'impliquer de l'autre, un raisonnement par analogie, ce qui en l'occurrence représente des risques de dérives non négligeables¹³². De plus, l'infraction doit être commise dans des circonstances et buts précis. Or, des formulations comme «troubles graves», «intimidation» ou «terreur» sont trop vagues et laissent, elles aussi, la porte ouverte à diverses interprétations. A ce sujet, J. Pradel, dans son commentaire sur la loi du 9 septembre 1986, écrivait que *«l'appel à la notion de trouble grave à l'ordre public n'apporte pas grand chose puisque cette notion est peu précise – quoiqu'assez restrictive puisque le trouble doit être grave, sérieux. Plus importants en revanche sont les mots 'intimidations' et 'terreur'»*¹³³. Le juge constitutionnel français s'est exprimé à plusieurs reprises sur la question du respect du principe de légalité par la définition de l'infraction terroriste en droit français¹³⁴. Il semblerait que le Conseil constitutionnel, à défaut de pouvoir argumenter, se contente d'affirmer le respect dudit principe, comme s'il préférerait contourner le problème de la définition des actes terroristes.

¹³⁰ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 art. 33, Journal Officiel du 16 novembre 2001.

¹³¹ DESPORTES F. et LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal*, Tome I, Droit pénal général, Economica, 7^{ème} édition, Paris, 2000, p. 125.

¹³² Les inconvénients d'une définition par analogie seront développés ultérieurement avec l'exposé des failles de la définition commune du terrorisme adoptée par l'Union européenne.

¹³³ PRADEL J., *op. cit.*, p. 43.

La grande innovation par rapport à la loi du 9 septembre 1986 réside en la définition autonome du «terrorisme écologique» à l'article 421-2 du Code pénal¹³⁵. Ce dernier dispose que l'infraction de terrorisme écologique est constituée *«lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur»*, le fait *«d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel»*. Cette définition autonome du «terrorisme écologique» s'explique d'une part par l'absence dans l'arsenal répressif français de dispositions permettant de réprimer de manière générale les actes de pollution volontaire, et d'autre part par la montée du péril biologique et chimique. En effet, les années 90 correspondent à la prise de conscience du danger que peuvent représenter les armes biologiques et chimiques et ce suite à deux événements : la découverte en Iraq après la Guerre du Golfe de très grandes quantités d'armes biologiques et chimiques, et surtout, l'empoisonnement au gaz *sarin* perpétré par la secte *Aum* dans le métro de Tokyo en mars 1995¹³⁶.

L'article 421-2-1 du Code pénal¹³⁷ précise également que constitue un acte de terrorisme *«le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents»*.

Enfin, et c'est là une nouveauté apparue dans le Code pénal français suite aux attentats du 11 septembre 2001, et seulement deux mois après ces derniers, l'article 421-2-2¹³⁸, inséré par la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001, dispose que *«le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte»*.

¹³⁴ Dans principalement deux décisions : la Décision C. C. n° 86-213 du 3 septembre 1986 et, la Décision C. C. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.

¹³⁵ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 art. 2, Journal Officiel du 23 juillet 1996.

¹³⁶ Nombreux articles de presse relatifs à l'affaire *Aum* disponibles sur le site du CESNUR (Centre d'études sur les nouvelles religions) : <http://www.cesnur.org/2002/aum.htm>

¹³⁷ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 art. 3, Journal Officiel du 23 juillet 1996.

¹³⁸ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 art. 33, Journal Officiel du 16 novembre 2001.

2. La définition du terrorisme selon le droit portugais

En vertu de l'article 300 du Code pénal portugais, sont définis comme étant des actes terroristes, les actes qui «(...) *visem prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a absterse de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral (...)*».

Le Portugal, moins pressé que certains autres Etats membres, aura attendu la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹³⁹ pour voter un quatorzième amendement au Code pénal et un dixième amendement au Code de procédure pénale. Les articles 300 et 301 du Code pénal ont été par conséquent abrogés. Ainsi, la loi du 26 juin 2003¹⁴⁰ a pour objectif de prévenir et de réprimer les actes et les organisations terroristes¹⁴¹.

Les organisations terroristes sont définies comme suit :

1. *Est considéré comme groupe, organisation ou association terroriste tout groupement de deux personnes ou plus qui, agissant de concert, a pour but de porter atteinte à l'intégrité et à l'indépendance nationales, d'empêcher, modifier ou subvertir le fonctionnement des institutions de l'Etat prévues par la Constitution, de contraindre les autorités publiques à accomplir ou à tolérer qu'un acte quelconque soit accompli, ainsi que d'intimider des personnes, des groupes de personnes ou une population en générale, moyennant :*

- a) *des crimes contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté des personnes ;*
- b) *des crimes contre la sécurité des transports et des télécommunications (...);*
- c) *des crimes de production dolosive de danger commun par incendie, explosion, libération de substances radioactives ou de gaz toxiques ou asphyxiants (...);*

¹³⁹ Décision-cadre 2002/475/JAI, *op. cit.*

¹⁴⁰ Loi 52/2003, portant lutte contre le terrorisme, en date du 26 juin 2003. Le texte de cette loi, en langue française, est consultable sur le site : <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais/Loi52-2003.html>

¹⁴¹ Article 1^{er} de la loi 52/2003 relatif à l'objet de la loi susmentionnée.

- d) *des actes pouvant détruire ou perturber le fonctionnement ou détourner de leurs buts normaux (...) des moyens ou des voies de communication, des installations de services publics (...)* ;
- e) *la recherche et le développement d'armes biologiques ou chimiques ;*
- f) *des crimes comprenant l'utilisation d'énergie nucléaire, d'armes à feu (...) lorsque, par leur nature ou par le contexte où ils sont commis, ces crimes peuvent porter gravement atteinte à l'Etat ou à la population visée.*

Le Code pénal portugais a également adopté la logique «binaire» mais ne vise que des comportements répréhensibles, et non des infractions déjà réprimées, qui seront qualifiées de terroristes selon l'objectif poursuivi qui peut être l'atteinte aux intérêts nationaux, le fait d'altérer ou de perturber le fonctionnement des institutions nationales, de forcer les autorités publiques à l'action ou à l'inaction, et de menacer des individus ou la population en général.

3. La définition du terrorisme selon le droit espagnol

En vertu de l'article 571 du Code pénal espagnol¹⁴² : *«Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, (...)*».

Les délits visés aux articles 346 et 351 du Code pénal espagnol sont les délits d'explosion, de destruction de lieu public, de moyen de communication ou l'interruption de fourniture d'une ressource naturelle ou les incendies engendrant un danger pour la vie humaine ou l'intégrité physique des personnes.

¹⁴² Figurant dans le Titre XXII, *Delitos contra el orden público*, Chapitre V, *De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*, Section 2, *De los delitos de terrorismo*.

Ainsi, de façon similaire au Code pénal français, le Code espagnol se réfère à deux articles, les articles 346 et 351 qui répriment une série d'infractions qui seront qualifiées de terroristes en fonction du but poursuivi par leur auteur, autrement dit dès lors qu'elles sont réalisées en participation ou collaboration avec des bandes armées, organisations ou groupes pour lesquels la finalité est la subversion de l'ordre constitutionnel et de porter gravement atteinte à la paix publique.

Doit également être mentionné l'article 577 du Code pénal qui sanctionne le terrorisme individuel¹⁴³ : «*Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional, cometieren homicidios (...) detenciones ilegales secuestros amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos (...) o tenencia, fabricación (...) de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos (...)*».

4. La définition du terrorisme selon le droit italien

Avant l'année 2001, il n'existait pas à proprement parler de définition normative du terrorisme en Italie. Suite aux attentats du 11 septembre 2001, l'Italie prend le décret-loi n° 374 du 18 octobre 2001 portant «*disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*», qui devient deux mois plus tard la loi n° 438 du 15 décembre 2001¹⁴⁴. Cette loi apporte des modifications aux articles relatifs au terrorisme aux Code pénal et Code de procédure pénale italiens. L'objectif principal est double : sanctionner le terrorisme international¹⁴⁵ et sanctionner son financement.

¹⁴³ Référence faite bien évidemment aux formes de terrorisme auxquelles l'Espagne est confrontée.

¹⁴⁴ Loi n° 438 du 15 décembre 2001, *Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*, publiée à la *Gazzetta Ufficiale*, n° 293, 18 décembre 2001.

¹⁴⁵ L'accent est mis sur cette nouveauté qu'est l'internationalisation du terrorisme.

Ainsi, l'article 270-bis du Code pénal¹⁴⁶ portant définition des «*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*», est désormais rédigé comme suit : «*Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (...) Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale (...)*».

Un article 270-ter relatif à «*Assistenza agli associati*» est ajouté. Il dispose que : «*Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano alle associazioni indicate negli articoli 270 e 270-bis (...)*».

L'article 280 du Code pénal italien¹⁴⁷, qui lui reste inchangé, traite de «*Attentato per finalità terroristiche o di eversione*» et dispose que : «*Chiunque, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico attentata alla vita od alla incolumità di una persona (...)*».

Ainsi, le Code pénal italien incrimine dans différents articles plusieurs actions qui peuvent être qualifiées de terroristes. Il punit toute personne qui fait la promotion, organise, constitue, dirige ou finance une association (article 270 bis), quiconque porte assistance à une personne participant à une association terroriste (article 270 ter), toute personne qui porte atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'un individu (article 280), ainsi que toute personne qui se prête au bioterrorisme (article 280 bis) et qui séquestre un individu (article 289).

Il est à regretter que la seule vraie précision apportée est celle contenue dans l'article 270 bis qui traite de la «*réalisation d'actes de violence à finalité terroriste ou de subversion de l'ordre démocratique*». Cette précision reste largement insuffisante et confère au droit italien en la matière une trop grande part de subjectivité.

¹⁴⁶ Figurant dans le Livre II, *Dei delitti in particolare*, Titre I, *Dei delitti contro la personalità dello Stato*, Chapitre I, *Dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato*.

Paragraphe 2: La définition du terrorisme selon le droit du Royaume-Uni : le terrorisme en tant qu'action ou menace d'action

La législation sur le terrorisme la plus importante qui ait été prise au sein des Etats membres de l'Union européenne est le *Terrorism Act* du Royaume-Uni, adopté en l'an 2000¹⁴⁸. Le *Terrorism Act 2000* a pour objectif d'harmoniser, dans le cadre de la prévention et de la lutte contre le terrorisme et de l'évolution de la menace terroriste, les droits applicables dans les Etats composant le Royaume-Uni¹⁴⁹.

L'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*¹⁵⁰, contrairement au *Terrorism Act 2000* qui n'a pas été adopté en période de crise, constitue la réponse législative, quasi immédiate, du Royaume-Uni aux attentats du 11 septembre 2001. Même s'il intensifie, étend un peu plus le *Terrorism Act 2000*, il reprend ce dernier dans ses grandes lignes.

Le *Terrorism Act 2000* est particulièrement intéressant dans la mesure où il apporte une nouvelle définition juridique du terrorisme^{151 152}. Cette définition est notable d'une part parce que c'est le terrorisme en tant que tel qui y est défini, d'autre part parce qu'elle est construite sur un triptyque où trois conditions s'additionnent pour la qualification de terrorisme et enfin, parce que la menace d'une action est constitutive au même titre qu'une action à proprement parler de terrorisme. Ainsi, la sous-section 1 dispose que: "*In this Act «terrorism» means the use or threat of action where:*

- a. *the action falls within subsection 2,*
- b. *the use or threat is designed to influence the government or to intimidate the public or a section of the public, and*

¹⁴⁷ Figurant dans le Livre II, Titre I, Chapitre II, *Dei delitti contro la personalità interna dello Stato*. Autre article devant être mentionné, l'article 289 bis, *Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione*.

¹⁴⁸ *Terrorism Act 2000* adopté le 20 juillet 2000 ; texte consultable sur le site: <http://www.hms0.gov.uk/acts/acts2000/00011—b.htm>

¹⁴⁹ Exception faite pour la Partie VII du *Terrorism Act 2000* qui définit les mesures spécifiques et temporaires pour l'Irlande du Nord. Il convient de préciser que le gouvernement irlandais a émis un projet de loi sur les crimes terroristes (*Criminal Justice (Terrorist Offences) Bill, 2002*) dans le but d'assurer la transposition dans la législation irlandaise de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme du Conseil de l'Union européenne.

¹⁵⁰ *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* adopté le 14 décembre 2001 ; texte consultable sur le site: <http://www.hms0.gov.uk/acts/acts2001/10024—b.htm>

¹⁵¹ Partie I, *Introductory*, Section 1, *Terrorism : interpretation*.

¹⁵² L'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* reprend la définition du terrorisme donnée par le *Terrorism Act 2000*.

c. *the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious or ideological cause.*”

Les actions prévues dans la sous-section 2 sont les suivantes : *“Action falls within this subsection if it:*

- a. *involves serious violence against a person,*
- b. *involves serious damage to property,*
- c. *endangers a person’s life, other than that of the person committing the action,*
- d. *creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public,*
or
- e. *is designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system.”*

En résumé, dans un premier temps, l’action ou la menace d’action doit correspondre à une des cinq énumérations comprises dans la sous-section 2, dans un second temps, l’action ou la menace d’action doit être destinée à influencer le gouvernement ou à intimider tout ou partie de la population, puis, dans un troisième et dernier temps, l’action ou la menace d’action doit être commise dans un but politique, religieux ou idéologique. Il est aussi important de noter que le *Terrorism Act 2000* ne considère pas seulement l’objectif politique du terrorisme, contrairement aux législations des autres Etats membres précédemment évoquées qui favorisent cet objectif, mais inclut dans sa définition les objectifs religieux et idéologique.

L’objectif idéologique en particulier n’est malheureusement pas assorti de définition suffisamment précise; trop d’interprétations sont permises. Ce risque est d’autant plus grand que la sous-section 3 dispose: *«The use or threat of action falling within subsection (2) which involves the use of firearms or explosives is terrorism whether or not subsection (1)(b) is satisfied».*

En d’autres termes, il suffit qu’une action ou menace d’action rentre dans l’un des cas prévus à l’énumération de la sous-section 2, que cette action ou menace d’action implique l’utilisation d’armes à feu ou d’explosifs et que cette action ou menace d’action soit accomplie dans un but d’ordre politique, religieux ou idéologique pour qu’elle puisse être qualifiée de terroriste. On ne peut dès lors s’empêcher, comme cela a souvent été soulevé, de penser à des actions de type antimondialiste ou écologique qui peuvent alors aisément

rentrer dans un des cas prévus dans la sous-section 2, impliquer parfois, de façon isolée, des armes à feu ou explosifs et qui sont bien évidemment menées selon un objectif politique et/ou idéologique. Ces actions sont-elles pour autant constitutives de terrorisme ?

En plus de la définition du terrorisme, le *Terrorism Act 2000* donne en sa section 40 une définition du terroriste¹⁵³ qui comprend la perpétration, la préparation ou l'instigation d'un acte de terrorisme. Ainsi, la sous-section 1 de cette section 40 dispose : “*In this Part «terrorist» means a person who :*

- a. *has committed an offence under any sections 11, 12, 15 to 18, 54 and 56 to 63, or*
- b. *is or has been concerned in the commission, preparation or instigation of acts of terrorism.”*

Il convient également de présenter la définition donnée du terroriste par l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* parce qu'elle diffère de celle susmentionnée. En effet, selon la section 21, sous-section 2 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*¹⁵⁴: “*In subsection (1)(b) «terrorist» means a person who :*

- a. *is or has been concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism,*
- b. *is a member of or belongs to an international terrorist group, or*
- c. *has links with an international terrorist group*¹⁵⁵. ”

La sous-section 3 de cette même section 21 précise également ce qu'il faut entendre par groupe terroriste international: “*A group is an international terrorist group for the purposes of subsection (2)(b) and (c) if :*

- a. *it is subject to the control or influence of persons outside the United Kingdom, and*
- b. *the Secretary of State suspects that it is concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism. ”*

¹⁵³ Définition dans la Partie V, *Counter-terrorist powers*, Section 40, *Terrorist : interpretation – Suspected terrorists*.

¹⁵⁴ Définition dans la Partie IV, *Immigration and Asylum*, Section 21, *Suspected international terrorist : certification*.

¹⁵⁵ Selon la sous-section 4: *For the purposes of subsection (2) (c) a person has links with an international terrorist group only if he supports or assists it.*

L'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* marque très clairement le phénomène d'internationalisation du terrorisme. A l'instar du *Terrorism Act 2000*, les définitions du terroriste et du groupe terroriste international sont critiquables car susceptibles d'interprétations diverses. A ce propos, dans son avis du 26 août 2002¹⁵⁶, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe a mis en avant que «*La proportionnalité des mesures dérogatoires est également contestée par la définition des organisations terroristes internationales (...)*». En effet, selon le Commissaire, cette définition large des organisations terroristes permet à la loi britannique de s'appliquer à des individus «*n'ayant peut-être donc aucune relation avec la situation d'urgence qui est à l'origine de la législation en vertu de laquelle les droits de cet individu garantis par la Convention risquent d'être bafoués*», pointant ainsi le grand potentiel arbitraire de cette définition avant de s'étonner du fait que cette législation permette «*la détention de personnes ne représentant pas de menace directe pour le Royaume-Uni*», détention qui «*est déterminée en fin de compte uniquement par la suspicion de participation à une organisation terroriste internationale*».

Le 22 décembre 2004, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe demandait l'abrogation immédiate du *Terrorism Act 2001* arguant que «*la législation antiterroriste dans le Royaume-Uni doit être changée de manière urgente. Nous ne gagnerons pas la guerre contre le terrorisme si nous minons les fondations de nos sociétés démocratiques*»¹⁵⁷. Cette prise de position faisait suite à celle émise le 16 décembre 2004 par la Cour d'appel de la Chambre des Lords qui a considéré comme illégale et contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la détention illimitée, sans inculpation et sans procès, d'étrangers soupçonnés d'activités terroristes¹⁵⁸. Le *Prevention of Security Act* du 11 mars 2005¹⁵⁹ apporte ainsi une modification de la partie IV¹⁶⁰ de l'*Antiterrorism Crime and Security Act* de 2001, dont les dispositions spécifiques venaient à expiration le 14 mars 2005.

¹⁵⁶ Avis 1/2002 du Commissaire aux droits de l'Homme, M. Alvaro Gil-Robles, *Sur certains aspects de la dérogation à l'article 5 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, adoptée par le Royaume-Uni en 2001*, Doc.CommDH(2002)7.

¹⁵⁷ *Statewatch News Online*, 22 décembre 2004, consultables à l'adresse suivante:

<http://www.statewatch.org/news>

¹⁵⁸ *Opinions of the Lords of Appeal for judgement in the cause : A(FC) and others(FC) (appellants) v. Secretary of State for the Home department (Respondent), House of Lords, session 2004-05, (2004) UKHL 56*, 16 décembre 2004. Opinions consultables à l'adresse: <http://www.statewatch.org/news/2004/dec/hol-gov-resp-164.pdf>

¹⁵⁹ *Prevention of Security Act* adopté le 11 mars 2005 ; texte consultable sur le site:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/contents>

¹⁶⁰ La partie IV étant celle qui est relative au droit d'asile et à l'immigration.

La définition de l'infraction terroriste varie considérablement selon les Etats, c'est-à-dire selon leur histoire, leur politique... Avec les attentats du 11 septembre 2001, l'Union européenne en quête de sa définition de l'acte terroriste a adopté un texte qui n'est autre que le «patchwork» des définitions de ses Etats membres déjà existantes en la matière, un «patchwork» en l'occurrence bien imparfait.

Sous-section 3 : La définition du terrorisme selon l'Union européenne

Les attentats du 11 septembre 2001 ont eu un tel retentissement à travers le monde que l'Europe se devait de réagir, c'est-à-dire de prendre les mesures nécessaires pour l'intensification des outils de lutte contre le terrorisme. Contrairement aux Etats-Unis qui ont opté pour une réponse «hybride» avec, à la fois, l'adoption de nouveaux instruments juridiques et une réponse «militaire» en Afghanistan, l'Union européenne a préféré s'orienter vers une réponse essentiellement juridique. Ainsi, dès le 19 septembre 2001, deux propositions de décisions-cadres relatives à la lutte contre le terrorisme et au mandat d'arrêt européen sont adoptées¹⁶¹.

L'aspect définitionnel du terrorisme étant particulièrement complexe, la rapidité avec laquelle l'Union européenne est parvenue à l'élaboration d'une définition commune, est surprenante et laissait déjà présager de ses défauts. Comme la plupart des entreprises accomplies dans l'empressement, la définition donnée de l'infraction terroriste¹⁶² est loin d'être satisfaisante. Il n'est donc pas surprenant qu'elle ait été la cible de nombreuses critiques. Ces dernières ont amené le Conseil à adopter le 13 juin 2002 la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme¹⁶³ avec de multiples amendements. Cependant, malgré les efforts menés pour rendre la définition de l'infraction terroriste moins imprécise, celle-ci demeure inquiétante. En effet, «*le retour d'une appréciation subjective*

¹⁶¹ Propositions de décisions-cadres relatives à la lutte contre le terrorisme et au mandat d'arrêt européen, COM (2001) 521 final du 19 septembre 2001, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 332 E, 27 novembre 2001, p. 300 et suivantes.

¹⁶² Il convient de préciser qu'il s'agit là, une fois de plus, d'une définition de l'infraction terroriste et non du terrorisme.

¹⁶³ Décision-cadre 2002/475/JAI, *op. cit.*

à l'instant où la règle s'efforçait de définir objectivement l'infraction illustre la difficulté que rencontre la définition de l'infraction terroriste»¹⁶⁴.

C'est la pierre angulaire même du droit pénal, à savoir le principe de légalité énoncé selon la fameuse formule latine *nullum crimen sine lege*, qui est mise à mal, et par conséquent, c'est le respect des droits et libertés fondamentaux en Europe qui est menacé. Enfin, l'absence de toute référence faite au terrorisme d'Etat est également à déplorer.

Paragraphe 1: La définition de l'infraction terroriste selon l'Union européenne : le principe de légalité bafoué

Après lecture du texte de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme et en particulier de son article premier portant «Infractions terroristes et droits et principes fondamentaux», il n'est pas inutile de rappeler que, en droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines veut qu'une sanction ne puisse être appliquée que pour un acte qui a été préalablement défini par la loi. Par conséquent, lorsque la définition de l'acte délictueux est insuffisamment précise, le doute doit profiter à l'accusé en vertu du principe d'interprétation stricte du droit pénal.

L'exigence de légalité est consacrée dans de nombreux instruments internationaux, régionaux et nationaux¹⁶⁵. En France, comme dans de nombreux autres pays, le principe de légalité est un principe à valeur constitutionnelle. Ainsi, comme en dispose l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, «*nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*», et le Conseil constitutionnel a précisé à ce propos qu'«*il résulte de ces dispositions l'obligation pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire*»¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Réseau UE d'experts indépendants sur les droits fondamentaux (CFR-CDF), *L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'Union européenne et de ses Etats membres à la menace terroriste*, observation thématique établie à la demande de la Commission européenne, Unité A5, «Citoyenneté, Charte des droits fondamentaux, Racisme et Xénophobie, Programme Daphné », de la DG Justice et Affaires Intérieures, remise le 31 mars 2003, p. 12.

¹⁶⁵ Voir l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁶⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, «Sécurité et liberté ». Cette décision comporte dans les deux mots de son intitulé, sécurité et liberté, tout l'enjeu d'une définition précise du terrorisme.

La définition européenne de l'infraction terroriste est dans son ensemble beaucoup trop vague. Dès les premiers mots, le doute s'installe : *«Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale (...)*».

Nonobstant la mission confiée aux Etats membres due à la nature de l'instrument juridique utilisé¹⁶⁷, deux mots interpellent le lecteur de par leur imprécision, «nature» et «contexte», qui font référence au degré de gravité des infractions visées. Or, la formulation «par leur nature ou leur contexte» n'apporte aucune précision à la définition. Autre élément qui contredit la volonté d'objectivité du texte : l'utilisation du verbe pouvoir. Que penser de la formule «peuvent porter gravement atteinte à un pays ou une organisation internationale» ? Non seulement l'adverbe «gravement» n'apporte rien à la définition, mais encore la présence du verbe pouvoir permet toutes sortes d'interprétations.

La décision-cadre reprend la structure «binaire» des définitions de l'infraction terroriste déjà existantes dans la plupart des Codes des Etats membres. L'essentiel de la définition s'articule donc autour des deux éléments précédemment évoqués : un élément subjectif, l'intention de l'auteur, la finalité de son acte et un élément objectif, l'énumération des actes intentionnels visés.

1. La finalité de l'acte : un élément très subjectif

Selon la définition européenne, l'infraction est qualifiée de terroriste si elle est commise avec une intention particulière: *«(...) considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés (...), qui par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de :*

¹⁶⁷ La transposition de ladite décision-cadre par les Etats membres devait avoir lieu avant le 31 décembre 2002, ce qui à cette date était loin d'être le cas.

- *gravement intimider une population ou*
- *contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou*
- *gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale ;»*

Ainsi, le but selon lequel est commise l'infraction occupe une place de choix, et c'est certainement la raison pour laquelle cette énumération figure avant celle des actes répertoriés comme terroristes: «*C'est l'élément subjectif, le but poursuivi, qui est déterminant pour caractériser le délit comme terroriste. Les infractions concrètes ne constituent que le cadre dans lequel peut s'exercer cette spécification*»¹⁶⁸. Le raisonnement serait donc le suivant : partant du postulat que tout terroriste a pour objectif d'intimider une population, contraindre des pouvoirs publics, déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques (...) d'un pays, alors, tout individu qui en ferait autant serait un terroriste.

Il ressort clairement de cet extrait que l'infraction terroriste est une infraction politique, comme c'est le cas pour la plupart des Etats membres. Mais c'est bien là l'unique certitude. Les termes utilisés sont vagues et peuvent conduire à différentes interprétations. Le risque principal étant de qualifier de terroristes des actes commis à des fins de revendications sociales, environnementales ou autres¹⁶⁹.

De plus, la présence à deux nouvelles reprises de l'adverbe «gravement», ainsi que de l'adverbe «indûment», ne contribue pas à un énoncé clair et précis. Quelle est en effet la frontière entre un acte qui intimide une population et celui qui l'intimide gravement et, plus simplement, à compter de quel moment un acte intimide-t-il ?

¹⁶⁸ PAYE J.-C., *Lutte antiterroriste : la fin de l'Etat de droit*, Revue trimestrielle des droits de l'Homme, n° 57, janvier 2004, p. 67.

¹⁶⁹ Divers exemples peuvent être donnés comme le fait d'arracher des plans transgéniques, le fait de manifester à Gênes contre la mondialisation, le fait de bloquer le passage d'un train transportant des déchets nucléaires... Toutes ces formes de protestation dont le but est de forcer un Etat ou une organisation internationale à faire ou ne pas faire un acte quelconque peuvent entrer dans le champ d'application de la décision-cadre alors qu'elles n'ont, dans la réalité, aucun lien avec des actions terroristes.

De ces quelques lignes tirées de la définition européenne de l'infraction terroriste, c'est une multitude de questions qui se posent. Il est dans ces conditions déjà bien difficile de pouvoir parler de respect du principe de légalité.

2. Les actes intentionnels énumérés : un élément objectif à interprétations variables

Après l'énoncé de l'élément subjectif de la définition de l'acte terroriste, s'ensuit l'élément objectif, c'est-à-dire l'énumération des actes intentionnels constitutifs d'infractions terroristes. Ces actes intentionnels sont les suivants :

- a) *les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort ;*
- b) *les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne ;*
- c) *l'enlèvement ou la prise d'otage ;*
- d) *le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables ;*
- e) *la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises ;*
- f) *la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement ;*
- g) *la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;*
- h) *la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;*
- i) *la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h).*

Une seconde décision-cadre du 28 novembre 2008¹⁷⁰ vient ajouter, sous couvert de l'intensification et de l'évolution rapide de la menace terroriste, six autres actes:

- a) *la provocation publique à commettre une infraction terroriste;*
- b) *le recrutement pour le terrorisme;*
- c) *l'entraînement pour le terrorisme;*
- d) *le vol aggravé en vue de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1;*
- e) *le chantage en vue de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1;*
- f) *l'établissement de faux documents administratifs en vue de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 2, point b).*

Voici donc l'élément objectif de la définition européenne du terrorisme : une série d'actes, déjà incriminés dans les législations pénales des Etats membres. Cette série, bien que un peu plus précise que celle donnée en 2001, a fait l'objet de critiques de la part de diverses organisations non gouvernementales¹⁷¹ comme étant trop extensive, propice à des interprétations variables et, par conséquent, pouvant permettre une fois encore de qualifier de terroristes des actes qui ne devraient, sous peine d'enfreindre les libertés fondamentales, être qualifiés comme tels. Cette critique qui n'est pas nouvelle dénonce la facilité avec laquelle des débordements peuvent survenir.

Le Conseil a retenu une définition de l'infraction terroriste par analogie. Or, toujours en vertu du «*principe de la légalité des délits et des peines et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie*»¹⁷², l'infraction pénale devant être définie avec la plus grande précision possible, une interprétation analogique ne répond pas à cette exigence de précision. En effet, un acte quelconque peut être assimilé par analogie à un des actes énumérés punissables selon une certaine propriété ou relation commune aux deux actes.

¹⁷⁰ Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, Journal Officiel de l'Union européenne, n° L 330, 9 décembre 2008, p. 21 et s.

¹⁷¹ Voir sur ce sujet l'article de BUNYAN T., *The War on Freedom and Democracy*, Statewatch analysis n°13 ; consultable sur le site Internet : <http://www.statewatch.org/news/2002/sep/analy13.pdf>

¹⁷² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, paragraphe 52.

Autre problème posé par la liste énumérative, le risque qu'un acte inspiré d'une motivation terroriste puisse échapper à la qualification d'acte terroriste, faute de figurer dans ladite liste. Autrement dit, l'exhaustivité en la matière ne peut pas exister et remet donc en cause une fois de plus le choix de la technique énumérative. Les dangers d'une telle définition ont été relevés par certains Etats membres à l'occasion de la transposition de la décision-cadre dans leurs droits nationaux. A titre d'exemple, le Conseil d'Etat du Luxembourg, dans son avis en date du 26 novembre 2002¹⁷³, souligne que *«les auteurs du projet de loi n'ont pas retenu l'approche de la décision-cadre de définir l'acte de terrorisme par rapport à une liste limitée d'infractions primaires. Les auteurs font valoir qu'en pratique le terrorisme est susceptible de se manifester par rapport à un éventail plus large d'infractions primaires que celles prévues à la décision-cadre»*. La définition de l'acte terroriste retenue le Conseil d'Etat du Luxembourg est ainsi dépourvue de liste énumérative. Cependant, le Conseil précise qu'il est nécessaire d'approfondir les contours de ces nouvelles incriminations, et il conclut son avis relatif à la définition de l'acte de terrorisme par la mise en garde suivante : *«Une 'nébuleuse' en matière pénale présente de réels risques d'avatars pour ce qui est du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales»*.

En plus des défauts que présente la liste retenue dans la décision-cadre du Conseil, le point i), à l'image de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* du Royaume-Uni, retient comme acte intentionnel devant être considéré comme infraction terroriste *«la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h)»*.

Cette définition de l'infraction terroriste manquant singulièrement de clarté et de précision, les Etats membres qui font le choix de "copier-coller" cette rédaction jouissent de ce fait d'une large marge d'interprétation. Il n'est alors pas exagéré d'affirmer que *«ce sont les gouvernements qui désignent qui est terroriste et qui ne l'est pas»*¹⁷⁴.

¹⁷³ Avis du Conseil d'Etat du Luxembourg du 26 novembre 2002 sur le projet de loi portant «répression du terrorisme et de son financement, et, approbation de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, ouverte à la signature à New York en date du 10 janvier 2000 ». Avis consultable sur le site Internet : <http://www.etat.lu/CE/html/45868.htm>

¹⁷⁴ HERMANT D. et BIGO D., *Les politiques de lutte contre le terrorisme*, Fernando Reinares Editor, 2001, p. 74.

Paragraphe 2: La définition de l'infraction terroriste selon l'Union européenne : un aveu de ses propres faiblesses

1. La décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme et ses «considérants-précautions»

La décision-cadre du Conseil comprend un Préambule de onze considérants dont deux portent sur le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ainsi, le premier considérant rappelle que : *«L'Union européenne se fonde sur les valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres»*. De façon encore plus explicite, le dixième considérant dispose que : *«La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux (...). Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des droits et libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache»*.

La décision-cadre, dont l'objet, la lutte contre le terrorisme, est d'une complexité et d'une sensibilité notoires, se veut prudente et visiblement inquiète que la mise en œuvre des dispositions adoptées puissent «réduire ou (à) entraver des droits et libertés fondamentales». Que penser alors de ces «considérants-précautions» sinon qu'ils sont l'aveu des faiblesses rédactionnelles de la décision-cadre ? En effet, l'insertion de ces dispositions dans le corps même du texte n'est en aucune façon rassurante et sème plutôt la confusion dans la mesure où, cette décision-cadre étant soumise à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, article qui prévoit l'obligation de respect des droits de l'Homme, elle est non seulement inutile *a priori* mais encore «dangereuse» car elle n'apparaît pas dans d'autres instruments similaires. La lutte contre le terrorisme serait donc si propice au non respect de l'article 6 TUE que le rappel de celui-ci s'avère nécessaire ? Ou bien, les autres instruments similaires à ceux de la décision-cadre ne comporteraient pas de mention audit article 6 TUE car leur mise en œuvre pourrait se faire indépendamment des règles relatives

aux droits fondamentaux¹⁷⁵ ? Ainsi, la référence faite aux droits de l'Homme apparaîtrait comme un «accessoire» qui serait ajouté selon la sensibilité des débats¹⁷⁶.

Le malaise est présent et plus évident encore avec l'ajout¹⁷⁷ à l'article 1^{er} d'un paragraphe 2 qui dispose: *«La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne»*. Certes, il peut être argumenté que l'insertion de telles dispositions témoigne du souci que la lutte contre le terrorisme se fasse dans le respect des droits et libertés fondamentales et, pour en revenir à la définition de l'infraction terroriste, que les risques de débordements dénoncés précédemment puissent être limités et même exclus. Cependant, il semble davantage certain que *«(...) l'introduction de cet élément idéologique (...) vient encore renforcer l'appréhension subjective de la notion de terrorisme ; c'est de cette subjectivité que découle la principale impasse à laquelle on se trouve confronté lorsqu'il s'agit du terrorisme, à savoir l'application sélective du terme»*¹⁷⁸.

2. Les «Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme» du Conseil de l'Europe

Un autre élément, bien qu'extérieur à l'Union européenne¹⁷⁹, peut venir corroborer les allégations précédentes : l'adoption par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de «Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme»¹⁸⁰. L'adoption de ces lignes directrices souligne cette préoccupation de faire coïncider Etat de droit et lutte contre le terrorisme. Cela dit, elle n'est intervenue qu'un mois après

¹⁷⁵ FLORE D., *Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, Journal des Tribunaux, 2002, p. 273 et suivantes.

¹⁷⁶ DE BIOLLEY S., *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale : cristallisation de la tension sous présidence belge*, dans DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 177.

¹⁷⁷ Ajout par rapport au texte initialement rédigé en septembre 2001.

¹⁷⁸ WEYEMBERGH A., *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen*, dans BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A. (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 169.

¹⁷⁹ Pour mémoire, le Conseil de l'Europe ne fait pas partie de l'Union européenne. Fondé en 1949, il compte aujourd'hui 45 Etats membres. Il s'agit d'une organisation intergouvernementale qui a pour objectifs, entre autres, de défendre les droits de l'Homme, de promouvoir la diversité culturelle de l'Europe et de lutter contre les problèmes sociaux.

¹⁸⁰ «Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme », adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002, texte consultable sur Internet : [http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf\(2002\)8fre.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8fre.pdf)

l'adoption du texte de la décision-cadre par l'Union européenne, soit le 11 juillet 2002. On peut s'étonner de cette «amnésie» qui a frappé l'Europe pendant près d'un an après les événements du 11 septembre 2001 : la lutte était la priorité, le problème du respect des droits de la personne et des libertés fondamentales ne s'est posé que plus tard.

Ces lignes directrices, même si elles ne sont pas obligatoires pour les Etats membres du Conseil de l'Europe¹⁸¹, auraient pu servir d'inspiration aux Etats membres de l'Union européenne avant l'adoption de textes tels que celui de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme. En effet, il aurait été utile de rappeler dès les premières mesures anti-terroristes prises en réaction au 11 septembre «*l'obligation des Etats de respecter, dans leur lutte contre le terrorisme, les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, et pour les Etats membres, tout particulièrement la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*»¹⁸². Il est ainsi très regrettable qu'un texte similaire n'ait pas été adopté par l'Union européenne.

Paragraphe 3: La définition de l'infraction terroriste selon l'Union européenne : le «terrorisme d'Etat», un éliminé ou un oublié ?

Il convient tout d'abord d'explicitier la signification de l'expression «terrorisme d'Etat» et de constater qu'il s'agit bien d'une réalité, puis d'analyser la non prise en considération de cette dernière dans la définition donnée par l'Union européenne de l'infraction terroriste.

1. Le terrorisme d'Etat, une réalité

Le «terrorisme d'Etat» s'entend de «*l'appui donné par certains Etats à des personnes se livrant à l'étranger à des activités terroristes sanctionnées par le droit pénal de l'Etat territorial*»¹⁸³. Ainsi, le terrorisme d'Etat se distinguant de la terreur dont peut user un Etat sur son territoire afin d'imposer son pouvoir, G. Guillaume préfère lui parler de «*soutien apporté par les Etats aux activités terroristes*». Cependant, cette terreur dont peut user un

¹⁸¹ En effet, ces lignes directrices «*se limitent à des points fondamentaux et ont un objet pédagogique* ». Extrait de la Présentation succincte du projet de lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme en cours d'élaboration au sein du Comité directeur pour les droits de l'homme, 4 avril 2002, également consultable sur le site du Conseil de l'Europe, Comité des Ministres.

¹⁸² Point «i» du Préambule aux Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme.

Etat sur son propre territoire est aussi une forme de terrorisme d'Etat, dont le passé et le présent regorgent d'exemples. Une distinction doit donc être opérée avec d'un côté ce qui peut être appelé le «terrorisme international d'Etat», et de l'autre le «terrorisme national d'Etat».

Force est de constater que le terrorisme d'Etat, qu'il soit international ou national, n'est très généralement pas retenu dans les définitions données de l'infraction terroriste et du terrorisme. Au regard du droit, le terrorisme d'Etat à proprement parler n'existe pas¹⁸⁴.

Pourtant, les faits sont là. Lorsque des pays d'Amérique Latine connaissent assassinats, disparitions, tortures (...), le tout orchestré au niveau de l'Etat afin de réduire au silence les oppositions politiques, il est évidemment question de «terrorisme national d'Etat». De même, lorsque sont clairement mises en évidence les complicités actives entre Etats dans le déroulement et le dénouement d'actes de terrorisme, il est évidemment question cette fois-ci de «terrorisme international d'Etat». Comment expliquer alors ce silence gardé, ce refus d'incriminer le terrorisme d'Etat alors que *«le terrorisme individuel n'est guère que la conséquence d'un manquement, celui des Etats à leurs obligations internationales. Par omission longtemps et par action de plus en plus fréquemment, les Etats sont directement responsables de la prolifération du terrorisme»*¹⁸⁵.

2. Le terrorisme d'Etat, une réalité non prise en considération dans la définition donnée par l'Union européenne de l'infraction terroriste

Bien que le terrorisme d'Etat soit une réalité, la définition donnée de l'infraction terroriste par l'Union européenne dans la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, ne le retient pas, et même l'écarte dès le Préambule. En effet, le paragraphe 11 du Préambule de la décision-cadre, dispose que : *«La présente décision-cadre ne régit pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné en ces termes en droit*

¹⁸³ Définition du «terrorisme d'Etat» donnée par G. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 299.

¹⁸⁴ Pourtant, une tentative d'inclure le «terrorisme d'Etat» dans un texte juridique international a bien existé, mais a échoué. Il s'agissait de la tentative menée par la Commission de droit international des Nations Unies dans les années 1990 de faire figurer dans son projet de Code des crimes contre l'humanité, le «terrorisme d'Etat». Voir le Rapport de la Commission de droit international, 1995, Assemblée générale, supplément n° 10 (A/50/10), paragraphe n° 105 et suivantes.

¹⁸⁵ LABAYLE H., *Droit international et lutte contre le terrorisme*, Annuaire français de droit international, 1986, p. 124.

*international humanitaire*¹⁸⁶, qui sont régies par ce droit, et les activités menées par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international». Ce paragraphe reprend ainsi exactement les termes de l'article 19, paragraphe 2, de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997.

Or, selon le droit international humanitaire, et en particulier selon les Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève du 12 août 1949, rentrent dans les champs d'application desdits Protocoles «(...) *les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (...)*»¹⁸⁷, ainsi que «(...) *tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 2 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées (...)*»¹⁸⁸.

Alors que l'article 1, paragraphe 4, du Protocole additionnel I inclut dans son champ d'application ce qu'il convient de qualifier de «combattants de la liberté», l'article 1, paragraphe 1, du Protocole additionnel II inclut tous les conflits armés non internationaux. Il peut alors être déduit que les combattants de la liberté et les parties à un conflit armé non international, plus communément appelé guerre civile, sont exclus du champ d'application de la décision-cadre. En d'autres termes, ces combattants et parties ne rentrent pas dans la catégorie des personnes susceptibles de commettre un acte de terrorisme tel que défini à l'article 1 de la décision-cadre.

¹⁸⁶ «*Les forces armées d'une partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés* » selon l'article 43 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, Protocole I, 8 juin 1977.

¹⁸⁷ Extrait de l'article 1, paragraphe 4, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, Protocole I, 8 juin 1977.

¹⁸⁸ Extrait de l'article 1, paragraphe 1, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, Protocole II, 8 juin 1977.

De plus, l'expression «activités menées par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles» exclut clairement le terrorisme d'Etat et dans le cas présent du «terrorisme national d'Etat».

En résumé, la décision-cadre élimine de son champ d'application le «terrorisme national d'Etat» et semble totalement oublier le «terrorisme international d'Etat».

L'Union européenne a donc fait le choix, *a priori*, d'adopter une définition commune de l'infraction terroriste dans laquelle le terrorisme d'Etat n'a pas été retenu. Mais, il s'agit d'un choix qui ne peut être qualifié que d'*a priori*. En effet, contrairement à la décision-cadre, la position commune du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme¹⁸⁹, n'est pas aussi catégorique. Ladite position commune avait comme objectif de dresser une liste des personnes, groupes et entités auxquels s'applique la position commune, c'est-à-dire une liste «noire» des personnes, groupes et entités connues pour leurs activités terroristes. La dernière révision en date de cette liste¹⁹⁰ identifie encore des personnes, groupes et entités qui indiquent que la position commune n'exclut pas de son champ d'application les combattants de la liberté et le terrorisme d'Etat.

La définition commune de l'infraction terroriste telle que retenue par l'Union européenne est déficitaire en termes de respect de l'Etat de droit. Elle soulève beaucoup d'interrogations sur le respect des droits de la personne et des libertés fondamentales. De ces interrogations, deux autres se posent comme résultantes à ce qui vient d'être présenté : tout d'abord, est-il possible de mettre au point une définition commune du terrorisme, et ensuite, cela est-il vraiment nécessaire ? En d'autres termes, trouver une définition commune du terrorisme, ne serait-ce pas un «vrai-faux» obstacle ?

¹⁸⁹ Position commune 2001/931/PESC du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, L 344, 28 décembre 2001, p. 93.

¹⁹⁰ Une nouvelle liste a été publiée le 15 juillet 2008. Quarante-six personnes et quarante-huit groupes et entités y sont identifiés et parmi ceux-ci, vingt-huit personnes et trente groupes sont soumis à des mesures restrictives, c'est-à-dire le gel des avoirs. Position commune 2008/586/PESC du Conseil du 15 juillet 2008, mettant à jour la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme et abrogeant la position commune 2007/871/PESC, Journal officiel des Communautés européennes, L 188 du 16 juillet 2008, p. 71.

Section 3 : Trouver une définition commune du terrorisme, un «vrai-faux» obstacle ?

Trouver une définition commune de l'infraction terroriste : est-ce là la priorité, est-ce si nécessaire pour combattre ce fléau ? Tant de difficultés, de débats, d'oppositions, de contradictions autour de la définition de l'infraction terroriste. Cela ne s'explique-t-il tout simplement pas par le fait qu'il est quasiment impossible de définir en droit le terrorisme en raison de son extrême complexité et subjectivité, et qu'une lutte efficace contre ce dernier pourrait se faire sans définition commune ? Cette «quête» vers une définition commune du terrorisme ne détournerait-elle pas de la vraie priorité qui est de le faire reculer ? Une chose est sûre : trouver une définition commune du terrorisme constitue une difficulté, un obstacle indéniable. Reste alors à se demander si cet obstacle ne pourrait pas être contourné ou tout simplement éludé.

Sous-section 1 : Trouver une définition commune du terrorisme : un vrai obstacle

Parvenir à trouver une définition commune du terrorisme constitue un vrai obstacle dans la mesure où il demeure particulièrement difficile d'établir une distinction précise et définitive entre le terroriste et le combattant de la liberté et, que les mentions nécessaires à l'élaboration d'une définition la plus précise possible sont extrêmement, voire trop nombreuses.

Paragraphe 1: «Terroriste pour l'un, combattant de la liberté pour l'autre»

Sous le vocable «terrorisme» se cache une grande complexité et une ambiguïté due au fait que ce terme possède «une charge émotionnelle et politique très grande»¹⁹¹. Il est de ce fait particulièrement difficile d'établir une définition qui laisse de côté tout jugement de valeur car «derrière l'enjeu de la définition du terrorisme se retrouvent en effet d'âpres

¹⁹¹ LAMBERT J. J., *Terrorism and Hostages in International Law*, Grotius publications Ltd., Cambridge, 1990, p. 13.

*combats pour la légitimité et la stigmatisation des comportements de l'adversaire qui rendent au final impossible tout accord sur le contenu du concept*¹⁹².

Le terrorisme est un phénomène imprégné de jugements de valeur. Cet handicap à la rédaction d'une définition juridique du terrorisme se traduit par la célèbre formule «terroriste pour l'un, combattant de la liberté pour l'autre». Comme le souligne G. Guillaume, «(...) certains ont tendance à user de ce terme pour qualifier le comportement des Etats ou des mouvements auxquels ils sont hostiles, tandis que d'autres en récusent l'emploi pour les régimes ou les groupements auxquels ils sont favorables»¹⁹³. On ne peut être plus clair: l'accusation de terrorisme tombe selon ce qui arrange, sert les intérêts de l'accusateur. Le terrorisme apparaît alors comme un outil au service du politique qui dénonce, discrédite et accuse mais n'explique pas¹⁹⁴.

Adopter une définition commune du terrorisme reviendrait à prendre partie pour un camp plutôt que pour un autre. En effet, puisque la signification du terrorisme varie considérablement selon les époques, les lieux et les rapports de force qui existent entre les différents acteurs¹⁹⁵, il est extrêmement difficile de pouvoir parvenir à une définition harmonisée qui satisfait les différentes parties. Dans ce contexte, une définition dite «universelle» du terrorisme, c'est-à-dire une définition sur laquelle s'accorde la communauté internationale dans son ensemble, est une utopie. Reste la possibilité d'établir des définitions communes régionales du terrorisme. Mais une fois de plus, ces définitions ne sont que l'expression du jugement de valeur qu'un groupe porte sur le terrorisme. C'est pour ces raisons que D. Duez qualifie le terrorisme de «*construction sociale*» par laquelle un groupe impose à un autre le qualificatif terroriste¹⁹⁶. Ce raisonnement est par ailleurs d'autant plus vrai en droit que ce dernier est lui-même, pour ce qui est du terrorisme, le «*vecteur d'une certaine représentation de la société et de son agencement*»¹⁹⁷.

¹⁹² DUEZ D., *De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale*, dans BANNELIER K., CHRISTAKIS T., CORTEN O., DELCOURT B., *op. cit.*, p. 106.

¹⁹³ GUILLAUME G., *op. cit.*, p. 295.

¹⁹⁴ DUEZ D., *op. cit.*, p. 118.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 113.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 113.

¹⁹⁷ PAYE O., *Approche sociopolitique de la production législative : le droit comme indicateur de processus de décision et de représentation politique*, dans COMMAILLE J., DUMOULIN L. et ROBERT C. (dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Réseau européen droit et société, 2000, p. 222.

L'importance de cette charge émotionnelle et politique rend ainsi la rédaction d'une définition commune du terrorisme particulièrement ardue et l'obstacle grandit encore à mesure qu'il est fait mention de tous les éléments qui seraient nécessaires à l'établissement d'une définition digne de ce nom.

Paragraphe 2: Exhaustivité des mentions nécessaires à l'élaboration d'une définition du terrorisme la plus précise possible

Comme le rappelle J. M. Sorel en ce qui concerne le problème définitionnel du terrorisme¹⁹⁸, les diverses définitions déjà existantes semblent s'accorder sur la méthode qui consiste en l'usage aveugle de la violence, sur la qualification de l'acte qui est toujours un acte criminel grave, sur les conséquences de cet acte qui sont de graves dommages matériels et/ou humains publics et/ou privés, ainsi que sur l'objectif qui est de créer un climat de terreur. Pourtant, le doute demeure pour ce qui est de la motivation d'un acte terroriste ainsi que de ses auteurs et instigateurs. Autre élément important généralement incomplet dans les définitions existantes, la nature précise de l'acte à savoir la prise en considération des diverses formes possibles de terrorisme.

1. Quelle motivation au terrorisme ?

Il convient tout d'abord de distinguer la motivation des objectifs du terrorisme. En effet, les objectifs du terrorisme, bien que divers, consistent principalement en l'expression d'un intérêt groupusculaire ou de l'intention de mettre en œuvre une volonté politique, c'est-à-dire dans le résultat à obtenir, en aval de l'acte terroriste¹⁹⁹. S'interroger sur les motivations qui sont à l'origine d'attentats terroristes revient à se positionner plus en amont du phénomène en se posant la question de la qualification des auteurs et instigateurs de situations communément perçues et qualifiées comme relevant du terrorisme. Cela revient par conséquent à se pencher sur la composition des groupes terroristes, qui est particulièrement hétérogène, mais surtout sur la très délicate problématique de l'Etat comme auteur et/ou instigateur d'actes terroristes. En d'autres termes, s'interroger sur la motivation conduit à poser le problème du terrorisme d'Etat. Or, comme cela a été souligné précédemment, le terrorisme d'Etat est généralement mis de côté par le droit tel un «point

¹⁹⁸ SOREL J. M., *op. cit.*, p. 58.

¹⁹⁹ Ce qui nous ramène à la nature réflexive de l'acte terroriste précédemment évoquée.

noir» parmi les éléments définitionnels du terrorisme. Pourtant, il existe, est tout de même reconnu par le droit et compte parmi les mentions nécessaires à l'établissement d'une définition la plus précise possible de l'infraction terroriste.

Ainsi, comme le soulignait la Rapporteuse spéciale, K. K. Kalliopi, dans son Rapport sur le terrorisme et les droits de l'Homme en juin 2001²⁰⁰, «une définition descriptive (objective) du terrorisme qui se concentre sur certains comportements et sur leurs effets, sans prendre en considération l'identité de l'auteur, peut s'avérer utile mais pas suffisamment précise ni satisfaisante pour ce qui est de définir et d'expliquer un concept relatif, comme le terrorisme, dans lequel interviennent des considérations qui relèvent de la motivation et qui sont d'ordre politique». La Rapporteuse spéciale se concentrait alors sur la distinction qui doit être opérée entre le terrorisme de groupes ou d'individus à l'intérieur d'un Etat, et le terrorisme d'Etat. Pour ce qui est de la première catégorie, ce terrorisme englobe l'ensemble des tactiques de terreur dirigées contre un Etat par un groupe ou des personnes afin d'imposer aux pouvoirs publics, voire à l'opinion publique, leurs idées politiques²⁰¹. En ce qui concerne le terrorisme d'Etat, elle revient sur les notions de régime ou gouvernement fondé sur la terreur²⁰², de terrorisme parrainé par l'Etat²⁰³, c'est-à-dire «tout appui ou assistance déclarés ou occultes accordé par un Etat à des terroristes aux fins de renverser ou de déstabiliser un autre Etat ou gouvernement»²⁰⁴, et précise que le «terrorisme d'Etat international»²⁰⁵ «ne consiste pas uniquement à aider ou à diriger des groupes terroristes à l'étranger mais englobe également d'autres types d'actes terroristes» comme le recours à la diplomatie coercitive, à des tactiques fondées sur la terreur dans les relations internationales²⁰⁶. A ce propos, la Rapporteuse cite la définition du terrorisme d'Etat donnée par le Comité spécial sur le terrorisme international en 1973 : «la terreur pratiquée à grande échelle et par les moyens les plus modernes contre des peuples entiers à des fins de domination ou d'ingérence dans leurs affaires intérieures, les attaques

²⁰⁰ KALLIOPI K. K., Rapport intérimaire sur le *Terrorisme et droits de l'homme*, Commission des droits de l'homme – Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, Conseil Economique et Social des Nations Unies, 27 juin 2001, document E/CN.4/Sub.2/2001/31, p. 10 ; disponible sur le site : <http://www.un.org/french/documents/ecosoc/docs/2001/ecn4sub2200131f.pdf>

²⁰¹ De nombreux exemples peuvent être donnés comme le terrorisme à prétention révolutionnaire (*les Brigades rouges* en Italie, les *Cellules communistes combattantes* en Belgique...), le terrorisme à prétention indépendantiste (l'*ETA* pour le pays basque, l'*IRA* pour l'Irlande, le *FNLC* en Corse...), le terrorisme d'extrême droite, le terrorisme fondamentaliste...

²⁰² Ce qui a été précédemment qualifié de terrorisme national d'Etat.

²⁰³ Ce qui a été précédemment qualifié de terrorisme international d'Etat.

²⁰⁴ KALLIOPI K. K., Rapport intérimaire, *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁵ C'est ainsi que la Rapporteuse spéciale le qualifie.

armées perpétrées sous prétexte de représailles ou d'action préventive par des Etats contre la souveraineté et l'intégrité d'Etats tiers, ainsi que l'infiltration de groupes ou d'agents terroristes dans le territoire d'autres Etats»²⁰⁷.

A la lecture de ces quelques lignes, il est aisé de comprendre pourquoi il n'est généralement pas fait mention du terrorisme d'Etat dans les définitions du terrorisme. Pourtant, il s'agit d'un élément définitionnel important qui, à défaut d'apparaître dans le corps de la définition, rend incomplète cette dernière.

2. Le polymorphisme du terrorisme

Le terrorisme est un phénomène particulièrement multiforme, changeant. Une définition la plus précise possible de l'infraction terroriste se devrait d'embrasser ce polymorphisme propre au phénomène terroriste. En effet, la gamme des modes d'action terroristes est grande. Elle peut être divisée en deux catégories principales: les méthodes conventionnelles du terrorisme et celles non conventionnelles qui font appel aux outils les plus modernes. Les définitions actuelles tendent à prendre en considération davantage le terrorisme conventionnel que le non conventionnel.

Le terrorisme dit «conventionnel» fait référence aux méthodes les plus connues et donc les plus traitées, c'est-à-dire l'attentat à la bombe, la prise d'otages, l'atteinte, principalement, à la sécurité des transports aériens et l'assassinat. En ce qui concerne l'attentat à la bombe, il peut être de deux sortes : l'attentat symbolique dont le but est de médiatiser le plus possible une cause défendue par les terroristes, et l'attentat anti-personnel qui lui vise à mutiler et à tuer un grand nombre d'individus. Quant à la prise d'otages, elle peut, elle aussi, être de deux formes : la prise d'otages avec séquestration dont le but est d'obtenir par chantage l'exécution d'une requête, et la prise d'otages avec «barricade». Dans ce second cas de figure, les terroristes agissent de façon publique et sont eux-mêmes captifs, protégés par la barricade et la menace de blesser ou tuer un ou plusieurs otages. L'atteinte à la sécurité des transports aériens est probablement une des rares méthodes terroristes largement codifiées en droit international qui consiste en le détournement ou la destruction

²⁰⁶ KALLIOPI K. K., Rapport intérimaire, *op. cit.*, p. 19.

²⁰⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, 28^{ème} session, supplément n° 28, document A/9028, paragraphe n° 24.

d'un aéronef. Enfin, l'assassinat, certainement la méthode terroriste la plus ancienne utilisée, peut être dirigé contre une personne en particulier ou une collectivité et être l'aboutissement d'une prise d'otages.

Les méthodes non conventionnelles du terrorisme font référence à l'utilisation d'armes de destruction massive ainsi que des nouvelles technologies de l'information. Bien que ces méthodes ne soient pas les plus répandues, elles gagnent progressivement la faveur des terroristes et doivent, pour cette raison, être prises en compte. L'utilisation d'armes de destruction massive inclut les armes chimiques, classées en quatre catégories²⁰⁸, les armes biologiques, elles aussi classées en quatre grandes catégories²⁰⁹ et, le nucléaire. L'utilisation des nouvelles technologies de l'information fait référence au «cyberterrorisme». Celui-ci, directement lié à l'expansion de l'Internet, désigne des actes «informatiques» visant à provoquer une désorganisation ou une destruction propre à semer la terreur au sein de la population.

Ces différentes méthodes, comme outils à la disposition des terroristes, ainsi très brièvement évoquées, devraient compter parmi les éléments essentiels à la rédaction d'une définition la plus précise possible du terrorisme afin que des actes de terrorisme conventionnel et non conventionnel puissent entrer sans ambiguïté dans le champ d'application d'une telle définition. Reste que ces méthodes sont en continuelle évolution et nécessitent donc une actualisation régulière du texte, ce qui rend la mise au point d'une telle définition d'autant plus difficile.

La quête d'une définition commune du terrorisme est incontestablement un vrai obstacle. Parce que le terrorisme est un concept extrêmement complexe tant d'un point de vue politique que technique, le définir implique inexorablement la mise de côté de certains éléments. Une définition commune du terrorisme qui engloberait tous les éléments définitionnels est utopie, seules des définitions de «compromis» pourraient être trouvées. A la lumière de ce constat, il semble alors légitime de se demander si cet obstacle ne pourrait tout simplement pas être contourné ou posé différemment.

²⁰⁸ Les agents vésicants (comme le gaz *moutarde*), les agents hémotoxiques (comme le cyanure d'hydrogène), les agents suffocants et anoxiants (comme le chlore) et les agents neurotoxiques (comme le gaz *sarin*).

²⁰⁹ Les armes à bactéries (comme le charbon bactérien), les armes à virus (comme la fièvre jaune), les armes à rickettsies (comme la fièvre Q) et les armes à toxine (comme la toxine butolique).

Sous-section 2 : Trouver une définition commune du terrorisme : un faux obstacle ?

La question est simple, presque évidente : trouver une définition commune du terrorisme, est-ce nécessaire pour le combattre ? Nombreux sont les auteurs qui, dans leurs études sur les aspects définitionnels du terrorisme, ont été amenés à se poser la question. La réponse est souvent la même : face au constat des difficultés inhérentes à la matière, non seulement il est difficile, voire impossible, d'aboutir à une définition commune en droit, mais encore ceci serait une perte de temps, la priorité étant la lutte effective contre le terrorisme. Reste à vérifier s'il n'existe pas un modèle de définition qui pourrait satisfaire la matière et si la définition de l'infraction terroriste est «condamnée» à l'incompatibilité avec le principe de légalité.

Paragraphe 1: Existe-t-il un modèle de définition de l'infraction terroriste satisfaisant ?

Comme le précise J. Pradel, il existe en droit *grosso modo* deux modèles de définition de l'infraction terroriste²¹⁰. Ces modèles, qui sont bien connus et déjà utilisés, consistent soit en la création d'une infraction à part entière dite de terrorisme généralement, soit en l'énumération d'infractions déjà existantes en droit commun auxquelles est ajouté un élément téléologique qui permet de soumettre lesdites infractions à un régime particulier. Or, pour ce qui est du deuxième cas de figure, celui retenu dans le texte de la décision-cadre européenne, les critiques quant à la non-exhaustivité inhérente de la liste d'infractions et quant à la grande subjectivité de l'élément téléologique, ont été exposées précédemment. Le premier cas de figure présente lui aussi des désavantages puisqu'il pose le problème de la peine applicable. En effet, l'infraction terroriste s'accommode mal d'une peine unique, voire d'une fourchette de peines, dans la mesure où les faits sont très différents les uns des autres. Enfin, et surtout, ce genre de définition peut s'avérer inutile et insatisfaisante parce que «*le droit positif réprime à peu près tous les agissements susceptibles de constituer des actes de terrorisme*»²¹¹.

²¹⁰ PRADEL J., *op. cit.*, p. 42. L'auteur se réfère en l'espèce au législateur français de 1986 et de son choix pour la rédaction d'une définition de l'acte de terrorisme.

²¹¹ *Ibid.*

Cette dernière remarque révèle donc que non seulement l'élaboration d'une définition de l'infraction terroriste au niveau national serait inutile, mais encore que l'élaboration de cette même définition que ce soit à un niveau régional ou international le serait pareillement. Il n'existerait pas par conséquent de modèle de définition de l'infraction terroriste pleinement satisfaisant. Dans ces conditions, une telle définition ne peut être qu'incompatible avec le principe de légalité, mais cela signifie-t-il pour autant qu'elle soit «condamnée» à cette incompatibilité et que la répression qui l'accompagne en soit entachée?

Paragraphe 2: La définition de l'infraction terroriste est-elle condamnée à l'incompatibilité avec le principe de légalité ?

Comme tout juriste pénaliste le sait, en vertu du principe *nullum crimen, nulle poena sine lege*, l'infraction doit être définie avec la plus grande précision afin que des sanctions puissent être appliquées. Or, puisque vraisemblablement il n'existe pas de modèle de définition susceptible de satisfaire le principe de légalité, la définition juridique de l'infraction terroriste est condamnée à l'incompatibilité avec la célèbre formule latine et, la répression du terrorisme ne peut être exercée légitimement.

Cependant, il convient de distinguer définition et répression d'une infraction dans ce sens où ce n'est pas parce qu'une définition n'est pas compatible avec le principe de légalité que la répression ne peut pas être exercée. En effet, comme le précise L. Condorelli au sujet de crimes internationaux devant être définis selon la précision requise par le principe de légalité : «*Il s'agit là d'une conception pouvant être définie, à mon sens, de fondamentalement incorrecte, puisqu'elle se base sur une mauvaise compréhension de la signification exacte du principe en question*»²¹². En effet, selon ce même auteur, le principe cité «*n'implique nullement qu'en l'absence d'une disposition détaillée de droit international (...) la répression ne pourrait pas être légitimement exercée, que ce soit par un tribunal international ou par le juge national*». En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une infraction est dite «internationale» qu'elle doit être nécessairement définie par des normes internationales, avec toute la précision qu'exige le principe de légalité, pour qu'une

répression digne de ce nom soit exercée au niveau international. Afin que ledit principe soit observé, il suffit que «*l'auteur de l'acte en question était bien soumis, lors du 'tempus commissi delicti', à des normes juridiques claires et accessibles – qu'elles soient internes et/ou internationales – établissant 'ante factum' une telle définition*».

Ce raisonnement, applicable à l'infraction terroriste qui s'est largement internationalisée, remet en question cette quête éperdue vers une définition commune et ceci est d'autant plus vrai que la plupart des infractions envisageables du terrorisme sont déjà couvertes par les dispositions de droit commun des législations nationales.

En conclusion, bien que la définition de l'infraction terroriste soit «condamnée» à l'incompatibilité avec le principe de légalité, sa répression peut quand même être légitimement exercée.

Les textes, qu'ils soient nationaux, régionaux ou internationaux, souffrent tous des mêmes défauts concernant la définition de l'infraction terroriste : soit ils définissent le terrorisme par rapport à la terreur, ce qui correspond à une tautologie, soit ils procèdent à l'énumération d'une série d'infractions, mais énumérer n'est pas caractériser, ou bien encore ils ne contiennent tout simplement aucun élément définitionnel²¹³. Dans la mesure où une définition commune de l'infraction terroriste, comme celle adoptée au sein de l'Union européenne, ne peut être en accord avec le principe *nullum crimen sine lege*, elle constitue un «réservoir» à atteintes aux droits de la personne et aux libertés fondamentales. Renforcer la coopération dans le domaine de la lutte contre le terrorisme est devenu un impératif au niveau européen mais, l'adoption d'une définition commune demeure un acte «dangereux» en termes de respect de l'Etat de droit.

²¹² CONDORELLI L., *Présentation de la IIème partie*, in ASCENCIO H., DECAUX E., PELLET A. (sous la direction de), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 246.

²¹³ GAYRAUD J. F., *op. cit.*, p. 188.

Ainsi, les mots de la fin pourraient être : *“It is not necessary to have an exact legal definition if terrorism is dealt with as a common crime. Concentration on the elements of the ‘actus reus’ may be all that is needed by way of definition, for murder, arson, kidnapping, serious bodily harm, and the infliction of severe mental distress are criminal acts in themselves and need only be proved as such. Thus, a precise legal formulation need not to be required in order to confront the terrorist menace for the preservation of societal and world order”*²¹⁴.

²¹⁴ *Encyclopedia of Public International Law*, Volume IV, North-Holland, Amsterdam, 2000, p. 846.

Chapitre II :

La difficile harmonisation des sanctions de l'infraction terroriste

Si une définition avec une liste d'infractions dites «terroristes», même aussi imparfaite soit-elle, a été posée par la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, c'est dans l'objectif de pouvoir appliquer des sanctions en vertu du principe de la légalité des peines précédemment évoqué.

Ainsi, pour ce qui est des sanctions de l'infraction terroriste, le texte de la décision-cadre s'articule en trois paragraphes. Le premier paragraphe rappelle ce qui est désormais un standard européen en matière de sanctions pénales qui vient s'appliquer ici à l'ensemble des infractions visées aux articles 1er à 4 de la décision-cadre. Le deuxième paragraphe est relatif aux infractions visées au paragraphe 1 de l'article 1er et celles visées à l'article 4²¹⁵. Il prévoit pour ces infractions qu'elles «soient passibles de peines privatives de liberté plus sévères que celles prévues par le droit national (...)». Enfin, le troisième paragraphe fixe les minimums des peines maximales pour les infractions qui sont prévues à l'article 2²¹⁶.

Les sanctions qui s'appliquent aux infractions terroristes font ainsi l'objet d'une harmonisation sur le plan européen. Cependant, parce que l'on touche ici à un domaine particulièrement cher aux Etats membres, le droit pénal et plus spécifiquement la fixation de peines, cette harmonisation est en «trompe-l'œil»²¹⁷ et semblerait servir davantage l'«Institution» européenne que le simple citoyen. Mais avant d'aborder ces deux thèmes, il est important de revenir sur ce standard européen en matière de sanctions pénales.

²¹⁵ Pour mémoire, l'article premier, paragraphe 1 donne la liste des actes intentionnels considérés comme infractions terroristes, et l'article 4 porte sur l'incitation, la complicité et la tentative d'acte terroriste.

²¹⁶ L'article 2 concerne les infractions relatives à un groupe terroriste.

²¹⁷ Pour reprendre l'expression de FLORE D. dans *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, Journal des tribunaux de droit européen, 1999, p. 122 et suivantes.

Section 1 : Des peines «proportionnées, effectives et dissuasives» : précisions et divergences quant à l'application du standard européen en matière de sanctions pénales

L'article 5 de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme dispose en son paragraphe 1 que «Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 1er à 4 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles d'entraîner l'extradition». Cette formule, vite devenue un standard commun des sanctions punitives, se retrouve désormais dans tous les textes européens qui fixent des peines, qu'elles soient privatives de liberté ou non.

Il est intéressant d'explicitier ce standard européen dans la mesure où il reflète les divergences qui existent entre les Etats membres, divergences qui rendent d'autant plus difficile l'harmonisation à l'échelle européenne des sanctions de l'infraction terroriste.

Sous-section 1: Précisions sur le «standard» européen en matière de sanctions pénales

Avant de préciser tour à tour les caractères proportionné, effectif et dissuasif de la peine, l'origine de ce standard européen en matière de sanctions pénales doit être donnée.

Paragraphe 1: Des sanctions à caractère effectif, proportionné et dissuasif : origine du «standard»

L'application de sanctions proportionnées, effectives et dissuasives constitue une véritable «formule stéréotypée (qui) fait désormais partie du lexique du législateur de l'Union européenne»²¹⁸. Cette formule est apparue pour la première fois dans ce qui convient d'appeler l'affaire du «maïs grec»²¹⁹. Dans son arrêt du 21 septembre 1989 qui opposa la Commission des Communautés européennes à la République hellénique, la Cour de justice

²¹⁸ MANACORDA S., *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*, PUF, ARPE, collection Faculté de droit de Poitiers, 2002, p. 293 et suivantes.

²¹⁹ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 1989, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, Affaire 68/88, Recueil de jurisprudence 1989, p. 2965.

des Communautés européennes pose la formule qui deviendra le standard européen en matière de sanctions pénales.

A l'origine de cette affaire, deux cargaisons de maïs exportées de Grèce en Belgique constituées en réalité de maïs importé de Yougoslavie, alors qu'elles avaient été déclarées par les autorités helléniques comme constituées de maïs grec. De ce fait, aucun prélèvement agricole destiné à alimenter les ressources propres à la Communauté n'avait été perçu. Cette fraude mettait en cause des fonctionnaires grecs qui avaient tenté de dissimuler ladite fraude en établissant de faux documents et de fausses déclarations. La Commission demandait alors au gouvernement hellénique le paiement à celle-ci des prélèvements agricoles sur les importations de maïs yougoslave, le recouvrement des sommes éludées sur les personnes ayant opéré la fraude, l'enquête sur certaines opérations d'importation, d'exportation et de transit de céréales réalisées depuis le début de 1985, et l'engagement de procédures pénales ou disciplinaires à l'encontre des auteurs et des complices de la fraude. Fin 1987, la Commission décide d'introduire un recours auprès de la Cour de justice des Communautés européennes. Tous les griefs de la Commission sont accueillis favorablement. Sur le quatrième grief portant sur l'obligation faite aux Etats membres de sanctionner les auteurs de violations du droit communautaire de la même façon que ceux de violations du droit national, la Cour rappelle que les Etats membres doivent prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire et précise que: *«A cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif»*.²²⁰

Bien que l'ordre des mots ait changé, certainement pour mettre en avant le caractère le plus répandu parmi les Etats membres, l'esprit est resté le même: un standard européen était posé.

²²⁰ En vertu des dispositions de l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne: *«Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité »*.

Paragraphe 2: Le caractère proportionné des sanctions pénales

Le caractère proportionné des sanctions pénales est certainement le caractère le plus important mais aussi le plus reconnu et consacré parmi les Etats membres. Il est une constante du droit répressif représentant le rapport qui légitime toute réaction à un acte attentatoire à un ordre établi.

Ainsi, le principe général de proportionnalité des délits et des peines découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et est largement appliqué par la Cour de justice des Communautés européennes. Cette dernière applique ce principe non seulement à l'exercice du pouvoir répressif des Institutions, mais aussi au pouvoir législatif et au contrôle qu'elle exerce sur l'application du droit communautaire par les autorités nationales.

Le principe de proportionnalité, tel qu'énoncé à l'article 49, paragraphe 3, de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne²²¹, est désormais un principe général du droit communautaire. De plus, la jurisprudence de la Cour de justice est constante en la matière et nombreux sont les arrêts de la Cour rappelant le principe de proportionnalité qui peuvent être cités²²².

²²¹ L'article 49 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne, intitulé «Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines», dispose au paragraphe 3: «*L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction*».

²²² Un arrêt relativement récent peut être donné comme illustration pour mieux expliciter ce principe de proportionnalité. Dans l'arrêt "Andrade" du 7 décembre 2000, Affaire C-213/99, la Cour rappelle aux paragraphes 19 et 20 que: «*Conformément à une jurisprudence constante, (...) lorsqu'une réglementation communautaire ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation de ses dispositions ou renvoie, sur ce point, aux dispositions nationales, l'article 5 du traité CE impose aux Etats membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. A cet effet, tout en conservant un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions, ils doivent veiller à ce que les violations de la réglementation communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif.*»

En ce qui concerne les infractions douanières, la Cour a précisé que, en l'absence d'harmonisation de la législation communautaire dans ce domaine, les Etats membres sont compétents pour choisir les sanctions qui leur semblent appropriées. Ils sont toutefois tenus d'exercer cette compétence dans le respect du droit communautaire et de ses principes généraux et, par conséquent, dans le respect du principe de proportionnalité ».

Le principe de proportionnalité des délits et des peines renvoie à l'idée de gravité morale et, par conséquent, à la fonction de justice rétributive²²³. Comme le précise M. Delmas-Marty à ce sujet, la gravité de la sanction qui commande la sévérité de la sanction, relève de l'intérêt lésé par l'infraction, des caractères du dommage et de la nature de la faute.

Si les Etats membres reconnaissent de façon générale le principe de proportionnalité, reste à déterminer s'ils s'accordent sur les indicateurs de gravité présentés.

Paragraphe 3: Des sanctions effectives et dissuasives

L'effectivité et l'effet dissuasif de la sanction pénale correspondent à ce que M. Delmas-Marty appelle la fonction utilitaire de la sanction, c'est-à-dire le fait que la sanction est effectivement appliquée et qu'elle induit un changement de comportement.

Pour ce qui est de l'effectivité de la sanction, l'application effective exige que les différentes étapes qui sont la constatation de l'infraction commise, la poursuite, le jugement et la mise à exécution des sanctions conséquentes soient bien mises en œuvre.

Quant à l'effet dissuasif de la sanction, le changement de comportement visé peut être provoqué soit de façon négative, par la peur de la sanction, soit de façon positive avec la resocialisation. En d'autres termes, le changement de comportement se fait *a priori* et *a posteriori* de l'application de la sanction pénale.

L'Union européenne a décidé de faire de ces caractères de la sanction pénale un véritable standard, ce qui semble justifié dans la mesure où ils sont tous les trois présents dans les traditions juridiques des Etats membres. Cependant, une étude plus approfondie révèle des divergences qui affaiblissent sa portée.

²²³ DELMAS-MARTY M., *Synthèse: Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, dans DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G. et LAMBERT-ABDELGAWAD E. (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Société de Législation comparée, Collection de l'UMR de Droit comparé de Paris (Paris I - CNRS, Vol. V), Paris, 2003.

Sous-section 2: Des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives : divergences parmi les Etats membres

L'application d'un standard européen en matière de sanctions pénales tel que celui qui vient d'être présenté, pose certaines difficultés dans la mesure où il ne peut être qu'une représentation approximative de principes appliqués parmi les Etats membres. Ainsi, tant le principe de proportionnalité que la fonction utilitaire de la peine connaissent des divergences au sein des Etats membres et cela n'est pas sans poser la question de la multiplicité des systèmes nationaux concernant l'exercice des poursuites.

Paragraphe 1: Principe de proportionnalité et fonction utilitaire de la peine: divergences parmi les Etats membres

S'il est vrai que le caractère proportionné de la sanction est dans l'ensemble majoritairement reconnu et appliqué dans les Etats membres, des divergences existent et doivent être soulignées, en particulier en ce qui concerne l'infraction terroriste. Il en va de même pour la fonction utilitaire de la peine.

1. Terrorisme, principe de proportionnalité et divergences

Le principe de proportionnalité, comme mentionné ci-dessus, est fonction de trois types d'indicateurs: l'intérêt lésé, le dommage et la faute²²⁴. La nature de la faute est probablement le critère qui rencontre la plus grande homogénéité parmi les Etats membres. A l'inverse, la nature du dommage et l'intérêt lésé rencontrent, à la lumière de l'infraction terroriste, des différences évidentes.

Pour ce qui est du dommage, M. Delmas-Marty en relève trois types : le dommage réalisé quantitativement fort, le dommage réalisé quantitativement faible et la menace. Elle justifie cette classification par le fait, majoritairement reconnu, que *«la simple menace (délict-obstacle) est moins grave que l'infraction avec dommage réalisé (critère qualitatif) et que la réalisation du dommage peut être quantitativement plus ou moins grave (critère quantitatif)»*. Or, comme il a été présenté au chapitre précédent portant sur la définition de l'infraction

²²⁴ *Ibid.*

terroriste, certains Etats membres ont retenu dans leur définition que la menace d'une action terroriste était aussi grave que la réalisation de ladite action. De même, l'Union européenne a retenu la menace comme constitutive d'une infraction terroriste au même titre que les actes énumérés au paragraphe 1 de l'article premier de la décision-cadre de juin 2002. Par ailleurs, aucune distinction dans les sanctions n'est opérée entre la menace et les autres actes²²⁵.

Enfin, l'intérêt lésé par l'infraction répond, selon M. Delmas-Marty, à une échelle de gravité qui va de l'atteinte à des «valeurs de haute protection» comme le droit à la vie, la dignité de la personne, l'intégrité du territoire national et communautaire (...), l'atteinte à des «valeurs à protection relative» comme les libertés individuelles, la propriété (...), et l'atteinte à des «règles de discipline de la vie en société». Or, là encore, des divergences évidentes apparaissent. En effet, les valeurs mises en cause par le terrorisme sont particulièrement hétérogènes et concernent les trois catégories susmentionnées. Enfin, comme le souligne l'auteur *«suffit-il d'une communauté de droit pour constituer une communauté de valeurs ?»*, et cela est d'autant plus valable pour ce qui est de l'infraction terroriste, une infraction dont la subjectivité est grande.

2. Terrorisme, fonction utilitaire de la peine et divergences

La fonction utilitaire de la peine comprend deux aspects: l'effet dissuasif et l'application effective.

Des divergences assez importantes apparaissent pour ce qui est de l'effet dissuasif de la peine. Comme le précise M. Delmas-Marty, cet effet est à double sens: la peur de la sanction et la resocialisation. Faire en sorte que les candidats éventuels à l'infraction terroriste y renoncent par peur de la sanction suppose l'établissement de peines particulièrement élevées dans la mesure où l'objectif qui anime leur volonté de commettre l'infraction n'est pas d'une nature strictement matérielle mais d'ordre politique, idéologique et/ou religieux. Le danger en l'espèce est évidemment l'escalade vers des sanctions de plus en plus lourdes, le glissement vers un mouvement de type sécuritaire. De plus, toujours dans le cadre de la sanction de l'infraction terroriste, il est clair que les Etats favorisent cette «peur de la sanction» au

²²⁵ En effet, l'article 5, paragraphe 2, sur les sanctions traite des infractions terroristes visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1 dans son ensemble, ce qui comprend le point i) relatif à «la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h)».

détriment de la resocialisation. Pourtant, mêmes les terroristes doivent un jour regagner la société civile.

L'effet «peur de la sanction» induit des peines privatives de liberté maximales, surtout dans le cas du terrorisme qui constitue un crime particulièrement grave. Des divergences là encore surviennent parmi les États membres. En effet, il n'y a pas de maximum commun de la peine déterminable dans la mesure où, principalement, seulement cinq systèmes pénaux en Europe prévoient la peine d'emprisonnement à perpétuité²²⁶ et que cette perpétuité ne se traduit pas par la condamnation à un même nombre d'années à passer en prison²²⁷.

Une application effective de la peine comporte quatre éléments comme rappelés précédemment: la constatation, la poursuite, le jugement et l'exécution de la sanction. Pour ce qui est de l'exécution, les systèmes sont très différents d'un État membre à un autre. Un dénominateur commun peut cependant être dégagé. En effet, face aux problèmes liés à la surpopulation des prisons qui affecte les États membres dans leur ensemble, ces derniers ont introduit une variété de modalités d'exécution des sanctions privatives de liberté permettant un passage progressif de la vie carcérale à la remise en liberté. Ces modalités comprennent le sursis, la suspension et l'ajournement du prononcé de la peine, la semi-liberté, le fractionnement de l'exécution de la peine, la surveillance électronique et la détention à domicile²²⁸.

Reste enfin le problème de la multiplicité des systèmes nationaux en matière d'engagement des poursuites dont les divergences au sein des États membres sont tellement importantes et déterminantes qu'elles méritent d'être traitées séparément.

²²⁶ Ces cinq États membres étant la France, l'Italie, le Royaume-Uni, la Belgique et la Grèce.

²²⁷ A titre d'exemple, la peine maximale de vingt ans d'emprisonnement au Portugal se purge intégralement, alors qu'en Belgique une condamnation à perpétuité peut être réduite, en cas de bonne conduite, à douze ans de prison.

²²⁸ La suspension et l'ajournement du prononcé de la peine, la semi-liberté, le fractionnement de l'exécution de la peine et la détention à domicile ne sont connus et appliqués que par une minorité d'États membres.

Paragraphe 2: Multiplicité des systèmes nationaux concernant l'exercice des poursuites

Les systèmes pénaux des Etats membres sont divisés concernant l'exercice des poursuites entre les principes d'opportunité et de légalité. D'une façon très succincte, s'inspirant du principe dit de la légalité des poursuites, le ministère public doit poursuivre toute infraction parvenue à sa connaissance, quelles qu'en soient la gravité ou les circonstances et même en l'absence de plainte. A l'inverse, le principe de l'opportunité des poursuites permet au ministère public d'être libre de donner la suite qu'il veut à l'affaire.

Alors que le principe d'opportunité est appliqué en France, Belgique, Royaume-Uni, Pays-Bas, Danemark, Irlande et Luxembourg, c'est le principe de légalité qui a été retenu en Allemagne, Autriche, Espagne, Italie, Portugal, Grèce, Finlande et Suède²²⁹.

Dans la pratique, les différents systèmes juridiques comportent des éléments issus des deux principes, résultat des adaptations propres à chaque Etat. En définitive, ce ne sont pas deux modes d'exercice des poursuites qui existent mais il pourrait presque en être dénombrés autant qu'il y a d'Etats membres. Il est alors difficile de dégager une ligne de conduite générale dans ce domaine.

L'établissement d'un standard européen en matière de sanctions, tel que repris dans le texte de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002, a marqué le début de ce mouvement d'harmonisation des sanctions au sein de l'Union européenne. Cependant, *«il est permis de s'interroger sur la pertinence d'un rapprochement des peines alors qu'il existe de grandes divergences entre la peine prévue par la loi, la peine prononcée par le juge et la peine réellement exécutée. La multiplicité des systèmes nationaux, notamment concernant l'exercice des poursuites (...) constitue une des raisons qui font du rapprochement des sanctions un exercice illusoire»*²³⁰. L'exercice est en effet «illusoire» et même en «trompe-l'œil» lorsqu'il s'agit plus précisément de l'harmonisation des sanctions pénales de l'infraction terroriste.

²²⁹ Pour ce qui est des douze nouveaux Etats membres, c'est le principe de légalité des poursuites qui est appliqué.

²³⁰ CLAISSE S. et JAMART J. J., *La lutte contre l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne: enjeux et perspectives de l'harmonisation pénale*, Revue de droit pénal et de criminologie, janvier 2002, p. 49.

Section 2 : L'harmonisation des sanctions pénales de l'infraction terroriste : une harmonisation en «trompe l'œil»

L'harmonisation des sanctions pénales de l'infraction terroriste s'avère être une harmonisation en «trompe-l'œil». En effet, un décalage certain existe entre les sanctions initialement prévues et celles finalement adoptées. Ce décalage est principalement le résultat du fait que le droit pénal, et plus spécifiquement les sanctions, constitue encore un des bastions de la souveraineté des Etats membres.

Sous-section 1 : De la proposition de sanctions pour une Union «sécuritaire» à l'adoption de sanctions pour une Union «à la carte»

Après les attentats du 11 septembre 2001, c'est un message politique fort qui doit être lancé. Ce message, traduit par la proposition de décision-cadre du Conseil en date du 19 septembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme et présentée par la Commission, a pour objectif de renforcer les mesures de droit pénal dans ce domaine en rapprochant les législations des Etats membres. Dans ce but, des sanctions doivent être établies et elles doivent correspondre au message politique qui est adressé. Force est de constater, que face aux nombreuses réticences des Etats membres, ces sanctions vont être modifiées à plusieurs reprises et se réduire progressivement à une «peau de chagrin».

Paragraphe 1: Echelle des sanctions proposées au lendemain des attentats et premières réflexions menées

L'échelle des sanctions initialement proposées correspondait certes au message politique qui devait être adressé, mais pas à la réalité des systèmes pénaux des Etats membres. Cela a révélé toute la complexité de la matière et conduit à des premières réflexions, études sur le sujet.

1. Echelle des sanctions proposées au lendemain des attentats

La proposition de décision-cadre du 19 septembre 2001 traite en son article 5 des «Peines et sanctions». Elle commence par rappeler au paragraphe 1 que *«Les Etats membres font en sorte que les infractions et les comportements terroristes visés aux articles 3 et 4 puissent être sanctionnés par des peines effectives, proportionnées et dissuasives»*. Puis, elle prévoit au paragraphe 2 une échelle de peines privatives de liberté allant de deux à vingt ans selon le schéma suivant :

«Les Etats membres font en sorte que les infractions terroristes visées à l'article 3 puissent être sanctionnées par des peines de privation de liberté des durées minimales suivantes :

- a) l'infraction visée à l'article 3, paragraphe 1, point a) : vingt ans ;*
- b) l'infraction visée à l'article 3, paragraphe 1, point l) : quinze ans ;*
- c) les infractions visées à l'article 3, paragraphe 1, points c), g), h) et i) : dix ans ;*
- d) l'infraction visée à l'article 3, paragraphe 1, point m) : sept ans ;*
- e) les infractions visées à l'article 3, paragraphe 1, points f) et j) : cinq ans ;*
- f) l'infraction visée à l'article 3, paragraphe 1, point b) : quatre ans ;*
- g) les infractions visées à l'article 3, paragraphe 1, points d), e) et k) : deux ans».*

Ainsi, pour ne donner que le détail du haut et du bas de cette échelle de sanctions minimales, le meurtre commis avec intention terroriste doit être sanctionné par une peine de privation de liberté d'au moins vingt ans ; la direction d'un groupe terroriste, à une peine d'au moins quinze ans ; le chantage, le vol simple ou qualifié, la menace de commettre des infractions telles que énumérées à l'article 3, paragraphe 1, des points a) à j), toujours avec intention terroriste, à une peine d'au moins deux ans.

Le texte présenté correspond à l'ambitieux mouvement de rapprochement des législations pénales des Etats membres, mouvement principalement initié sous le régime du Traité d'Amsterdam²³¹. En effet, les textes stipulent non seulement que les infractions visées doivent être passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives susceptibles de donner

²³¹ Le Traité sur l'Union européenne, en dernier lieu modifié par le Traité de Nice entré en vigueur en février 2003, assigne à l'Union européenne, en son article 29, la réalisation de l'objectif d'offrir aux citoyens un niveau

lieu à extradition, mais consacrent, en outre, une obligation pour certaines infractions, en tant que telles ou lorsqu'il y a des circonstances aggravantes, de prévoir des peines privatives de liberté dont le minimum de la peine maximale ne peut être inférieur à un nombre d'années d'emprisonnement déterminé. C'est le fameux système du «socle minimal de la peine maximale»²³². Ce système qui a été retenu pour la première fois pour la décision-cadre sur la protection de l'euro contre le faux-monnayage²³³, a également été appliqué à la lutte contre le terrorisme.

L'échelle des sanctions pour les infractions dites terroristes proposée par la Commission provoque une véritable «levée de boucliers» : les Etats membres refusent ce système de peines par peur, principalement, de voir leur propre système de sanctions bouleversé par cette proposition. Un travail de réflexion est alors entrepris.

2. Travaux menés par les présidences belge et espagnole du Conseil de l'Union européenne sur le rapprochement des législations pénales et première révision de l'échelle des sanctions

Le texte, tel que proposé par la Commission européenne au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, soulève de nombreuses réticences chez les Etats membres. Ces réticences portent bien évidemment sur la définition commune de l'infraction terroriste, mais aussi et surtout sur l'échelle des sanctions pénales retenue. Certains Etats soulignent que les seuils proposés sont trop élevés, d'autres, au contraire, considèrent qu'ils sont trop bas et quelques Etats, comme l'Allemagne, se déclarent tout simplement opposés à toute harmonisation des sanctions pénales en la matière. La nécessité de lancer une étude sur le problème très délicat de l'harmonisation des sanctions ainsi que de proposer une nouvelle échelle de peines privatives de liberté devient évidente et est alors amorcée par la présidence belge.

élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice. Selon le texte du Traité, cet objectif est atteint, entre autres, grâce au rapprochement des législations pénales des Etats membres.

²³² WEYEMBERGH A., *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences*, dans De KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 134.

²³³ Décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 140, 14 juin 2000, p. 1 et s. Celle-ci prévoit des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives incluant des peines privatives de liberté susceptibles de donner lieu à extradition. Pour un nombre de comportements couverts par l'instrument, des peines privatives de liberté, dont le maximum ne peut être inférieur à huit ans, sont fixées.

En juillet 2001, la présidence belge rédige un questionnaire et fait la synthèse des réponses obtenues. Elle réalise ainsi une première identification des éléments et paramètres à prendre en compte en vue d'une approche globale et cohérente des sanctions dans l'Union européenne²³⁴. Ce travail se poursuit également sous la présidence espagnole et aboutit au Conseil «Justice et Affaires intérieures» des 25 et 26 avril 2002, lors duquel sont adoptées des conclusions fixant l'approche à suivre en matière d'harmonisation des peines, avec notamment la mise en place de fourchettes qui ont pour but de fixer le minimum de la peine maximale applicable. Cette fourchette se présente en quatre niveaux comme suit :

- niveau 1 : peines dont le maximum est au moins entre un an et trois ans de privation de liberté ;
- niveau 2 : peines dont le maximum est au moins entre deux et cinq ans de privation de liberté ;
- niveau 3 : peines dont le maximum est au moins entre cinq et dix ans de privation de liberté ;
- niveau 4 : peines dont le maximum est au-delà de dix ans de privation de liberté.

Le texte des conclusions prévoit expressément la possibilité d'aller au-delà du niveau 4 dans des circonstances particulières, comme par exemple la lutte contre le terrorisme.

La présidence belge propose entre temps, en octobre 2001, une nouvelle échelle de sanctions pour l'infraction terroriste qu'elle estime plus simple. Ce système prévoit une peine privative de liberté maximale d'au moins vingt ans pour la direction d'un groupe terroriste et de huit ans pour les autres infractions en relation avec un groupe terroriste. Pour les autres infractions terroristes, le texte de la présidence propose des peines aggravées par rapport aux peines prévues à l'égard des infractions de droit commun du droit national des Etats membres. Cette nouvelle échelle de sanctions a elle aussi suscité de nombreuses critiques, en particulier de la part de la Commission européenne et de la délégation française.

²³⁴ WEYEMBERGH A., *op. cit.*, p. 135. Parmi ces éléments et paramètres figurent les peines prévues pour la tentative, pour la participation à la commission d'une infraction, les circonstances aggravantes, la récidive, les possibilités pour le juge de diminuer la peine prévue par la loi, la libération conditionnelle...

Le texte proposé par la présidence est très nettement en retrait par rapport à celui de la Commission et marque inéluctablement la progression vers l'adoption de peines privatives de liberté loin du message politique qui devait originellement être donné.

Paragraphe 2: Echelle des sanctions adoptées et décalage entre volonté politique initiale et protectionnisme des Etats membres

L'échelle des sanctions finalement adoptée par la décision-cadre du Conseil de juin 2002 marque nettement ce décalage entre d'un côté la volonté politique affichée de combattre avec fermeté le terrorisme et de l'autre, les résistances des Etats membres face aux immiscions dans leur système pénal.

1. Echelle des sanctions adoptées

La décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme fixe l'échelle des sanctions définitive en son article 5, paragraphe 3: *«Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 2 soient passibles de peines privatives de liberté maximales ne pouvant être inférieures à quinze ans pour l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), et à huit ans pour les infractions visées à l'article 2, paragraphe 2, point b). Dans la mesure où l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), ne concerne que l'acte visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point i), la peine maximale ne peut être inférieure à huit ans».*

Pour rappel, la direction d'un groupe terroriste est passible d'une peine d'au moins quinze ans d'emprisonnement et si elle concerne la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h) de l'article premier, paragraphe 1, elle est passible d'une peine d'au moins huit ans. Enfin, la participation aux activités d'un groupe terroriste est passible d'une peine d'au moins huit ans.

Quant au paragraphe 2 de l'article 5 relatif aux sanctions, celui-ci précise que : *«Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions terroristes visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, et celles visées à l'article 4²³⁵, pour autant qu'elles se rapportent aux*

²³⁵ L'article 4 visant l'incitation, la complicité et la tentative.

infractions terroristes, soient passibles de peines privatives de liberté plus sévères que celles prévues par le droit national pour de telles infractions en l'absence de l'intention spéciale requise en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sauf dans les cas où les peines prévues sont déjà les peines maximales possibles en vertu du droit national».

Il est important de préciser que les orientations générales dégagées lors du Conseil «Justice et Affaires intérieures» des 25 et 26 avril 2002 n'empêchent pas les Etats membres de fixer des niveaux supérieurs dans le cadre de leur législation nationale. Il est possible d'aller au-delà du niveau 4 dans des circonstances particulières. Ceci explique que la décision-cadre du 13 juin 2002 prévoit des peines privatives de liberté maximales ne pouvant être inférieures à quinze ans pour la direction d'un groupe terroriste. Par contre, aucun instrument européen ne permet de fixer le minimum de la peine d'emprisonnement. Ainsi, le système du «socle minimal de la peine maximale» n'intervient pas sur le «socle minimal de la peine minimale»²³⁶.

Entre l'échelle des peines initialement proposée au lendemain des attentats terroristes de New York et Washington, et celle adoptée en juin 2002, il y a un certain décalage. Ce décalage n'est pas sans témoigner des réticences des Etats membres, voire de leur protectionnisme face aux intrusions dans leur droit pénal.

2. Décalage entre volonté politique initiale et protectionnisme des Etats membres

En dehors de l'échelle des peines qui a été progressivement réduite au fil des propositions, le nombre de comportements visés dans la décision-cadre pour lesquels un montant de peine privative de liberté a été fixé a également été considérablement réduit. Il suffit de comparer l'article 5 de la proposition de la Commission de septembre 2001 avec l'article 5 de la décision-cadre du Conseil de juin 2002. Alors que le premier balayait l'ensemble des infractions terroristes visées à l'article 3, le second ne se contente plus que de fixer le minimum de la peine maximale pour la direction d'un groupe terroriste et la participation aux activités d'un groupe terroriste.

²³⁶ WEYEMBERGH A., *op. cit.*, p. 136.

Ainsi, la diminution progressive des seuils de sanction et la réduction conséquente du champ de l'harmonisation des infractions sont en contradiction avec l'objectif affirmé d'adresser un signal politique fort, c'est-à-dire la volonté initiale d'une lutte concertée contre le terrorisme au niveau européen.

En définitive, alors que la proposition de la Commission en 2001 se voulait être une réponse immédiate aux attentats perpétrés sur le sol des Etats-Unis en prévoyant des peines d'emprisonnement particulièrement sévères, c'est-à-dire en préparant une Union européenne de type «sécuritaire», le texte finalement adopté en 2002 donne davantage l'impression d'une Union «à la carte» où finalement ce sont les Etats membres qui restent les maîtres du jeu des sanctions.

Il est clair que ce décalage est le fruit des débats menés au sein du Conseil de l'Union européenne, autrement dit le fruit des réticences des Etats membres quand il s'agit d'harmoniser leurs législations pénales et en particulier les sanctions.

Sous-section 2 : L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne ou l'atteinte à un des bastions de la souveraineté des Etats membres

Les Etats membres défendent ardemment leur système de sanctions tel un bastion de leur souveraineté. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur la compétence de l'Union européenne dans le domaine pénal.

Paragraphe 1: L'harmonisation pénale face à l'équation «droit pénal, attribut essentiel de la souveraineté»²³⁷ des Etats membres

Si l'harmonisation du droit pénal et de la procédure pénale est un sujet très sensible et soulève tant de réticences, c'est principalement en raison du fait que cela relève de la souveraineté même des Etats membres. En effet, le droit pénal qui revient, très schématiquement parlant, à définir le bien et le mal, les Etats membres n'apprécient guère que l'on vienne leur dicter à

²³⁷ WEYEMBERGH A., *Droit pénal et reconnaissance des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne*, Journal des tribunaux de droit européen, 2001, p. 193 et suivantes.

leur place ce qui est bien et ce qui est mal. Le droit pénal constitue une véritable «chasse gardée» pour les Etats membres que ces derniers ne semblent pas prêts à concéder.

Preuve en est, lors du passage de l'unanimité à la règle de la majorité qualifiée au sein du Conseil de l'Union européenne, certains Etats ont exigé et obtenu que pour tout texte relatif à l'harmonisation pénale, une clause d'appel soit prévue afin que tout Etat qui estime que ce texte porte atteinte à des aspects fondamentaux de son système juridique entraîne la saisie du Conseil européen.

Le mouvement d'harmonisation des sanctions pénales en Europe est contrarié par cette réticence naturelle des Etats membres, et par le doute de certains quant à la compétence de l'Union pour légiférer de façon si étendue dans le domaine des sanctions pénales.

Paragraphe 2: Quelle compétence de l'Union pour légiférer dans le domaine des sanctions pénales ?

Qu'il s'agisse de la proposition de décision-cadre de septembre 2001 ou de la décision-cadre adoptée en juin 2002, toutes deux sont fondées sur le Titre VI du Traité sur l'Union européenne et en particulier sur l'article 29, l'article 31, paragraphe 1, e) et l'article 34, paragraphe 2, b).

En vertu de l'article 29, l'objectif de l'Union européenne est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les Etats membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en prévenant le terrorisme et en luttant contre ce dernier. L'article 31, paragraphe 1, e), prévoit quant à lui l'adoption progressive des mesures instaurant «*des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue*». Enfin, l'article 34, paragraphe 2, b), fait référence aux décisions-cadres comme instruments à utiliser aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres.

Le Traité sur l'Union européenne ne précise pas les cas où les décisions-cadres doivent être appliquées. Toutefois, de la formulation de l'article 29 par rapport à l'article 31 cités, il peut être inféré que les décisions-cadres servent au rapprochement des dispositions de droit pénal, visant à établir les normes minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines visés. En vertu de ce raisonnement, les décisions-cadres peuvent donc être utilisées dans le but d'imposer aux Etats membres une obligation d'introduire des sanctions pénales dans la mesure où cela est nécessaire à la mise en œuvre d'une politique commune.

L'harmonisation des sanctions pénales de l'infraction terroriste est sans conteste une harmonisation en «trompe-l'œil» dans la mesure où la volonté d'action des Etats membres dans ce domaine est faible : entre le texte initialement proposé par la Commission européenne et celui finalement adopté par le Conseil, le décalage qui existe ne résulte pas seulement du compromis obtenu entre les Etats membres, mais encore et surtout de la volonté de ces derniers à ne pas laisser la matière pénale tomber entre les mains de l'Union. L'une des questions serait alors de savoir si l'harmonisation des sanctions de l'infraction terroriste, en particulier, a bien pour but de servir la lutte contre le terrorisme, ou si cette harmonisation, dans une perspective beaucoup plus générale, ne serait pas plutôt un outil au service des ambitions de l'Union.

Section 3 : L'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen, une «vraie - fausse» utilité ?

De la même façon que la question s'était posée pour une définition commune de l'infraction terroriste, il convient de se demander si cette harmonisation des sanctions pénales en Europe a une vraie utilité, ou plutôt pour quoi et pour qui elle est utile. Entre fervents défenseurs et virulents détracteurs, l'harmonisation des sanctions pose problème et pourrait servir davantage l'«Institution» européenne que le simple citoyen.

Sous-section 1 : Débat autour des arguments en faveur de l'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen

Le Livre vert de la Commission européenne sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne²³⁸, présente au début du Livre les objectifs du rapprochement. Il convient de reprendre ces objectifs, de les regrouper sous deux arguments majeurs, celui de la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ainsi que celui des problèmes posés par les différences notables entre les systèmes pénaux des Etats membres, et d'en débattre.

Paragraphe 1: L'argument de l'harmonisation des sanctions pénales comme outil de la mise en place de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice

La promotion de l'espace de liberté, de sécurité et de justice passe, entre autres, par le développement du principe de reconnaissance mutuelle²³⁹ et d'un «sentiment commun de justice» pour les citoyens européens et, le développement de ces derniers passe inévitablement, selon la Commission, par l'harmonisation des sanctions pénales.

1. L'argument du principe de reconnaissance mutuelle, «pierre angulaire» de la coopération judiciaire en Europe

Comme le rappelle la Commission dans son Livre vert, le rapprochement des règles de droit pénal concernant les sanctions et leur exécution contribue à faciliter l'acceptation de la reconnaissance mutuelle des jugements, étant donné que ce dernier renforce la confiance mutuelle. Le principe de la reconnaissance mutuelle qui représente la «pierre angulaire» des mécanismes de coopération judiciaire dans l'Union européenne, constitue, selon la Commission, avec le rapprochement, deux mécanismes complémentaires en vue de la réalisation de cet espace judiciaire européen.

²³⁸ Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne en date du 30 avril 2004, document COM(2004)334 final.

²³⁹ Principe qui sera développé ultérieurement. Voir sous la Partie I, Titre II, Chapitre II principalement relatif à ce sujet.

Certains auteurs voient les choses sous un angle légèrement différent dans la mesure où pour eux, certes, le rapprochement des législations pénales est indiscutablement de nature à faciliter la reconnaissance mutuelle, mais, aussi et surtout, celui-ci poursuit des objectifs qui lui sont propres et que le simple jeu de la reconnaissance mutuelle ne pourrait pas rencontrer²⁴⁰.

Or, depuis que le Conseil européen de Tampere²⁴¹ a fait de la reconnaissance mutuelle cette « pierre angulaire » de la coopération judiciaire, la nécessité de l'harmonisation des législations pénales paraît moins évidente. En effet, étant donné que ce mouvement d'harmonisation avait pour objectif premier de supprimer l'obstacle de la double incrimination, ce qui est désormais chose faite conformément au principe de la reconnaissance mutuelle, l'utilité de l'harmonisation des législations pénales se pose. Comme le souligne un rapporteur dans son rapport d'information à l'Assemblée nationale française, « *la reconnaissance mutuelle a-t-elle rendu le rapprochement inutile ?* »²⁴².

2. L'argument d'un « sentiment commun de justice »

Autre argument mis en avant, celui du « sentiment commun de justice ». Le rapprochement des sanctions contribuerait en effet à donner aux citoyens européens un sentiment commun de justice qui est également une des conditions de la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, comme il est prévu au point 15 du Plan d'action de Vienne²⁴³. La Commission précise également dans son Livre vert que « *le rapprochement portant sur l'incrimination d'un comportement ainsi que sur le niveau de sanction qui lui est attaché conduit à une protection effective et équivalente des citoyens dans tout le territoire de l'Union contre un phénomène qui va à l'encontre des principes et valeurs communs aux Etats membres* ».

²⁴⁰ WEYEMBERGH A., *Droit pénal et reconnaissance des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne*, op. cit., p. 199.

²⁴¹ Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, SN 200/99. Les conclusions de ce Conseil font, au paragraphe 33, de la reconnaissance mutuelle des jugements la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire.

²⁴² Rapport d'information de l'Assemblée nationale française n° 1730 sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne (COM(2004)334 final/E 2587), du 13 juillet 2004.

²⁴³ Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, Journal officiel C 19 du 23 janvier 1999, p. 1 et suivantes.

Ce «sentiment commun de justice» serait donc étroitement lié au processus d'harmonisation. Toutefois, comment parler de «sentiment commun de justice» alors que des différences entre les sanctions des différents Etats membres vont subsister dans la mesure où l'établissement de sanctions communes, ou plus exactement d'échelles de sanctions, ne reste que strictement indicatif et que le dernier mot revient aux Etats membres ? Une certaine harmonisation peut se faire, mais il est question ici que d'une harmonisation toute relative puisqu'elle ne peut s'appliquer qu'à certains délits considérés comme étant les plus graves, qu'elle ne concerne *a fortiori* que les peines d'emprisonnement et enfin, qu'elle ne permet que de donner des seuils minimaux de peines maximales, c'est-à-dire des planchers au-delà desquels les Etats membres doivent fixer le maximum de la peine.

Bien que l'argument de l'harmonisation des sanctions pénales comme outil de la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice soit important, c'est surtout celui des problèmes que posent les différences notables entre les systèmes pénaux des Etats membres qui est mis en avant.

Paragraphe 2: L'argument des problèmes posés par les différences notables entre les systèmes pénaux des Etats membres

Autre argument «phare» en faveur de l'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen, celui des problèmes conséquents des différences qui existent entre les systèmes pénaux des Etats membres. Ceux-ci sont principalement de deux ordres : la mise en danger des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la possible mise à profit par les auteurs d'infractions de ces différences.

1. L'argument de la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Un des arguments les plus avancés repose sur le fait que l'existence d'une telle diversité en matière de sanctions pénales au sein de l'Union européenne compromet largement le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

La technique retenue du «minimum du maximum» pour l'harmonisation des sanctions pénales, ne semble pas davantage promouvoir la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il convient en effet de souligner que l'harmonisation se faisant «par le bas», les Etats membres, dont la liberté leur est laissée d'aller au-delà ou non des seuils fixés, iront très certainement au-delà. Telle qu'elle est pratiquée actuellement au niveau européen, l'harmonisation revient souvent à s'accorder sur le plus petit dénominateur commun. Par conséquent, l'établissement de minima porte en soi un potentiel d'aggravation des sanctions²⁴⁴ ce qui ne va pas vraiment dans le sens de la sauvegarde des droits et libertés.

Enfin, pour en revenir aux sanctions de l'infraction terroriste, en tout état de cause, les peines requises seront plus sévères dans les Etats membres pour les actes étiquetés «terroristes» depuis un certain nombre d'années au sens du texte de la décision-cadre de juin 2002, que pour les mêmes actes commis dans un Etat membre où l'infraction terroriste en tant que telle est nouvelle et relevait auparavant d'une infraction de droit commun.

2. L'argument de l'éventuelle mise à profit par les auteurs d'infractions des différences entre les systèmes judiciaires des Etats membres

Il s'agit d'un argument quelque peu surprenant. En effet, selon la Commission, *«des normes minimales de l'Union contribuent aussi à empêcher que les auteurs des infractions (ou au moins certaines catégories d'auteurs comme par exemple ceux de la criminalité organisée) ne tirent avantage du fait que les peines sont très divergentes selon les Etats et ne se déplacent de l'un à l'autre pour éluder des poursuites pénales ou l'exécution des peines. Les conclusions de Tampere (point n°5) soulignent que les auteurs d'infractions ne doivent pouvoir, par aucun moyen, mettre à profit les différences entre les systèmes judiciaires des Etats membres.»*

Non seulement, comme cela a été précisé précédemment, et en particulier pour ce qui est de l'exécution des peines, des différences relativement importantes entre les Etats membres demeurent et demeureront, mais aussi, l'idée selon laquelle les criminels se lanceraient dans

²⁴⁴ KELLENS G., *Quelle utilité pour l'harmonisation des sanctions au niveau européen ?*, dans DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *op. cit.*, p. 148.

l'étude comparative des vingt-sept codes pénaux des Etats membres semble peu probable, hormis peut être les cas très spécifiques de la criminalité informatique ou économique.

Les arguments ainsi présentés par la Commission tendant à démontrer l'utilité, voire la nécessité, de l'harmonisation des sanctions pénales ne sont pas totalement convaincants. Reste alors à déterminer pour qui cette harmonisation est véritablement utile.

Sous-section 2 : Des contradictions aux buts inavoués de l'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne

L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne connaît des contradictions qui mettent un peu plus en cause son utilité. Mais, en dehors de cette remise en cause, les deux principales contradictions ne sont-elles pas aussi des témoins des buts inavoués de l'harmonisation pour le compte de l'Union européenne ?

Paragraphe 1: L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne : des contradictions

Contrairement à ce qui était annoncé dans le Livre vert de la Commission, non seulement le rapprochement des sanctions pénales s'avère être un objectif en soi, mais encore il ne respecte pas le principe de subsidiarité.

1. L'harmonisation des sanctions : un objectif en soi

Dans son introduction, la Commission européenne souligne le fait que *«les différences entre les législations des Etats membres en matière de sanctions sont assez considérables. Ceci s'explique par des raisons historiques, culturelles et juridiques fortement enracinées dans leurs systèmes légaux, qui ont évolué dans le temps et qui sont l'expression de la manière par laquelle ont été confrontés et ont répondu à des questions fondamentales dans le domaine du droit pénal. Ces systèmes présentent une cohérence interne et modifier des règles sans tenir compte de l'ensemble risque d'amener à des distorsions»*.

Ainsi, l'harmonisation pénale ne saurait être un objectif en soi. Pourtant, tel qu'il est prévu de la pratiquer et telle qu'elle a déjà été pratiquée, l'harmonisation semble bel et bien être un objectif en soi imposant aux Etats des délais et mettant de côté les différences de traditions juridiques.

L'harmonisation ne signifie pas l'unification. Preuve en est, l'harmonisation qui s'effectue par l'instrument de la décision-cadre, nécessite la transposition de cette dernière dans le droit national des Etats membres. Une marge de manœuvre est laissée aux Etats d'autant plus qu'ils ne doivent généralement prévoir que des peines «effectives, proportionnées et dissuasives» ou des peines répondant à la technique du «minimum du maximum». Cette marge de manœuvre laissée aux Etats membres issue d'une part des réticences des Etats vis-à-vis de leur droit pénal et d'autre part de la volonté de l'Union de respecter le système pénal de chacun, a pour but de ne pas amener à des distorsions.

Certes, l'instrument utilisé est la décision-cadre, mais des délais de transposition sont fixés et les «mauvais élèves», c'est-à-dire ceux dont la transposition se fait trop attendre, sont nominativement montrés du doigt dans des rapports d'évaluation de la Commission et du Conseil sur l'état de transposition d'une décision-cadre. L'harmonisation deviendrait donc un objectif européen dont l'importance pèse de plus en plus sur les Etats membres.

Quant à la technique de «minimum du maximum», celle-ci n'est pas vraiment respectueuse des différences de cultures juridiques parmi les Etats membres. S'il est vrai que le mot de la fin revient aux Etats dans le sens où ce sont eux qui décident d'aller au-delà ou non des minimums fixés, la plupart d'entre eux sont tout de même contraints de réviser leur droit en la matière et cette révision, pour certains, les oblige à remettre profondément en question leur culture juridique.

L'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen constitue un objectif en soi qui met de côté les différences culturelles, historiques et juridiques des Etats membres et qui ne respecte pas non plus le principe de subsidiarité.

2. L'harmonisation des sanctions ou le non respect du principe de subsidiarité

La Commission souligne dans l'introduction de son Livre vert qu'il faut «*conformément au principe de subsidiarité, se concentrer sur les domaines où un besoin est identifié, en fonction des objectifs qu'on s'est donné et des bases juridiques disponibles*». De même, elle rappelle dans la partie consacrée aux objectifs du rapprochement que «*toute action qui aurait pour objectif d'opérer un rapprochement des sanctions pénales doit évidemment respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité. (...) Il (le Protocole sur l'application des principes susmentionnés annexé au Traité CE par le Traité d'Amsterdam) justifie une action de la Communauté lorsqu'il s'agit de matières transnationales, lorsqu'une action au seul niveau national ou l'absence d'action de la Communauté serait contraire aux exigences du Traité ou encore, lorsqu'une action menée au niveau communautaire présenterait des avantages manifestes en raison de ses dimensions ou de ses effets.*»

Le respect du principe de subsidiarité²⁴⁵, ainsi rappelé par la Commission, est une des conditions strictes sous laquelle peut se faire l'harmonisation des sanctions au niveau européen. Cependant, à la lecture des actions envisagées dans ce Livre vert, il semblerait que certaines de ces actions méconnaissent ledit principe.

En vertu de ce principe, seuls les domaines où la «Communauté» peut vraisemblablement apporter une réelle «plus-value» peuvent être sujets à harmonisation. Or, nombreuses sont les instances nationales des Etats membres qui s'interrogent sur la valeur ajoutée d'une action d'harmonisation au niveau européen concernant, par exemple, la réclusion criminelle à perpétuité, les régimes des peines alternatives ou la libération anticipée. Ainsi, ces mêmes instances réclament que l'harmonisation constitue l'exception et que la reconnaissance mutuelle soit la règle.

²⁴⁵ Le principe de subsidiarité est défini à l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne et visé à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne. Il s'énonce de la façon suivante :

«*La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.*

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. »

Cependant, il est vrai que la rédaction des articles sur le principe de subsidiarité est suffisamment vague pour permettre à l'Union d'intervenir dans plus de domaines que ce qui était prévu, ou entendu, initialement. Démontrer que la Communauté enfreint le principe de subsidiarité soit en allant au-delà des compétences qui lui ont été assignées, soit en n'apportant pas de vraie plus-value, relève du subjectif ; il s'agit là d'une pure question d'interprétation, d'autant plus que la Cour européenne de justice n'est pas très loquace sur ce sujet.

Le principe de subsidiarité reste un principe aux contours flous, offrant à l'Union l'opportunité d'interprétations allant dans son sens. A ce propos, J. Delors, en 1992, n'offrait-il pas un prix à toute personne capable de donner une définition de la subsidiarité²⁴⁶ ? A ce jour, le prix n'a toujours pas été remporté.

Il est vrai aussi que l'intervention de l'Union européenne en matière d'harmonisation pour ce qui est de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue comme cela est mentionné à l'article 31 du Traité sur l'Union européenne, risque de n'être qu'un prétexte pour une «main mise» beaucoup plus large sur le droit pénal en général. En effet, certains auteurs²⁴⁷ observent et dénoncent les débordements de compétences par rapport au mandat limité que le Traité a donné au Conseil «Justice et Affaires intérieures» et à la Commission. Selon ces auteurs, les zones d'intervention dépassent la tâche d'harmonisation dans les domaines prévus susmentionnés. Le droit pénal, traditionnellement du ressort des Etats membres, passe progressivement entre les mains de l'Union. Le principe de subsidiarité est alors évidemment non respecté.

Ainsi, l'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen s'avère non seulement être un but en soi, mais encore ne pas respecter le principe de subsidiarité. Ces contradictions, par rapport aux principes rappelés dans le Livre vert de la Commission, pourraient dévoiler un

²⁴⁶ “In 1992 Jacques Delors offered a prize to anyone who could define subsidiarity. Most of us can either gracefully decline the challenge, or proffer some definition secure in the knowledge that our chosen formula is unlikely to have dispositive effects. The Court may not be so fortunate. It may not have to provide a literal definition of the term. It will however have to interpret Article 5. If, in doing so, it manages to tread the line indicated above, that will be prize enough”. Extrait tiré de CRAIG P. et DE BURCA G., *EU Law – Text, cases, and materials*, Oxford University Press, seconde édition, Great Britain, 1998, p. 129.

²⁴⁷ Comme par exemple: VERMEULEN G., *Where do we currently stand with harmonization in Europe ?*, Institute for international research on criminal policy, Ghent University, 2002.

phénomène à l'ampleur plus importante, un objectif plus ambitieux : la formation d'une «Union-Etat».

Paragraphe 2: L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne : témoin d'une Union européenne comme Etat en formation²⁴⁸ ?

Le mouvement d'harmonisation des sanctions pénales en Europe cacherait un enjeu important : par l'appropriation lente mais sûre de la matière pénale par l'Union européenne, c'est non seulement un véritable droit pénal européen qui émergerait mais aussi, la formation d'un embryon d'Etat qui s'accompagnerait d'un déficit démocratique.

1. L'harmonisation, vecteur d'appropriation du droit pénal par l'Union européenne

Le droit pénal, dont la valeur symbolique est importante et connue, passe progressivement entre les mains de l'Union européenne, il ne serait alors plus la «chasse-gardée» des Etats membres. Un des objectifs de l'harmonisation ne serait donc pas celui contenu dans le Livre vert de la Commission, mais consisterait davantage en la formation d'un droit pénal européen, instrument nécessaire à cette Europe qui veut posséder et possède de plus en plus les attributs d'un Etat : *«l'Etat européen en formation reprend, pour sa part, les bonnes recettes de tout Etat : l'ennemi extérieur, la sanction – qui doit être dissuasive (...) mais équilibrée, et respectueuse des valeurs démocratiques. En vérité, pour l'Europe, le sens de l'harmonisation des sanctions, ce n'est pas l'efficacité. Le pénal ne sert pas à grand' chose en termes de menace.»*²⁴⁹

Doit être cité à ce stade, l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 septembre 2005²⁵⁰, dont la pertinence en matière de répartition des compétences dans le domaine pénal entre les premier et troisième Piliers est tellement grande, qu'il a fait l'objet d'une communication de la Commission sur ses conséquences²⁵¹. Bien que cet arrêt concerne l'appropriation de la matière pénale en droit de l'environnement par la Communauté à l'instar

²⁴⁸ Les développements qui portent sur ce paragraphe s'appuient entre autres sur deux articles : KELLENS G., *Quelle utilité pour l'harmonisation des sanctions au niveau européen ?*, *op. cit.* et CESONI M. L., *Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse*, dans DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *op. cit.*, p. 153.

²⁴⁹ KELLENS G., *op. cit.*, p. 149.

²⁵⁰ Cour de justice des Communautés européennes, *Commission contre Conseil*, 13 septembre 2005, arrêt C-176/03.

de l'Union, il témoigne de l'enjeu grandissant que représente le droit pénal et des luttes internes pour que celui-ci ne soit pas seulement entre les mains de l'Union et de l'intergouvernementalité, mais entre celles «exclusives» de la Communauté européenne.

La Commission avait présenté, en mars 2001, au Conseil un projet de directive qui prévoyait que plusieurs activités nuisibles pour l'environnement, commises intentionnellement ou avec une négligence particulière, puissent faire l'objet de sanctions pénales. La base juridique utilisée était alors l'article 175, alinéa 1, du Traité instituant la Communauté européenne, premier Pilier. Un certain nombre d'Etats membres au sein du Conseil s'étaient alors opposés à cette initiative de la Commission, contestant le pouvoir de cette dernière de légiférer dans le domaine du droit pénal. C'est une décision-cadre qui est finalement adoptée sur la base des articles 29 et suivants du Traité sur l'Union européenne, troisième Pilier. La Commission rejeta le choix de cette base juridique et présenta un recours en annulation devant la Cour de justice contre le Conseil. Outre ce «conflit de Piliers»²⁵², il est intéressant de relever que si «*en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté*»²⁵³, cela «*ne saurait empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement*»²⁵⁴. Voici donc comment la Cour a procédé à un véritable «hold-up» ou une «communautarisation sauvage» du Pilier justice et affaires intérieures²⁵⁵.

²⁵¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.09.05 (C-176/03 Commission contre Conseil), COM(2005) 583 final.

²⁵² La Cour souligne à ce propos que la protection de l'environnement est l'un des objectifs essentiels de la Communauté, non de l'Union, et que par conséquent la base juridique appropriée était bien l'article 175 du Traité CE.

²⁵³ Point 47 de l'arrêt C-176/03 précité.

²⁵⁴ Point 48 de l'arrêt C-176/03 précité.

²⁵⁵ VAILLANT A., *Les juges luxembourgeois, l'environnement et la souveraineté*, Le journal de l'Association des magistrats de l'Union européenne, *La lettre des magistrats de l'Union européenne*, numéro 16, octobre 2005.

2. Un déficit démocratique certain

L'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen, qui peut être défini comme le «*processus qui tend vers une homologation substantielle des incriminations*»²⁵⁶, est principalement «orchestrée» par l'acteur exécutif, laissant de côté l'acteur législatif, ce qui n'est évidemment pas sans créer un déficit démocratique.

Certes l'Union européenne s'est désormais appropriée la matière pénale, mais sont ici concernés de façon plus spécifique les organes exécutifs de l'Union ou plus exactement, la Commission et le Conseil. Cette primauté du pouvoir exécutif à l'échelle européenne est juridiquement fondée et liée à l'inachèvement des Institutions européennes²⁵⁷. En effet, les décisions en matière de rapprochement des législations pénales se prennent au moyen de décisions-cadres qui sont adoptées par le Conseil, sur proposition, très majoritairement, de la Commission ou, rarement, d'un Etat membre. Le Parlement est quant à lui cantonné dans un rôle strictement consultatif en vertu de l'article 39, paragraphe 1 du Traité sur l'Union européenne. Ainsi, il est à déplorer que «*la seule instance qui tire directement sa légitimité démocratique du vote des peuples européens est encore faible dans le secteur JAI*» et que «*le Parlement semble en effet être victime d'une consultation qui lui donne un rôle mineur dans la procédure (ce qu'il ressent mal) sans par ailleurs accroître sensiblement l'efficacité de l'action du Conseil*»²⁵⁸.

Ce «glissement» du pouvoir de décision en matière pénale du pouvoir législatif vers le pouvoir exécutif n'est malheureusement pas nouveau et concerne bien d'autres domaines. Le problème étant alors que «*le rôle mineur que le Parlement européen joue dans les décisions en matière pénale constitue une anomalie et illustre le déficit démocratique caractérisant le processus décisionnel communautaire*»²⁵⁹. Son rôle est effectivement moindre dans la mesure où le Conseil ne prend que peu en considération les observations, avis émis par le Parlement. La consultation de ce dernier sauve les apparences démocratiques de l'Union, mais il ne s'agit bien là que d'apparences.

²⁵⁶ CESONI M. L., *op. cit.*, p. 155.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 159.

²⁵⁸ SALAZAR L., *Le rôle des nouveaux acteurs dans la définition d'une politique criminelle européenne*, dans DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *op. cit.*, p. 58.

²⁵⁹ CESONI M. L., *op. cit.*, p. 160.

Les parlements nationaux, à l'image de la structure européenne²⁶⁰, sont eux aussi, en matière pénale, réduits au strict minimum. Le droit constitutionnel, pour se référer aux pouvoirs de plus en plus limités des parlements face aux organes exécutifs, utilise la formule justifiée de «chambre d'enregistrement de la volonté gouvernementale». A ce propos, peut-être faudrait-il désormais parler de «chambre d'enregistrement de la volonté européenne» ? Les parlements voient également leurs pouvoirs s'amenuiser lorsqu'il s'agit de transposer dans le droit national les fameuses décisions-cadres du Conseil. Là encore, si la théorie réserve aux parlements une certaine marge de manœuvre, celle-ci est fortement diminuée en pratique probablement, entre autres, par leur malaise vis-à-vis de ce qui se passe et se décide à Bruxelles dans des conditions de transparence qui semblent leur échapper²⁶¹.

Le mouvement d'harmonisation des sanctions pénales s'accompagne incontestablement d'un déficit démocratique qui remet en question l'utilité d'un tel mouvement, sauf pour l'Union européenne dont le bénéfice de l'harmonisation pourrait s'avérer important.

²⁶⁰ Il est devenu tout à fait courant que ce qui se passe et «fait ses preuves» à Bruxelles est appliqué quelques temps après au niveau des Etats membres. Ainsi, c'est ce qui peut être observé en termes d'initiative en matière pénale. Celle-ci, sous le coup de l'urgence, comme cela est le cas avec la lutte contre le terrorisme, semble relever davantage du pouvoir exécutif que du pouvoir législatif. Le processus décisionnel de l'Union européenne fait incontestablement «tâche d'huile» au détriment du contrôle démocratique.

²⁶¹ SALAZAR L., *op. cit.*, p. 58.

Conclusion du Titre I

La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme donne à l'Union européenne et à ses Etats membres un cadre juridique quasi inédit en la matière : une définition de l'infraction terroriste et des sanctions harmonisées. Cependant, l'enthousiasme suscité par l'adoption d'un tel texte est rapidement retombé et cela pour deux raisons majeures. La première est que cette décision-cadre, en s'attaquant au problème définitionnel du terrorisme réputé pour son extrême complexité, propose une définition qui ne peut être que non satisfaisante au regard du principe de légalité, voire non souhaitable au regard de la nature même de cette infraction. La deuxième raison est qu'en proposant des sanctions harmonisées de l'infraction terroriste, la décision-cadre empiète directement sur une des chasse-gardées des Etats membres, à savoir la fixation d'échelles de sanctions et de façon plus générale, le droit pénal.

Ainsi donc, la lutte contre le terrorisme et le «coup d'accélérateur» donné par les attentats de 2001, ont indéniablement servi la cause du rapprochement des législations pénales des Etats membres. Toutefois, il convient de souligner que les effets produits au niveau des Etats membres, en termes de définition et de l'harmonisation des sanctions pénales, sont disparates, ce qui est en l'occurrence l'inverse du but recherché, et assez limités.

La lutte contre le terrorisme s'insère dans un cadre qui va au-delà du rapprochement des législations des Etats membres. Elle joue également un rôle dans le développement du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales des Etats membres.

TITRE II :

**La lutte contre le terrorisme en tant qu'initiatrice de la reconnaissance
mutuelle des décisions judiciaires pénales**

Si le rapprochement des législations des Etats membres de l'Union européenne est nécessaire à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la reconnaissance mutuelle en est la « pierre angulaire »²⁶². Concrètement, cela signifie qu'une fois qu'une décision a été prise par une autorité judiciaire d'un Etat membre, cette décision doit être reconnue et exécutée dans d'autres Etats membres dans les meilleurs délais et avec un contrôle aussi limité que possible.

Sur base de ce principe et poussée par l'impact politique des attentats du 11 septembre, l'Union européenne a adopté un texte établissant le mandat d'arrêt européen²⁶³. Ce texte particulièrement ambitieux se heurte à un problème majeur : son adoption prématurée. En effet, en l'état du rapprochement des législations des Etats membres et plus généralement, en l'état du développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, tous les Etats membres n'étaient certainement pas prêts pour un tel instrument.

Le principe de reconnaissance mutuelle en tant que concept clef de l'espace judiciaire européen, est donc une des conditions de la mise en place d'un espace pénal européen. Néanmoins, la reconnaissance mutuelle, qui ne peut se développer que si un niveau élevé de confiance mutuelle²⁶⁴ entre les Etats membres existe au préalable, ne peut alors qu'être la condition certes nécessaire mais non suffisante de l'espace pénal européen.

²⁶² Le Conseil européen de Tampere a en effet affirmé que la reconnaissance mutuelle devait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière civile et pénale.

²⁶³ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 190 du 18 juillet 2002, p. 1 et s.

²⁶⁴ Le principe de confiance mutuelle sera développé dans le Chapitre II de ce Titre II.

Chapitre I :

L'adoption prématurée du mandat d'arrêt européen

Les attentats du 11 septembre 2001 ont fait de la lutte contre le terrorisme une priorité en Europe et de l'extradition un des points clefs de cette lutte. Le conseil Justice et Affaires intérieures en date du 20 septembre 2001 se fixait ainsi pour objectif, entre autres, de remplacer dans l'Union européenne les mécanismes actuels d'extradition par une procédure de remise des auteurs d'attentats terroristes. Bien que ce nouvel instrument ne concerne pas uniquement l'infraction terroriste, il est évident que c'est dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, telle qu'accélérée par les événements du 11 septembre, qu'il a pu voir le jour.

Les 6 et 7 décembre 2001, les ministres de la justice et des affaires intérieures se penchaient sur un projet de décision-cadre à partir de la proposition de la Commission et aboutissaient à un accord politique le 11 décembre sur un mandat d'arrêt européen applicable sur la totalité du territoire de l'Union, ainsi que sur les procédures de remise de personnes entre Etats membres. L'affaire se finalisa rapidement l'été suivant avec l'adoption de la décision-cadre du Conseil le 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres.

Le mandat d'arrêt européen²⁶⁵ est donc le nouvel outil qui en conduisant d'un système de procédures d'extradition à un système de remise, constitue la première application concrète du principe de reconnaissance mutuelle. L'apport «textuel» de la décision-cadre, en mettant en place le mandat d'arrêt européen, a provoqué une «révolution» dans le domaine de l'extradition, «révolution» qui doit cependant être nuancée au regard du choix «instrumental» de la décision-cadre.

²⁶⁵ Selon l'article premier de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, «*le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un Etat membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre Etat membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté* ».

Section 1 : L'apport «textuel» de la décisions-cadre relative au mandat d'arrêt européen : une révolution dans le domaine de l'extradition ?

Il convient de traiter ici de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, en ce qu'elle modifie profondément les règles applicables aux procédures d'extradition classiques et constitue de ce fait une véritable révolution. Cette décision-cadre fait ainsi du mandat d'arrêt européen un instrument juridique à la portée indéniablement positive sur certains points, portée qui doit cependant être nuancée sur d'autres.

Sous-section 1 : Ce qui fait du mandat d'arrêt européen un instrument juridique à portée positive

Le mandat d'arrêt européen constitue une avancée importante dans le droit classique de l'extradition, avancée qui peut se résumer en deux points forts : rapidité des procédures de remise et amélioration de la coopération pénale entre Etats membres. Mais avant de traiter de ces deux points et afin de mieux comprendre l'impact du mandat d'arrêt, il convient de revenir sur les instruments européens du droit de l'extradition, tels qu'ils régissaient ce domaine avant l'entrée en vigueur dudit mandat.

Paragraphe 1: Brève présentation des instruments européens du droit de l'extradition

Les instruments du droit de l'extradition en Europe peuvent être divisés en deux catégories: les instruments qui s'appliquent à l'échelle européenne et ceux qui s'appliquent à une échelle plus régionale.

1. Instruments européens du droit de l'extradition applicables au niveau européen

Les instruments européens du droit de l'extradition s'appliquant au niveau européen dans son ensemble ont été édictés tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union européenne.

Les instruments édictés par le Conseil de l'Europe consistent en la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957²⁶⁶, entrée en vigueur le 18 avril 1960, et ses deux Protocoles additionnels²⁶⁷. La Convention européenne pose le principe de l'extradition obligatoire et soumet l'extradition au respect du principe de la double incrimination, principe selon lequel les faits passibles d'extradition doivent être punis tant par les lois de la Partie requérante que celles de la Partie requise. Le principe de l'extradition obligatoire est cependant atténué par des exceptions. Ainsi, il peut ne pas être donnée suite à une demande d'extradition dans le cas d'infractions pour lesquelles l'extradition n'est pas autorisée par la loi, dans le cas d'infractions politiques, militaires, fiscales et dans le cas de l'extradition de nationaux. Doit également être mentionnée la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977, Convention édictée par le Conseil de l'Europe, pour ce qu'elle concerne l'extradition.

Les instruments édictés par l'Union européenne consistent en la Convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre Etats membres de l'Union européenne²⁶⁸ et la Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne²⁶⁹. Il convient également de préciser que deux autres instruments²⁷⁰ concernant le droit de l'extradition ont été adoptés après la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, instruments qui ne seront pas développés. Les Conventions de 1995 et 1996 viennent toutes deux compléter celle du Conseil de l'Europe de 1957. Ainsi, la Convention de 1995 a été adoptée dans le but de permettre une extradition plus rapide dans l'hypothèse où la personne consent à son extradition. Quant à la Convention de 1996, elle est intervenue dans le but d'améliorer la coopération judiciaire pénale au sein de l'Union en révisant certains aspects fondamentaux de l'extradition²⁷¹.

²⁶⁶ Convention ratifiée par 45 Etats dont les 25 Etats membres de l'Union européenne.

²⁶⁷ Protocole additionnel du 15 octobre 1975, entré en vigueur le 20 août 1979, et le Protocole additionnel du 17 mars 1978, entré en vigueur le 5 juin 1983.

²⁶⁸ Journal officiel, C 78 du 30 mars 1995, p. 2 et suivantes.

²⁶⁹ Journal officiel, C 313 du 23 octobre 1996, p. 12 et suivantes.

²⁷⁰ Il s'agit de la décision 2003/169/JAI du 27 février 2003 déterminant les dispositions de la Convention de 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne et de la Convention de 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne qui constituent un développement de l'acquis de Schengen, ainsi que de l'Accord du 25 juin 2003 entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique en matière d'extradition.

²⁷¹ Le refus d'extrader par un Etat a été rendu plus difficile dans la Convention de 1996 avec la mise en place d'«autorités centrales» pour la transmission des demandes d'extradition, l'élargissement considérable du champ d'application des demandes d'extradition (les infractions fiscales, les infractions punies d'au moins six mois d'emprisonnement, les infractions ayant un caractère politique peuvent donner lieu à extradition, ainsi que les

2. Instruments européens du droit de l'extradition applicables au niveau régional

L'instrument européen le plus important en la matière est la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. Autre instrument d'importance, le Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962 entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas. Doit aussi être mentionné l'Accord entre les Etats membres des Communautés européennes relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition, fait à San Sebastian, le 26 mai 1989. Enfin, il convient d'évoquer l'Accord du 25 juin 2003 entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique en matière d'extradition²⁷².

Comme le souligne M. Massé, «*la bonne nouvelle est que tous ces textes sont, depuis le 1^{er} janvier 2004, remplacés par la décision-cadre*»²⁷³. Si la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen ne se substitue pas à la totalité des instruments relatifs à l'extradition tels qu'ils viennent d'être brièvement présentés²⁷⁴, elle remplace la Convention du Conseil de l'Europe de 1957 et ses deux Protocoles, la Convention de San Sebastian de 1989, la Convention sur la procédure simplifiée de 1995, la Convention relative à l'extradition entre Etats membres de 1996 et le titre III, chapitre 4, de la Convention d'application des Accords de Schengen de 1990²⁷⁵.

Paragraphe 2: Rapidité des procédures de remise

Assurer une plus grande rapidité des procédures d'extradition est sans conteste l'objectif majeur de l'instauration du mandat d'arrêt européen. Le premier considérant du texte de la décision-cadre dispose que, outre la suppression entre les Etats membres de la procédure

nationaux dont l'extradition doit être consentie par les Etats membres) et le fait que le principe de double incrimination ne peut s'appliquer pour les faits de conspiration ou d'association de malfaiteurs.

²⁷² Journal officiel, L 181 du 19 juillet 2003, p. 27 et suivantes.

²⁷³ MASSE M., *La décision-cadre*, dans CARTIER M. E. (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 49.

²⁷⁴ En effet, l'article 31, paragraphe 2, alinéa 1, prévoit que «*Les Etats membres peuvent continuer d'appliquer les accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux en vigueur au moment de l'adoption de la présente décision-cadre dans la mesure où ceux-ci permettent d'approfondir ou d'élargir les objectifs de celle-ci et contribuent à simplifier ou faciliter davantage les procédures de remise de personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen* ».

²⁷⁵ Article 31, paragraphe 1, de la décision-cadre, «*Relation avec d'autres instruments légaux* ».

formelle d'extradition, il convient *«d'accélérer les procédures d'extradition relatives aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction»*. Cette «accélération» se fait principalement par la «judiciarisation» des procédures de remise et par la fixation de délais pour statuer et remettre la personne recherchée.

1. «Judiciarisation» des procédures de remise

Même si selon M. Massé, précédemment cité, *«dire que la procédure a été judiciarisée est inapproprié, car elle l'était déjà»*, il s'agit bien d'une «judiciarisation» dans la mesure où *«la révolution, c'est que la remise, désormais, devient purement judiciaire ; la rupture, c'est la mise hors circuit des ambassades et des gouvernements»*²⁷⁶.

Ainsi, alors que l'article 6 de la décision-cadre détermine les autorités judiciaires compétentes, c'est-à-dire les autorités judiciaires d'émission et d'exécution du mandat d'arrêt européen²⁷⁷, l'article 7 relègue l'autorité centrale, reliquat de la phase politique qui caractérisait la procédure d'extradition, à un simple soutien pratique et administratif. Il ne s'agit donc plus d'une coopération accordée par un Etat à un autre Etat, mais de l'exécution directe d'une décision judiciaire prise par un Etat membre valable dans l'ensemble de l'Union européenne et cela, sans intervention du pouvoir politique.

En effet, la procédure d'extradition comporte deux phases : un examen par les tribunaux suivi d'une autorisation par le pouvoir politique. Le passage d'une extradition «politique» à une remise «judiciaire» par la suppression de cette deuxième phase, assure un gain de temps considérable et constitue, sur le papier, une véritable révolution dans le domaine de l'extradition.

2. Fixation de délais pour statuer et remettre

«Le choix d'une autorité judiciaire fait de la procédure de remise une procédure exclusivement judiciaire, ce qui constitue une évolution essentielle à l'égard de l'extradition,

²⁷⁶ MASSE M., *op. cit.*, p. 54.

²⁷⁷ On notera les changements de terminologie : les notions «d'Etat requérant»et «d'Etat requis»du droit de l'extradition sont remplacées par celles «d'autorité judiciaire d'émission»et «d'autorité judiciaire d'exécution ».

mais ne suffit pas à garantir la rapidité et l'efficacité de l'exécution»²⁷⁸. En effet, afin de garantir cette rapidité, l'exécution du mandat d'arrêt doit respecter des délais stricts, ce qui est une autre nouveauté dans le texte de la décision-cadre.

Ainsi, dans le cas du consentement de la remise par la personne visée dans le mandat d'arrêt, la décision définitive sur l'exécution du mandat doit intervenir dans les dix jours qui suivent ledit consentement et, dans les autres cas, l'autorité judiciaire doit prendre la décision dans les soixante jours à compter de l'arrestation, quatre-vingt-dix jours en cas de circonstances exceptionnelles²⁷⁹. Quant à la remise effective de la personne concernée, elle doit avoir lieu dans les dix jours suivants, sauf report dû à un empêchement circonstancié²⁸⁰. Là encore, la nouveauté est de taille car si l'on comptait jusqu'ici en semestres, sinon en années, on comptera désormais en mois, sinon en semaines²⁸¹.

Si la rapidité des procédures de remise représente un bénéfice indéniable, l'amélioration de la coopération pénale entre les Etats membres en est un autre.

Paragraphe 3: Amélioration de la coopération pénale entre les Etats membres

L'amélioration de la coopération pénale entre les Etats membres dans le texte de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen se fait à travers de nombreuses dispositions²⁸² mais s'illustre tout particulièrement par l'encadrement des motifs de refus de la remise et la remise des nationaux.

1. Encadrement des motifs de refus de remise

La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen limite de façon stricte et moins stricte les causes de refus de remise. En effet, alors que l'article 3 traite des motifs de non-exécution obligatoire du mandat d'arrêt, l'article 4 porte sur les motifs de non-exécution facultative.

²⁷⁸ FLORE D., *Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, Journal des Tribunaux, 13 avril 2002, n° 6050, p. 275.

²⁷⁹ Article 17 de la décision-cadre, «Délais et modalités de la décision d'exécution du mandat d'arrêt européen ».

²⁸⁰ Article 23 de la décision-cadre, «Délai pour la remise de la personne ».

²⁸¹ MASSE M., *op.cit*, p. 55.

²⁸² Telles que la suppression partielle du contrôle de la double incrimination, le contenu et la transmission du document, le champ d'application du mandat d'arrêt, le consentement donné à la remise et à la non application du principe de spécialité...

En vertu de l'article 3 de la décision-cadre, trois motifs de refus sont obligatoires pour tous les Etats membres : l'amnistie de l'infraction, le principe *ne bis in idem*²⁸³ et l'âge de la personne visée par le mandat d'arrêt²⁸⁴. Quant à l'article 4, il prévoit sept motifs facultatifs de refus qui consistent en la double incrimination, la double poursuite, la prescription, le principe *ne bis in idem* pour une décision de justice prise par un Etat tiers, la nationalité ou la résidence et la territorialité.

Par l'encadrement des motifs de refus, la décision-cadre «révolutionne» le droit de l'extradition par la suppression partielle du contrôle de la double incrimination, la suppression de l'exception pour infraction politique et de la clause de non discrimination et, par l'instauration du principe de remise des ressortissants qui mérite quelques développements.

2. Remise des nationaux

Le mandat d'arrêt européen abolit le refus classique d'extradition fondé sur la nationalité de la personne recherchée. Bien que nombre d'Etats membres extradaient déjà leurs nationaux et que la Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne de 1996 prévoyait déjà cette abolition sous réserve de déclarations contraires faites par les Etats, certains, dont la France, perpétuaient ce privilège accordé à leurs ressortissants.

Le texte de la décision-cadre ne prévoit plus de cause générale de refus fondé sur la nationalité sauf dans deux cas spécifiques. Le premier est prévu à l'article 4, paragraphe 6, de la décision-cadre qui dispose que *«si le mandat d'arrêt européen a été délivré aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, lorsque la personne recherchée demeure dans l'Etat membre d'exécution, en est ressortissante ou y réside, et que cet Etat s'engage à exécuter cette peine ou mesure de sûreté conformément à son droit interne»*. Le deuxième cas, qui consiste davantage en une garantie à fournir à l'Etat d'émission, est prévu à l'article 5, paragraphe 3, de la décision-cadre qui spécifie que *«lorsque la personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuite est ressortissante ou résidente de l'Etat membre d'exécution, la remise peut être subordonnée à la condition que la personne, après avoir été entendue, soit renvoyée dans l'Etat membre*

²⁸³ C'est-à-dire si la personne recherchée a déjà fait l'objet d'un jugement définitif pour les mêmes faits par un Etat membre.

²⁸⁴ C'est-à-dire si la personne recherchée est un mineur au regard du droit pénal de l'Etat membre d'exécution.

d'exécution afin d'y subir la peine ou la mesure de sûreté privatives de liberté qui serait prononcée à son encontre dans l'Etat membre d'émission».

Il convient cependant de souligner que ces deux dispositions de la décision-cadre ne s'adressent pas uniquement aux ressortissants d'un Etat membre de l'Union mais aussi aux résidents et de façon encore plus large, aux «demeurants» sur le territoire de l'Etat d'exécution. Les deux «exceptions» prévues par la décision-cadre restent très limitées et c'est avant tout la généralisation dans l'Union européenne de la remise des nationaux qui doit être retenue ici.

Les apports positifs du mandat d'arrêt européen ainsi présentés et aussi indéniables qu'ils soient, doivent cependant être nuancés et mis en perspective. En effet, si l'on peut, au regard de certains éléments, parler de «révolution» dans le domaine du droit de l'extradition, il peut également être fait allusion à une «régression» par rapport à d'autres.

Sous-section 2 : Ce qui fait du mandat d'arrêt européen un instrument juridique à portée nuancée

La portée du mandat d'arrêt européen doit être nuancée car, en dehors des apports positifs développés précédemment, il ne tiendrait pas toutes ses promesses. Il convient d'évoquer dans un premier temps les lacunes de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt avant de s'intéresser aux zones d'ombre de ce nouvel outil du droit pénal européen en temps que tel.

Paragraphe 1: Retours en arrière et «laissés-pour-compte» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen

La décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen comporte non seulement des retours en arrière, par rapport aux précédents instruments du droit extraditionnel, mais encore des éléments soigneusement mis de côté, des «laissés-pour-compte».

1. Suppression du principe de double incrimination : un pas en avant et deux en arrière

La décision-cadre, outre les innovations précédemment évoquées qu'elle apporte, supprime le célèbre principe en matière d'extradition de la double incrimination²⁸⁵. Cette suppression constitua l'un des plus gros enjeux de la rédaction du texte de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen et un des plus importants points de discorde entre les Etats membres. En effet, alors que certains souhaitaient une suppression générale de la double incrimination afin d'être en accord avec le principe de reconnaissance mutuelle, d'autres ne pouvaient accepter «*de se départir de cette garantie fondamentale, même à l'occasion du passage d'une logique de la coopération judiciaire classique à la logique nouvelle de la reconnaissance mutuelle*»²⁸⁶.

Le résultat des débats fut donc une solution de compromis : l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre supprime le contrôle de la double incrimination pour une liste de trente-deux infractions²⁸⁷ à partir d'un seuil fixé à une peine d'emprisonnement de trois années minimum dans la législation de l'Etat d'émission. Pour ce qui est des infractions hors liste, chaque Etat membre peut choisir de maintenir le contrôle de la double incrimination ou d'exercer un contrôle «*minimum*»²⁸⁸.

²⁸⁵ Selon le principe de double incrimination, les faits reprochés doivent être incriminés, de part et d'autre de la frontière à franchir, au regard du droit de l'Etat requis comme de l'Etat requérant.

²⁸⁶ FLORE D., *op. cit.*, p. 276.

²⁸⁷ Les trente-deux infractions énumérées étant : la participation à une organisation criminelle, le terrorisme, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, le trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs, la corruption, la fraude, le blanchiment du produit du crime, le faux monnayage et la contrefaçon de l'Euro, la cybercriminalité, les crimes contre l'environnement, l'aide à l'entrée et au séjour d'irréguliers, l'homicide volontaire et les coups et blessures graves, le trafic illicite d'organes et de tissus humains, l'enlèvement, la séquestration et la prise d'otage, le racisme et la xénophobie, les vols organisés ou avec arme, le trafic illicite de biens culturels, l'escroquerie, le racket et l'extorsion de fonds, la contrefaçon et le piratage de produits, la falsification de documents administratifs et le trafic de faux, la falsification de moyens de paiement, le trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance, le trafic illicite de matières nucléaires et radioactives, le trafic de véhicules volés, le viol, l'incendie volontaire, les crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale, le détournement d'avion/navire, le sabotage.

²⁸⁸ Voir l'article 2, paragraphe 4, de la décision-cadre : «*Pour les infractions autres que celles visées au paragraphe 2, la remise peut être subordonnée à la condition que les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen a été émis constituent une infraction au regard du droit de l'Etat membre d'exécution, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci* ».

Ainsi, le principe de double incrimination n'est pas totalement supprimé et il est laissé aux Etats membres la liberté du contrôle pour ce qui est des infractions hors liste et dont la peine d'emprisonnement est inférieure à trois années. En plus des critiques qui ont été émises quant aux infractions retenues dans la liste²⁸⁹, ce choix laissé aux Etats membres représente un véritable risque d'inégalité supplémentaire en droit pénal au sein de l'Union européenne²⁹⁰.

Mais c'est le retour à la technique de la liste qui représente le pas en arrière le plus significatif de cette avancée qu'est la suppression de la double incrimination. En effet, «une liste, en pratique, soulève autant de questions qu'elle n'en résout», d'autant plus que ladite liste «n'est pas à proprement parler une liste d'infractions» mais plutôt l'énumération de «faits génériques», d'«indicateurs de gravité», de «catégories d'infractions», de «types de criminalités et infractions», ou encore de «formes de criminalités ou aspects spécifiques de ces formes»²⁹¹. Dès lors, pour les infractions visées dans la liste et dont la peine d'emprisonnement est supérieure à trois années, il n'y a plus de contrôle exercé à un niveau juridique, mais subsiste nécessairement un contrôle à un niveau générique, étant donné que lesdites infractions ne sont pas qualifiées pénalement²⁹².

2. Les «laissés-pour-compte» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen

La décision-cadre relative au mandat européen a fait l'économie, entre autres, de deux éléments : un élément d'ordre pratique qui concerne la forme et qui réside dans le choix de la langue et, un élément qui s'avère être l'élément de fond, c'est-à-dire le rapprochement des législations.

L'article 8, paragraphe 2, de la décision-cadre dispose que «le mandat d'arrêt européen doit être traduit dans la langue officielle ou dans une des langues officielles de l'Etat membre d'exécution». Le problème de la langue est un problème récurrent au sein de l'Union

²⁸⁹ Les infractions retenues ont été qualifiées de trop vagues et ne comportant pas de définition, ce qui est particulièrement vrai pour ce qui est de l'infraction de terrorisme comme cela a pu être étudié précédemment.

²⁹⁰ Risque supplémentaire dans la mesure où il y a déjà de grandes inégalités en matière de sanctions pénales comme cela a pu être évoqué précédemment pour ce qui était de l'infraction terroriste.

²⁹¹ MASSE M., *op. cit.*, p. 59.

²⁹² Il revient en effet à l'autorité judiciaire d'exécution de contrôler que, sur le plan générique, le fait qui est à la base du mandat d'arrêt européen est un de ceux contenus dans la liste. Voir à ce sujet FLORE D., *Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, *op. cit.*, p. 276.

européenne, chacun voulant défendre la ou les siennes. Si ce combat peut s'expliquer parfois, il peut devenir handicapant dans d'autres cas comme dans celui du mandat d'arrêt européen. Il aurait en effet été préférable d'opter pour un système bilingue de rédaction du mandat, c'est-à-dire dans la langue officielle ou une des langues officielles de l'Etat et en anglais, plutôt que d'avoir certes, un document unique mais des traductions multiples. Comme le rappelle M. Massé²⁹³, la coopération étant avant même d'être un problème juridique, un problème de communication, il n'est alors pas futile de souligner cet élément linguistique.

L'autre élément, qui est fondamental, est le rapprochement des législations dans l'Union européenne. En cela, le mandat d'arrêt européen est arrivé trop tôt²⁹⁴. Alors que l'Europe n'en est qu'aux débuts du rapprochement des législations, que certaines des infractions telles que contenues dans la liste de l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre ne sont pas encore harmonisées tant du point de vue de leur définition que de leurs sanctions, l'application du mandat d'arrêt peut être compromise. Il a été mis en avant que les faits contenus dans la liste sont des domaines prioritaires de l'harmonisation. Or, les cinq dernières infractions, à savoir le viol, l'incendie volontaire, les crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale, le détournement d'avion/navire et le sabotage²⁹⁵, ne comptent pas parmi les domaines prioritaires de l'harmonisation. Ainsi et en toute logique, le rapprochement des législations était une nécessité pour une bonne application du mandat d'arrêt qui, pour ce faire, devait se mettre en place en amont de ce dernier et non le contraire.

A ces «bémols» ainsi présentés, retours en arrière et «laissés-pour-compte» du texte de la décision-cadre, s'ajoutent des zones d'ombre de l'instrument mis en place par cette dernière.

Paragraphe 2: Les zones d'ombre du mandat d'arrêt européen

Ce sont ici les deux promesses principales du mandat d'arrêt européen qui sont remises en question car, en effet, non seulement le mandat d'arrêt n'est pas un instrument autosuffisant, mais encore il ne s'avère être qu'un nouveau nom donné à une procédure d'extradition.

²⁹³ MASSE M., *op. cit.*, p. 58.

²⁹⁴ Argument qui sera développé ultérieurement.

²⁹⁵ Infractions qui ont toutes été ajoutées à la demande de la Commission européenne.

1. Le mandat d'arrêt européen, un instrument non autosuffisant

Le titre même de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, «*Décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres*», indique que le mandat d'arrêt, contrairement à ce qui avait été annoncé, n'est pas un instrument autosuffisant. Il s'accompagne de procédures de remise²⁹⁶, témoins des compromis consentis et des craintes quant au respect des droits fondamentaux. Ainsi, «*en cela, le nouveau principe ne tient pas toutes ses promesses. En théorie, il devait conduire à une exécution quasi automatique, sans autre contrôle que celle de l'existence d'un mandat d'arrêt européen et de sa régularité externe*»²⁹⁷. Il semblerait donc que le passage d'une procédure d'extradition classique à la logique nouvelle de la reconnaissance et de la confiance mutuelles ne puisse se faire sans certaines précautions qu'il convient d'interpréter comme autant de failles dans le système, c'est-à-dire comme une certaine dose de «méfiance» entre les Etats membres.

2. Le mandat d'arrêt européen, un instrument «sur mesure» pour une application «démesurée» ?

C'est encore une fois le titre de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, tel que présenté ci-dessus, qui donne les deux éléments principaux, les deux mots qui dominent tout le texte de la décision-cadre : mandat (d'arrêt européen) et remise. Le choix des mots est important car il témoigne, du point de vue des rédacteurs de la décision-cadre, de la volonté de sortir du champ du droit de l'extradition classique en mettant sur pied un système de remise nouveau.

Le mandat d'arrêt (européen) est une expression qui existe déjà en droit international public pour désigner les mandats d'arrêt (internationaux) émis par les Tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale. Alors que l'extradition est un terme utilisé dans des rapports interétatique, c'est-à-dire dans une relation horizontale, le terme de remise est quant à lui utilisé dans des rapports entre un Etat et un tribunal ou une cour internationaux,

²⁹⁶ Ces procédures comportant des demandes, transmissions, contrôles et appréciations à porter, décisions d'exécution ou de non exécution, voies de recours.

²⁹⁷ MASSE M., *op. cit.*, p. 53.

c'est-à-dire dans une relation verticale²⁹⁸. Or, dans le cas du mandat d'arrêt européen, il s'agit de relations «inter-autorités judiciaires» des Etats membres, c'est-à-dire de relations horizontales. La procédure de remise ainsi mise au point par la décision-cadre ne serait-elle pas une procédure d'extradition déguisée ?

Se pose alors la question du choix du mot remise. En effet, rebaptiser l'extradition par la remise et créer par la même occasion une nouvelle forme de coopération européenne permet aussi de remodeler les conditions et les garanties qui accompagnent la procédure. Ainsi, le mandat d'arrêt européen a permis de mettre un terme à certains principes propres au droit de l'extradition, c'est-à-dire de généraliser la remise des nationaux, de supprimer pour certaines catégories d'infractions non définies le principe de la double incrimination et du principe de spécialité²⁹⁹, de supprimer l'exception de l'infraction politique... Le mandat d'arrêt européen apparaît alors comme un instrument juridique fait «sur mesure» pour une liste d'infractions, et tout particulièrement pour l'infraction de terrorisme. C'est malheureusement pour cette dernière catégorie d'infraction que des dérives sont à craindre. En effet, avec l'abandon du principe de spécialité, J. C. Paye pose le problème, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, de l'utilisation par les Etats membres de la stratégie d'une sous qualification des faits afin de mettre la main sur une personne pour ensuite les requalifier³⁰⁰.

L'apport «textuel» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen consiste donc en un bouleversement majeur du droit de l'extradition dans l'Union européenne. Cependant, comme cela vient d'être souligné, il convient de nuancer cette «révolution» car le mandat d'arrêt n'est pas exempt de «bémols». Par ailleurs, les principaux problèmes posés par son application s'expliquent et s'identifient par l'apport «instrumental» de la décision-cadre, c'est-à-dire par la nature de l'acte juridique choisi pour son adoption.

²⁹⁸ CASSESE A., *The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, 1999, p. 144.

²⁹⁹ Le principe de spécialité signifie que l'individu pour lequel l'extradition/la remise a été demandée ne peut être poursuivi, jugé et détenu que pour les faits qui ont motivé l'extradition/la demande de remise ou qui sont postérieurs à ces dernières. Le principe de spécialité veut que l'individu soit jugé pour les seuls faits visés dans la demande et sous la qualification qui leur a été donnée.

³⁰⁰ PAYE J. C., *La fin de l'Etat de droit – La lutte antiterroriste et l'Etat d'exception à la dictature*, La Dispute, SNEDIT, 2004, p. 102 et 103. Il pose ainsi le «*Quid d'un pays qui demanderait l'extradition d'une personne pour un vol organisé, lié ou non à une activité politique, et qui qualifierait ensuite les mêmes faits d'acte terroriste, acte puni évidemment tout à fait différemment de l'infraction pour laquelle le mandat d'arrêt européen a été exécuté*».

Section 2 : L'apport «instrumental» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen : une première application du principe de reconnaissance mutuelle

Il convient de traiter ici de l'apport du choix de l'instrument juridique, une décision-cadre, pour la mise en place du mandat d'arrêt européen. En effet, ce choix s'explique par la volonté de rapidité avec laquelle le texte sur le mandat d'arrêt devait être adopté et par le fait que ce dernier s'insère dans le contexte du rapprochement des législations au sein de l'Union européenne. Ainsi, l'instrument de décision-cadre comporte en l'occurrence deux fonctions : une fonction «pratique» qui est celle de la possibilité de rapidité d'adoption et, une fonction «affichée» qui est celle de la première concrétisation du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine du droit pénal.

Sous-section 1 : La fonction «pratique» de l'instrument de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen : une adoption précipitée

Afin de mieux évaluer la rapidité avec laquelle le texte sur le mandat d'arrêt européen a pu être adopté, il est nécessaire de revenir sur le principe de reconnaissance mutuelle, d'en faire une présentation, le mandat d'arrêt constituant la première application dudit principe.

Paragraphe 1: Présentation du principe de reconnaissance mutuelle

Présenter le principe de reconnaissance mutuelle revient à évoquer d'une part sa genèse et d'autre part ses principaux aspects afin d'en dégager sa signification, ses enjeux.

1. Genèse du principe de reconnaissance mutuelle

Comme le précise D. Flore, «(...) si le concept de 'reconnaissance mutuelle' peut paraître nouveau, l'objectif lui ne l'est pas», car c'est depuis les années 1960 que «le Conseil de l'Europe s'est efforcé d'explorer les voies possibles, par un certain nombre d'instruments

*élaborés, dont le point culminant est constitué par la convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970*³⁰¹.

Ce fut la Cour de justice, dans l'arrêt «*Cassis de Dijon*» en date du 20 février 1979, qui a dégagé le principe de reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale, principe selon lequel «*tout produit importé et commercialisé dans un Etat membre doit en principe pouvoir être importé et commercialisé dans un autre Etat membre*»³⁰².

Il faut attendre le Traité d'Amsterdam pour que la voie vers un principe de reconnaissance mutuelle comme renfort de la coopération judiciaire soit ouverte et, le Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998 pour qu'elle soit confirmée : «*Le Conseil européen souligne l'importance d'une coopération judiciaire efficace dans la lutte contre la criminalité transfrontière. Il reconnaît qu'il faut doter les systèmes juridiques nationaux de moyens accrus pour coopérer étroitement et il demande au Conseil de déterminer dans quelle mesure il y a lieu d'étendre la reconnaissance mutuelle des décisions des tribunaux*»³⁰³. Le principe est «lancé», reste à déterminer ce qu'il couvre exactement et par quelles mesures il peut se traduire car c'est bien en cela que réside le problème : les détails sur le principe de reconnaissance mutuelle vont se faire attendre.

Suite au Conseil européen de Cardiff, la présidence autrichienne a rédigé un questionnaire adressé aux quinze Etats membres afin de déterminer dans quelle mesure la reconnaissance mutuelle des décisions pénales pouvait être développée³⁰⁴. A la lecture des réponses données, le développement du principe de reconnaissance mutuelle devient évident car nécessaire et, c'est dans cet esprit, que le plan d'action de Vienne du 3 décembre 1998 a prévu la mise en place d'un processus visant à faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions et l'exécution des jugements en matière pénale³⁰⁵.

³⁰¹ FLORE D., *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité*, dans De KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 65 et 66.

³⁰² Cour de justice des Communautés européennes, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979), affaire 120/78, attendu 14.

³⁰³ Conseil européen de Cardiff, 15 et 16 juin 1998, conclusions de la présidence, SN 150/98 REV 1, paragraphe 39.

³⁰⁴ Questionnaire figurant en annexe du document 10066/98, CRIMORG 115 du 1^{er} juillet 1998 et un résumé des réponses se trouvant dans le document 12538/98, CRIMORG 168 du 4 novembre 1998.

³⁰⁵ Plan d'action de Vienne, 3 décembre 1998, Journal officiel des Communautés européennes, C 19, 23 janvier 1999, p. 1 et suivantes, paragraphe 45 f.

Le «feu vert» aux travaux sur la reconnaissance mutuelle est donné et vont dès lors se succéder pour aboutir à la consécration dans les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 qui fait du principe de reconnaissance mutuelle la «pierre angulaire» de la coopération judiciaire³⁰⁶.

Depuis Tampere, divers instruments de type «programmatoire» sont apparus mais il a fallu attendre le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales³⁰⁷, adopté par le Conseil en novembre 2000, pour enfin trouver quelques indications sur le principe en lui-même. A ce programme s'ajoute le Livre vert de la Commission sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne³⁰⁸ ainsi que le Programme de La Haye et le Livre vert sur la reconnaissance mutuelle des mesures de contrôle pré-sentencielles non privatives de liberté³⁰⁹ en 2004, qui consacrent largement le principe et en donnent des détails.

2. Principaux aspects du principe de reconnaissance mutuelle

Force est de constater que le principe de reconnaissance mutuelle souffre de l'absence d'une définition de son objet. Cependant, d'une façon générale, il peut être défini comme étant le *«processus par lequel une décision finale est acceptée et exécutée sans autre examen par les autorités d'un Etat membre autre que celui qui l'a émise»*³¹⁰.

Ce sont la Communication de la Commission sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale et le Programme de mesures destinées à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, qui fournissent les détails les plus

³⁰⁶ Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, SN 200/99, paragraphe 33 : *«Le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements et le rapprochement nécessaire des législations faciliteraient la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne. Le Conseil européen approuve donc le principe de reconnaissance mutuelle, qui, selon lui, devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union. Le principe devrait s'appliquer tant aux jugements qu'aux autres décisions émanant des autorités judiciaires.»*

³⁰⁷ Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, Journal officiel des Communautés européennes, C 12, 15 janvier 2001, p. 10 et suivantes. Acte devancé par la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, 28 juillet 2000, COM(2000) 495 final, non publié au Journal officiel.

³⁰⁸ Livre vert du 30 avril 2004, COM/2004/334, *op. cit.*

³⁰⁹ Livre vert de la Commission du 17 août 2004 sur la reconnaissance mutuelle des mesures de contrôle pré-sentencielles non privatives de liberté, COM/2004/562.

³¹⁰ MOREILLON L. et WILLI-JAYET A., *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2005, p. 302.

exhaustifs sur ce principe. Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle y est présenté comme ayant pour objet de renforcer la coopération entre Etats membres et la protection des droits des personnes. La Commission souligne la préférence, déjà dégagée lors du Conseil européen de Tampere, pour l'application directe des décisions et leur prise en compte effective, l'instauration de normes minimales communes nécessaires pour faciliter l'application du principe et, le maintien ou la suppression (ou la suppression partielle, comme c'est le cas pour le mandat d'arrêt européen) de l'exigence de double incrimination.

Le principe de reconnaissance mutuelle succinctement présenté, il convient maintenant d'aborder l'adoption particulièrement précipitée du premier instrument dudit principe en matière pénale.

Paragraphe 2: Adoption du premier instrument du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale ou la rupture de la technique des «petits pas»

La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle exigeait du temps et c'est dans cette optique de mise en œuvre progressive que le Conseil avait prévu l'adoption de deux instruments à valeur de test. Les événements du 11 septembre 2001 sont venus bouleverser l'agenda et ont ainsi conduit à l'adoption précipitée du premier instrument du principe de reconnaissance mutuelle, le mandat d'arrêt européen.

1. Mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle : ce qui était prévu

Comme le précise A. Weyembergh, le processus de reconnaissance mutuelle se caractérise par la nature progressive de la démarche³¹¹. Ainsi, le développement de la reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale, depuis l'arrêt «*Cassis de Dijon*» en 1979, s'est toujours fait de façon progressive tant du point de vue des matières couvertes que du degré de reconnaissance mutuelle recherché. Celle-ci ajoute que «*si la technique des 'petits pas' s'est révélée nécessaire pour réaliser la reconnaissance mutuelle dans le domaine civil et commercial, elle s'impose d'autant plus dans le domaine pénal*»³¹². En effet, le droit pénal étant traditionnellement la «chasse gardée» des Etats membres et, afin de ménager les

³¹¹ WEYEMBERGH A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne : mise en perspective*, dans DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *op. cit.*, p. 49.

susceptibilités de type «souverainiste», il est fondamental que le principe de reconnaissance mutuelle dans ce domaine puisse se faire très progressivement, comme cela était par ailleurs prévu.

En effet, le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales souligne ce caractère progressif à plusieurs reprises³¹³ et énumère vingt quatre mesures auxquelles est affecté un degré de priorité. Le degré est fonction, entre autres, de la faisabilité de la mesure, c'est-à-dire qu'il convient de commencer par les mesures les plus facilement acceptables pour aborder par la suite des matières plus délicates.

Deux propositions pilotes ont alors été sélectionnées dans le but d'amorcer le processus de reconnaissance mutuelle des décisions pénales : une proposition de décision-cadre relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves³¹⁴, ainsi qu'une proposition de décision-cadre relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires³¹⁵. Tel est donc ce qui était prévu, avant les attentats du 11 septembre 2001.

2. Première mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle : ce qui s'est passé

Le mandat d'arrêt européen, en tant que premier instrument du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine du droit pénal, ne se caractérise pas par une démarche progressive dont la nécessité a pourtant été soulignée, mais par une extrême brièveté des délais entre la rédaction du projet, l'adoption du texte et l'entrée en vigueur de l'instrument.

Quelques jours avant les événements du 11 septembre 2001, la Commission avait rédigé un projet de mandat d'arrêt européen, projet qui est très vite devenu acte de décision-cadre sous l'impulsion du 11 septembre. En effet, déposé en date du 19 septembre 2001, le projet a été

³¹² *Ibid.*, p. 49.

³¹³ Voir par exemple dans l'introduction : «*Le programme de mesures (...) envisage les différents domaines dans lesquels les Etats membres devraient porter leurs efforts au cours des prochaines années pour parvenir à une reconnaissance mutuelle progressive des décisions pénales dans l'Union européenne*»; le Programme y est également décrit comme une «*démarche ambitieuse, progressive et réaliste* ».

³¹⁴ Proposition à l'initiative des gouvernements français, suédois et belge. Journal officiel des Communautés européennes, C 75, 7 mars 2001, p. 3 et suivantes. Proposition devenue la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 196, 2 août 2003, p. 45 et s.

³¹⁵ Proposition à l'initiative des gouvernements britannique, français et suédois, devenue la décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 76, 22 mars 2005, p. 16 et s.

approuvé dans son principe par le Conseil européen extraordinaire du 21 septembre et a été adopté le 6 décembre lors du Conseil des ministres. Le texte de la décision-cadre établissant le mandat d'arrêt européen est adopté le 13 juin 2002 et son entrée en vigueur fixée au 31 décembre 2003. La technique des «petits pas» n'a vraisemblablement pas été retenue dans le cas du mandat d'arrêt et cette grande brièveté des délais est due d'une part à un contexte, celui des attentats du 11 septembre 2001 et d'autre part, à un instrument, celui de la décision-cadre.

En effet, en ce qui concerne la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, la priorité n'était pas donnée, comme cela a été évoqué, à l'établissement d'un mandat d'arrêt européen, au mieux, il s'agissait d'améliorer le droit de l'extradition au sein de l'Union mais certainement pas de le réformer, encore moins de le supprimer. Ainsi, dans les conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, il peut être lu que *«En matière pénale, le Conseil européen engage les Etats membres à ratifier sans tarder les conventions d'extradition de l'UE de 1995 et 1996»*³¹⁶.

De plus, ont été évoquées les deux propositions à valeur de test qui devaient être initialement les deux premières applications du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale. A ce propos, A. Weyembergh pointe du doigt le fait que non seulement ces deux propositions étaient également de nature à contribuer à la lutte contre le terrorisme, mais encore qu'il peut paraître *«paradoxal de commencer par un domaine comme le mandat d'arrêt européen beaucoup plus délicat en termes de libertés individuelles que les deux autres puisque, plutôt que de concerner des biens, il porte directement sur les personnes»*³¹⁷.

L'adoption soudaine du mandat d'arrêt européen s'inscrit dans le contexte «opportuniste» de la lutte contre le terrorisme. Sous l'impulsion des attentats du 11 septembre 2001, la présidence belge a délibérément «violé» les règles de travail du Conseil³¹⁸ dans le but de faire vite et c'est également en grande partie pour cela que fut choisi l'instrument de la décision-

³¹⁶ Conseil européen de Tampere, *op. cit.*, paragraphe 35.

³¹⁷ WEYEMBERGH A., *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen*, dans BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A., *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 193.

³¹⁸ Comme le précise E. Barbe, *«C'est peu de dire que la présidence belge a violé toutes les règles de travail du Conseil : réunions convoquées en urgence, ordres du jour communiqués tardivement, documents non traduits, absence d'interprétation etc. Et pourtant, cela a fonctionné au-delà de toute espérance»*. BARBE E., *Le mandat d'arrêt européen : en tirera-t-on toutes les conséquences ?*, dans DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 113 et 114.

cadre. En effet, en matière d'extradition, c'est l'instrument de la convention³¹⁹ qui a toujours été préféré, instrument qui existe dans la nomenclature des actes du troisième Pilier, le Pilier «Coopération policière et judiciaire en matière pénale». L'instrument de la décision-cadre³²⁰ est d'une part celui qui doit servir au rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres³²¹ et d'autre part, il offre de nombreux avantages parmi lesquels le fait que l'unanimité n'est requise qu'une seule fois au moment de l'adoption du texte³²² et qu'il existe une obligation de résultat pour les Etats membres qui doivent la transposer³²³.

Le choix de l'instrument de décision-cadre pour la mise en place du mandat d'arrêt européen a permis une grande rapidité, voire une précipitation, dans l'adoption du texte et c'est en cela que l'on peut parler de fonction «pratique» de la décision-cadre. C'est cette même fonction s'avère être le «talon d'Achille» du mandat d'arrêt européen, car si la fonction «affichée» de l'instrument de décision-cadre est le rapprochement des législations et, en l'occurrence, la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, cette fonction souffre d'écueils évidemment dus à cette précipitation.

Sous-section 2 : La fonction «affichée» de l'instrument de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen ou la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle : premiers écueils

La décision-cadre étant l'instrument du troisième Pilier devant servir au rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres, elle a, en toute logique, été choisie pour la mise en œuvre du premier outil de reconnaissance mutuelle en matière pénale qui correspond donc à la fonction «affichée» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Cependant, la mise en œuvre du mandat d'arrêt rencontre des écueils qui trouvent leurs origines d'une part du côté des acteurs de cette mise en pratique et d'autre part, du côté du contexte dans lequel le mandat s'applique.

³¹⁹ Voir l'article 34.2(d) du Traité sur l'Union européenne. De façon générale, les conventions sont établies par le Conseil, qui en recommande l'adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives et, sauf dispositions contraires, elles entrent en vigueur dans les Etats qui les ont adoptées une fois qu'elles ont recueilli la moitié des ratifications.

³²⁰ Voir l'article 34.2(b) du Traité sur l'Union européenne.

³²¹ Ce qui s'inscrit dans le cadre du principe de reconnaissance mutuelle.

³²² Ce qui permet d'éviter les procédures de ratification qui peuvent considérablement ralentir le processus.

³²³ Bien que cette obligation ne soit pas assortie de sanctions véritablement efficaces.

Paragraphe 1: Les acteurs de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen

Les acteurs de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen sont essentiellement de deux natures et interviennent à deux niveaux: les législateurs nationaux qui interviennent au niveau de la transposition de la décision-cadre et les autorités judiciaires qui interviennent au niveau de l'application du mandat d'arrêt.

1. Transposition à géométrie variable de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen par les législateurs nationaux

Cette transposition à géométrie variable de la part des législateurs des Etats membres se traduit principalement par deux faits : les retards dans la transposition et le renforcement des motifs de non exécution du mandat d'arrêt européen.

L'article 34, paragraphe 1, de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen dispose que *«les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente décision-cadre d'ici le 31 décembre 2003»*. De plus, il est fait mention au paragraphe 3 du même article que *«sur la base des informations transmises par le secrétariat général du Conseil, la Commission soumet le 31 décembre 2004 au plus tard, un rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la présente décision-cadre (...)»*. Dans ce rapport de la Commission, présenté le 23 février 2005³²⁴, la Commission souligne une mise en œuvre retardée et parle même en conclusions d'*«un retard initial indéniable»*. Il y est précisé que la moitié seulement des Etats membres ont respecté le délai fixé, les autres ayant transposé ladite décision-cadre avec un retard pouvant dépasser les huit mois.

Mais le fait le plus important et qui illustre au mieux cette transposition à géométrie variable est incontestablement les libertés que se sont arrogées les Etats membres au niveau interne avec un texte sur lequel ils s'étaient pourtant accordés au niveau européen en 2001, lors de son adoption. Parmi ces libertés, le renforcement par un grand nombre d'Etats des motifs de non exécution du mandat d'arrêt. En effet, certaines législations nationales ont inséré des causes de refus de remise qui ne figuraient pas dans la décision-cadre³²⁵, d'autres, comme la

³²⁴ Rapport de la Commission fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, document COM/2005/0063 final.

³²⁵ Il s'agit du Danemark, de Malte, des Pays-Bas, du Portugal et du Royaume-Uni.

France, ont transformé des motifs de refus facultatif en motifs de refus obligatoire. Cette liberté quant aux motifs de non exécution, c'est-à-dire «*l'introduction de motifs [de refus de remise entre Etats membres] non prévus par la décision-cadre*», est qualifiée par la Commission dans son rapport d'«*inquiétante*».

2. Application inégale du mandat d'arrêt européen par les autorités judiciaires nationales

L'application du mandat d'arrêt européen correspondant à une «judiciarisation» du droit de l'extradition classique, les autorités judiciaires ont, comme cela a été vu précédemment, un double rôle : ce sont celles qui délivrent les mandats et celles qui doivent les faire exécuter. Ainsi, les autorités judiciaires se retrouvent d'un bout à l'autre du processus, avec la possibilité d'un recours à l'autorité centrale seulement comme «assistance» des autorités judiciaires compétentes.

Cependant et dans un premier temps, comme le souligne la Commission dans son rapport d'évaluation, certains Etats membres ont désigné un organe exécutif en guise d'autorités judiciaires compétentes en tout ou en partie, il est même fait mention de cas où les pouvoirs de décision confiés aux autorités centrales outrepassent le simple rôle de facilitation que la décision-cadre leur attribue.

Dans un second temps, une étude des premiers jugements rendus par les autorités judiciaires nationales témoigne des résistances dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des décisions entre Etats membres. Ainsi, dans l'affaire *Enander v. Governor of HMP Brixton and the Swedish National Police Board*³²⁶, la Haute Cour britannique a refusé de reconnaître l'autorité suédoise, émettrice du mandat d'arrêt européen, comme autorité judiciaire compétente. En effet, le législateur suédois a officiellement désigné le Conseil de la police comme autorité compétente pour délivrer des mandats d'arrêt européens. Or, selon la Cour britannique, en sa qualité d'autorité judiciaire d'exécution, l'autorité d'émission telle que désignée par le législateur suédois n'est pas une autorité judiciaire compétente au regard de la loi d'extradition britannique de 2003 et de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Bien que cette orientation jurisprudentielle ait été contredite dans une décision de

³²⁶ [2005] EWHC 3036 (Admin), non mentionné.

justice ultérieure³²⁷, il n'en reste pas moins que le doute sur la validité des autorités judiciaires compétentes d'émission est semé et que, par la même, une difficulté supplémentaire apparaît au niveau de l'efficience et de l'efficacité du mandat d'arrêt européen³²⁸.

Paragraphe 2: Le contexte de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen

La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen s'inscrit dans le contexte du rapprochement des législations des Etats membres certes, mais aussi dans un contexte de protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ceci faisant directement référence au contexte de confiance mutuelle³²⁹ dans lequel le mandat d'arrêt est sensé s'appliquer.

1. Mandat d'arrêt européen, garanties fondamentales et manque de confiance

La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres a été rédigée sur un postulat, celui du respect effectif des droits fondamentaux par tous les Etats membres. C'est en fonction de ce postulat qu'il ne figure, dans le corps du texte, aucun motif permettant aux Etats membres le refus, obligatoire ou facultatif, d'exécution d'un mandat d'arrêt pour cause de non respect des droits fondamentaux. Pourtant, la décision-cadre est soumise au respect de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne qui consacre le respect des droits et des principes juridiques fondamentaux. En effet, les considérants 12 et 13 de la décision-cadre reprennent en substance l'article 6 en précisant que la présente ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux³³⁰ et que «*Nul ne devrait être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*»³³¹. Enfin et surtout, l'article premier, paragraphe 3, de la décision-cadre dispose que «*La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne*». Ainsi, comme le rappelle S. Combeaud, «*le législateur européen n'a*

³²⁷ *The High Court, in the matter of the European Arrest Warrant Act 2003 (as amended) between 'The Minister for Justice, Equality and Law Reform v. Valdemaras Altaravicius'*, 31 juillet 2006, [2006] IEHC 270.

³²⁸ MARTIN M., *Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté, et sécurité*, Cultures & Conflits, n° 62, février 2006, p. 68.

³²⁹ Le principe de confiance mutuelle sera plus amplement développé dans le chapitre suivant.

³³⁰ Première phrase du douzième considérant de la décision-cadre.

³³¹ Treizième considérant de la décision-cadre.

pourtant pas entendu faire de cette condition générale un motif de refus. Cette condition est acquise au sein de l'Union européenne, où chaque Etat membre ne saurait s'ériger en censeur systématique des autres»³³².

Dans ces conditions et selon ce postulat, comment expliquer que les motifs de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen pour violation des droits fondamentaux ou pour discrimination, par exemple, ont expressément été introduits dans les deux tiers des législations nationales de transposition de la décision-cadre ? Cela ne pourrait s'expliquer que par un manque de confiance dans le respect de ces garanties fondamentales parmi les Etats membres, un manque de confiance dans les divers systèmes juridiques pénaux. Le passage d'une «*méfiance réciproque*»³³³ à une confiance mutuelle semble sérieusement entaché par ces mesures prises par les Etats membres.

2. Le mandat d'arrêt européen, un dispositif trop en avance

Dans son «*Premier bilan du mandat d'arrêt européen*», dans l'ensemble très élogieux, le fonctionnaire européen auteur de ce bilan, souligne tout de même la principale limite de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt : «*elle est mise en œuvre dans un contexte d'inachèvement du cadre juridique européen, qu'il s'agisse du rapprochement de la définition des infractions et du niveau des sanctions ou de l'établissement de garanties minimales communes*»³³⁴.

Le rapprochement des législations, leur harmonisation et la reconnaissance mutuelle sont trois principes distincts qui ont en commun l'existence d'une confiance mutuelle. Le mandat d'arrêt étant la première application instrumentale en matière pénale du principe de reconnaissance mutuelle, un certain degré de rapprochement des législations pénales, en l'occurrence, voire une certaine harmonisation de ces dernières et surtout, une confiance parmi les Etats membres dans les systèmes juridiques des uns et des autres, auraient dû exister préalablement. Or, le mandat d'arrêt européen s'inscrit dans un contexte de «*balbutiements*» de droit pénal européen et, parce que «*la reconnaissance mutuelle n'est pas une alternative à*

³³² COMBEAUD S., *Premier bilan du mandat d'arrêt européen*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 495, février 2006, p. 123.

³³³ Pour reprendre l'expression de M. Massé dans MASSE M., *La décision-cadre*, *op. cit.*, p. 50.

³³⁴ COMBEAUD S., *op. cit.*, p. 119.

l'harmonisation»³³⁵, il apparaît évident que le mandat d'arrêt européen est un instrument arrivé trop tôt.

Le développement du principe de reconnaissance mutuelle avec ce «coup de canon» donné par l'adoption précipitée du mandat d'arrêt européen, est certes une condition nécessaire à celui d'un véritable espace pénal européen, mais elle n'est certainement pas suffisante. En effet, comment un tel espace pourrait s'épanouir sans la sincère existence d'une confiance entre les Etats membres, confiance dans leur système juridique et surtout, confiance dans la garantie du respect des libertés fondamentales et droits individuels ?

³³⁵ Pour reprendre l'expression de A. Weyembergh dans WEYEMBERGH A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne : mise en perspective*, op. cit., p. 54. Celle-ci précise en effet que «*Le rapprochement des législations pénales poursuit tout d'abord des objectifs qui lui sont propres et que le simple jeu de la reconnaissance mutuelle ne pourrait pas rencontrer. Le rapprochement des législations pénales est ensuite indiscutablement de nature à faciliter la reconnaissance mutuelle* ».

Chapitre II :

**Le principe de reconnaissance mutuelle, condition nécessaire mais non
suffisante au développement d'un espace pénal européen**

Dans sa Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres³³⁶, la Commission européenne rappelle que la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale entre les Etats membres est le fondement de l'espace judiciaire européen. De plus, dans cette même Communication, la Commission souligne que *«le renforcement de la confiance mutuelle est la clef du bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle»*³³⁷. En d'autres termes, le développement de l'espace pénal européen s'appuie sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle qui lui-même, se base sur l'existence d'une confiance réciproque des Etats membres dans leurs systèmes juridiques respectifs.

Cette «chaîne» où la confiance mutuelle se trouve en amont, l'espace pénal européen en aval et le principe de reconnaissance mutuelle entre les deux, repose par conséquent sur la confiance mutuelle. Or, si celle-ci n'est pas suffisamment solide, qu'advient-il du reste de la chaîne et plus particulièrement du principe de reconnaissance mutuelle? Dans ces conditions, le développement d'un espace pénal européen, objectif ambitieux de la reconnaissance mutuelle et dont la lutte contre le terrorisme a servi de véritable «tremplin», est évidemment contrarié.

Section 1: En amont du principe de reconnaissance mutuelle, la confiance mutuelle

Comme cela vient d'être évoqué, le principe de reconnaissance mutuelle repose sur la confiance mutuelle. Or, si la signification et les fondements du principe de reconnaissance mutuelle sont assez clairement explicités dans les textes européens, il n'en est pas de même pour le concept de confiance mutuelle dont les contours demeurent flous. Cette «carence» affaiblit inévitablement les fondations sur lesquelles s'appuie le principe de reconnaissance mutuelle et fait par conséquent de la confiance mutuelle sa base «bancale».

³³⁶ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 19 mai 2005: Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres, COM (2005) 195 final, non publié au Journal Officiel.

³³⁷ Paragraphe 18 de la Communication précitée.

Sous-section 1: La confiance mutuelle, un concept qui se cherche

Le concept de confiance mutuelle est un concept qui se cherche dans la mesure où les premières apparitions du concept se caractérisent par leur timidité, ne permettent pas de parler de réelle consécration du principe et, sa définition même reste très imprécise voire source de contradictions dans les interprétations.

Paragraphe 1: Premières apparitions sans réelle consécration

Les premières apparitions du concept de confiance mutuelle dans les textes européens sont timides. Il en découle l'absence d'une véritable consécration du concept qui traduit toute les hésitations, incertitudes autour de celui-ci.

1. Premières apparitions timides du concept de confiance mutuelle...

La toute première trace écrite du concept de confiance mutuelle se trouve dans le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales³³⁸. Se fondant sur les conclusions du Conseil européen de Tampere qui fait de la reconnaissance mutuelle la «*pierre angulaire*» de la coopération judiciaire en matière civile et pénale de l'Union européenne, le Programme introduit le concept de confiance mutuelle en ces termes: *«la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales suppose une confiance réciproque des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale respectifs. Cette confiance repose en particulier sur le socle commun que constitue leur attachement aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit»*³³⁹. Ainsi, non seulement le Programme introduit le concept de confiance mutuelle comme condition à la reconnaissance mutuelle, mais encore, il explicite sur quoi cette confiance mutuelle repose.

³³⁸ Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, Journal officiel, C 12, 15 janvier 2001.

³³⁹ Paragraphe 6 de l'Introduction du Programme de mesures.

Cet "élan" pour la confiance mutuelle ne va pas se retrouver dans les textes suivants. Cette réserve se traduit de deux façons: soit le concept n'est tout simplement pas mentionné³⁴⁰, soit, quand par chance il l'est, ce n'est qu'en des termes laconiques. Ainsi, à titre d'exemple, les conclusions de la présidence du Conseil européen de Laeken introduisent la mise en place «*d'un réseau européen pour encourager la formation des magistrats, qui servira à développer la confiance entre les acteurs de la coopération judiciaire*»³⁴¹ et, la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen précise seulement que «*le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres*»³⁴².

2. ...et toujours pas de réelle consécration

Une certaine consécration pourrait être trouvée dans le Programme de La Haye. Successeur de Tampere, le Programme de La Haye adopté lors du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004³⁴³ et portant sur le renforcement de la liberté, de la sécurité et de la justice dans l'Union européenne, constitue le nouveau programme pluriannuel sur cinq années en matière de sécurité dans l'Union européenne. Sa troisième partie, consacrée au renforcement de la justice, contient une deuxième sous-partie intitulée "accroître la confiance mutuelle". Il y est fait mention du sentiment commun de justice pour tous les citoyens européens et dont la réalisation passe par l'amélioration de la compréhension mutuelle entre les autorités judiciaires et les différents systèmes juridiques.

Toutefois, il est difficile de parler de réelle consécration du concept de confiance mutuelle quand des deux textes qui traitent véritablement de celle-ci, l'un n'a aucune valeur contraignante et l'autre n'est pas toujours pas entré en vigueur.

³⁴⁰ Ce qui est le cas de la plupart des textes européens de droit dérivé portant sur le principe de reconnaissance mutuelle comme la décision-cadre relative au gel de biens ou d'éléments de preuve du 22 juillet 2003, la décision-cadre sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires du 24 février 2005, ou encore la décision-cadre relative à l'échange d'informations extraites du casier judiciaire du 21 novembre 2005.

³⁴¹ Conclusions de la présidence, Conseil européen de Laeken, 14 et 15 décembre 2001, paragraphe 43, "Eurojust et coopération judiciaire et policière en matière pénale".

³⁴² Considérant 10 du texte de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres.

³⁴³ Le Programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, Journal officiel, C 53/1, 3 mars 2005.

Ainsi, il existe un acte européen traitant spécifiquement des reconnaissance et confiance mutuelles: la Communication de la Commission européenne sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres. Après rappel des conclusions du Conseil européen de Tampere, cette Communication souligne que le développement du principe de reconnaissance mutuelle est lié à l'accroissement de la confiance mutuelle entre Etats membres³⁴⁴. Le texte est structuré en deux parties: une première intitulée *«poursuivre la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle»* et une deuxième *«renforcer la confiance mutuelle»*. Ainsi, une partie entière est consacrée au concept de confiance mutuelle et suggère le renforcement de celui-ci par le biais de mesures législatives et d'accompagnement pratiques. Cependant, cet acte n'étant qu'une communication de la Commission européenne, il n'a aucune valeur contraignante, il ne s'agit que d'un acte préparatoire puisque adopté en amont du processus de décision.

Autre texte qui pourrait consacrer le concept de confiance mutuelle, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe qui précise dans son Titre premier, *«définitions et objectifs de l'Union»*, à l'article 42 que *«l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice: en favorisant la confiance mutuelle entre les autorités compétentes des Etats membres, en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires»*³⁴⁵. Malheureusement, le *«Traité établissant une Constitution pour l'Europe»* signé à Rome par les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne le 29 octobre 2004, n'a jamais été ratifié et le Traité de Lisbonne³⁴⁶, consacre certes le principe de reconnaissance mutuelle mais pas celui de confiance³⁴⁷.

³⁴⁴ Paragraphe 1 de l'introduction de la Communication.

³⁴⁵ Titre premier, article 42, paragraphe 1, b du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Journal officiel, C 310, 16 décembre 2004.

³⁴⁶ A la différence du Traité de Rome de 2004, qui refondait l'ensemble des traités signés en un texte unique avec des modifications et des compléments, le Traité de Lisbonne est un traité modificatif. Cependant, ce nouveau Traité ne s'avère être qu'une nouvelle *«version»* du Traité de Rome puisqu'il reprend quasi intégralement les propositions institutionnelles de ce dernier en les présentant dans un ordre différent.

³⁴⁷ Aux termes de l'article 82, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union, *«la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 83»*.

Cet article 42 du «Traité constitutionnel» révèle deux caractéristiques propres au concept de confiance mutuelle: tout d'abord, la notion est toujours abordée de façon très laconique ce qui s'explique par et confirme le manque de recul sur cette notion, et d'autre part, en faisant de la confiance mutuelle une des conséquences de la reconnaissance mutuelle et non une condition, il révèle toutes les contradictions dans l'interprétation de ce concept.

Paragraphe 2: Contradictions sur le sens donné au concept de confiance mutuelle en relation avec le principe de reconnaissance mutuelle

A la lecture des quelques textes qui traitent du concept de confiance mutuelle, il apparaît clairement que ce concept a été développé par rapport au principe de reconnaissance mutuelle. Cependant, la place qu'occupe la confiance mutuelle dans le développement de la reconnaissance mutuelle reste incertaine.

1. Le concept de confiance mutuelle, un concept en marge du principe de reconnaissance mutuelle

Le concept de confiance mutuelle n'est pas un concept autonome; il existe parce que celui de reconnaissance mutuelle existe. Tous les textes qui abordent le sujet, traitent systématiquement de la construction de l'espace judiciaire européen qui se fonde sur le développement du principe de reconnaissance mutuelle, dont le développement de ce dernier est lié à l'accroissement de la confiance mutuelle entre les Etats membres. Sans se demander à ce stade quel est le statut du concept de confiance mutuelle dans le raisonnement qui entoure la construction de l'espace judiciaire européen, il convient de souligner en quoi la confiance mutuelle est si nécessaire au développement de la reconnaissance mutuelle.

Afin de mettre en évidence ce lien étroit entre confiance et reconnaissance mutuelles, G. Stessens reprend les exemples de la décision-cadre relative du mandat d'arrêt européen et de celle sur le gel de biens ou d'éléments de preuve³⁴⁸. Il explicite ainsi que ces deux mécanismes d'application du principe de reconnaissance mutuelle requièrent de la confiance mutuelle à deux égards: l'existence d'une confiance dans les différents systèmes judiciaires et,

³⁴⁸ STESENS G., *The Principle of Mutual confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, édité par DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 93 et suivantes.

l'existence d'une confiance entre les autorités judiciaires. Deux exigences qui sont d'autant plus essentielles en matière pénale.

Se pose alors la question de savoir ce qu'il faut entendre par confiance mutuelle, ou plutôt ce qu'elle recouvre³⁴⁹. En effet, dans ce système de reconnaissance et de confiance mutuelles, qui doit faire confiance à qui ? Sont-ce les Etats membres entre eux comme cela est indiqué dans le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, ou les autorités compétentes des Etats membres comme le précise le Traité constitutionnel ?

R. Badinter, lors d'une intervention devant la Cour de cassation française en juin 2006³⁵⁰, parle du concept de confiance mutuelle et, afin de déterminer ce qu'il implique, présente trois conditions. Selon lui, la confiance «*implique d'abord la certitude que nous avons des principes fondamentaux communs*», c'est-à-dire «*que nos systèmes judiciaires reposent sur des principes reconnus par tous*», puis, la deuxième condition est «*la confiance dans la mise en œuvre de ces valeurs fondamentales*», enfin, le «*troisième niveau de confiance*» correspond à «*la confiance dans les magistrats et dans les professionnels de justice des autres Etats*». Ainsi, R. Badinter présente trois éléments de la confiance mutuelle dont les deux premiers ont été évoqués précédemment et auxquels il faut ajouter la confiance qui doit exister entre les professionnels de justice.

Enfin, une dernière composante de cette confiance mutuelle qui est fondamentale et pourtant souvent oubliée doit être ajoutée à cette liste. Comme le souligne le Programme de La Haye, «*la confiance mutuelle doit reposer sur la certitude que tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevées*». En d'autres termes, la confiance mutuelle passe aussi par la confiance que les citoyens européens ont dans la justice des autres Etats membres.

³⁴⁹ Question que pose D. Flore en ces termes: «*D'abord, de qui attend-on ou postule-t-on la confiance mutuelle? S'agit-il d'une confiance entre les Etats eux-mêmes, dans la figure de leurs gouvernements et législateurs ou d'une confiance entre les autorités qui seront chargées de l'application des normes européennes, les services de police, les autorités judiciaires...?* »; FLORE D., *La notion de confiance mutuelle: l'"alpha" ou l'"oméga" d'une justice pénale européenne?*, dans *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen – Mutual Trust in the European Criminal Area*, DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éd.), éditions de l'ULB, Bruxelles, 2005, p. 20.

³⁵⁰ Conférence du 22 juin 2006, communication de M. Robert Badinter, Cour de cassation.

En résumé, la confiance mutuelle implique une confiance entre les Etats membres eux-mêmes ainsi que leurs autorités compétentes et, une confiance entre les professionnels de justice et des citoyens européens en cette justice. Reste maintenant à déterminer quel est le statut du concept de confiance mutuelle par rapport à la reconnaissance mutuelle.

2. Le concept de confiance mutuelle, un concept «opportuniste» ?

Il s'agit donc de clarifier le statut de la confiance mutuelle par rapport au principe de reconnaissance mutuelle car, à la lecture des textes et des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, la réponse n'apparaît pas comme évidente.

Ainsi, selon le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *«la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales suppose une confiance réciproque des Etats membres dans leur systèmes de justice pénale respectifs»*. Or, selon la Cour de justice, dans l'arrêt *Gözütok et Brügger*, *«le principe ne bis in idem (...) implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente»*³⁵¹. Comme se le demande D. Flore, la confiance mutuelle était-elle le «préalable» de la reconnaissance mutuelle ou une «vérité antérieure qui se révélerait par ses effets»³⁵²? En d'autres termes, alors que le Programme de mesures présente la confiance mutuelle comme la condition au développement de la reconnaissance mutuelle, la Cour préfère présenter un instrument de reconnaissance mutuelle³⁵³ comme une conséquence, un effet visible ou concret de l'existence d'une confiance mutuelle.

Le Traité constitutionnel ne clarifie pas non plus le statut de la confiance mutuelle en présentant cette dernière comme un moteur du développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui se base sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires.

³⁵¹ Affaires jointes C-187/01 et C-385/01, *Hüseyin Gözütok / Klaus Brügger*, 11 février 2003, Recueil, p. I-1345 et suivantes.

³⁵² D. Flore, *op. cit.*, p. 20.

³⁵³ Un instrument de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires étrangères, c'est-à-dire l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen qui consacre le principe *ne bis in idem*.

La seule certitude est apportée par le Livre vert de la Commission européenne sur la présomption d'innocence qui précise simplement que «*la reconnaissance mutuelle procède de la confiance mutuelle*»³⁵⁴.

La confiance mutuelle, base du développement de la reconnaissance mutuelle et donc de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice, n'a fait l'objet de préoccupations que bien après la mise en place d'instruments de reconnaissance mutuelle, comme si elle avait été évidente. Ce n'est que très récemment que des documents ont commencé à plaider pour son renforcement. C'est en cela que la confiance mutuelle devient le «*fondement impensé de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*»³⁵⁵ et c'est également la raison pour laquelle elle est la base «bancale» du principe de reconnaissance mutuelle.

Sous-section 2: La confiance mutuelle, base «bancale» du principe de reconnaissance mutuelle

Si les divers instruments de reconnaissance mutuelle connaissent des difficultés dans leur mise en pratique c'est en grande partie parce que les Etats membres ne se font pas encore mutuellement confiance, ce qui est particulièrement vrai en ce qui concerne le droit pénal. Ces difficultés prennent leur source dans les différences indéniables qui existent entre les Etats membres et vont jusqu'à faire «rimer» confiance avec méfiance.

Paragraphe 1: Mise à mal de la confiance mutuelle par l'existence de différences indéniables

Le concept de confiance mutuelle en matière pénale comme postulat doit pourtant être remis en question au regard des différences indéniables qui existent parmi les vingt-sept Etats membres de l'Union européenne. Ces différences sont de deux ordres majeurs : les différences de systèmes juridiques et des différences qu'il convient de qualifier de «culturelles»³⁵⁶.

³⁵⁴ Livre vert sur la présomption d'innocence, présenté par la Commission, COM(2006) 174 final, 1.1, paragraphe 2.

³⁵⁵ D. Flore, *op. cit.*, p. 28.

³⁵⁶ Pour reprendre la distinction opérée par G. Canivet, premier président de la Cour de cassation française et président du réseau des présidents des Cours suprêmes de l'Union européenne, dans son intervention devant l'Assemblée générale du réseau européen des conseils supérieurs de justice du 25 mai 2006 à Wrocław : *L'implication pratique des systèmes judiciaires dans le renforcement de la confiance mutuelle entre le juge et les Etats membres de l'Union européenne*. Celui-ci opère une distinction entre «confiance réservée» et «confiance raisonnée» et explique cette première par des causes culturelles, qui procèdent des mentalités, et structurelles, qui

1. L'existence de différences de systèmes juridiques

L'existence de différences de systèmes juridiques parmi les Etats membres a été évoquée précédemment au sujet des sanctions de l'infraction de terrorisme. Cependant, il est important de rappeler à ce stade que ces différences alimentent les difficultés de compréhension. Ainsi, et même si la majorité des Etats membres de l'Union européenne répondent au système juridique de droit civil³⁵⁷, parmi lesquels une distinction doit tout de même être opérée entre ce qu'il convient d'appeler le droit civil «français»³⁵⁸, le droit civil «germanique»³⁵⁹ et le droit civil «scandinave»³⁶⁰, l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Irlande et l'Irlande du Nord répondent au système juridique de *Common Law*³⁶¹ et, l'Ecosse et Chypre à un système juridique mixte³⁶².

Ces différences de systèmes juridiques, parfois très importantes, se manifestent à travers des différences de droits matériels et procéduraux. Sans faire ici un inventaire de ces différences qui serait particulièrement exhaustif, il peut être simplement rappelé que la liste des trente-deux infractions contenue dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen se heurte au fait que ces infractions ne sont pas définies de la même façon dans les vingt-sept Etats membres. Ceci constitue donc un problème concret directement issu des différences de systèmes juridiques entre les Etats membres qui induit inévitablement une «réserve» de confiance et, par conséquent, représente un sérieux obstacle à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle.

2. L'existence de différences «culturelles»

Ces différences culturelles sont principalement dues aux différences de matières qui sont enseignées aux juristes ainsi qu'aux différences linguistiques et plus précisément aux différences de terminologies et de formulations juridiques.

se fondent sur des réalités sociales ou institutionnelles. Texte disponible à l'adresse suivante : <http://www.uepcsj.org/images/actualite/actualite-news/Wroclaw-confiance-mutuelle.pdf>

³⁵⁷ Le système de droit civil est un système juridique qui puise ses origines dans le droit romain et comprend un complet de règles généralement codifiées qui sont appliquées et interprétées par les juges.

³⁵⁸ Système appliqué en France, Benelux, Italie et Espagne.

³⁵⁹ Allemagne, Autriche, Grèce et Portugal.

³⁶⁰ Danemark, Suède, Finlande.

³⁶¹ Le système juridique de *Common Law*, ou «loi commune», étant un système bâti essentiellement sur le droit jurisprudentiel.

³⁶² Quant aux nouveaux Etats membres, ils répondent très majoritairement à un système de droit civil.

Pour ce qui est de l'enseignement de la matière, il va de soi qu'un juge français n'aura pas étudié le droit de la même façon qu'un juge portugais, britannique, polonais ou suédois. Il l'aura apprise essentiellement en fonction de son système juridique national, en fonction de ses codes, articles de loi (...) propres à son pays. De plus, comme le souligne G. Canivet, *«peu de juges de notre génération ont reçu un enseignement approfondi en droit comparé, peu d'entre nous pratiquent aisément plusieurs langues européennes»*³⁶³.

Le problème linguistique est probablement l'un des plus importants. En effet, à côté du problème linguistique «pur», c'est-à-dire le fait que les praticiens du droit dans l'Union européenne ne parlent pas tous une langue commune et que beaucoup encore d'entre eux ne connaissent pas suffisamment de langues «étrangères», le fait de devoir avoir recours à des traductions de jugements et autres décisions de justice n'encourage pas à un climat de confiance. Les juristes sont réputés pour utiliser des formules, des terminologies qui leur sont propres et qui sont généralement très difficilement traduisibles dans la mesure où il est presque impossible de rendre dans une autre langue ces spécificités linguistiques. De même, le mode de raisonnement que l'on applique dans un Etat peut paraître peu compréhensible pour un juriste d'un autre Etat³⁶⁴.

Se posent également les questions du mode de recrutement des praticiens du droit, de leur indépendance et de leur qualification professionnelle qui peuvent varier considérablement d'un Etat à l'autre. Ces interrogations ont été mises en évidence lors de négociations de pré-adhésion de certains Etats membres à l'Union européenne ou dans des rapports établis par des organisations non gouvernementales. Il est évident que de telles suspicions quant à l'indépendance d'un juge étranger et sa qualification professionnelle ne peuvent là encore qu'alimenter une «confiance réservée».

Le développement du concept de confiance mutuelle en matière pénale se heurte traditionnellement au fait que le droit pénal est toujours considéré comme un attribut de la souveraineté des Etats, mais également à ces différences de systèmes juridiques et culturelles.

³⁶³ CANIVET G., *op. cit.*

³⁶⁴ G. Canivet donne à ce propos l'exemple d'un arrêt de la Cour de cassation française et d'un arrêt de la Chambre des Lords ; le premier est traduit en anglais, le second en français : *«comment le Law Lord comprendra-t-il le mode de raisonnement, le dispositif français, comment appréhenderons-nous, juges français, belges ou luxembourgeois le raisonnement britannique ? »*.

Ainsi, et pour reprendre ce qui a été étudié précédemment, la mise en place du mandat d'arrêt européen a conduit à une «cristallisation» des réactions nationales de méfiance³⁶⁵ mettant davantage en évidence des réticences que cette fameuse confiance prônée.

Paragraphe 2: Quand confiance rime avec méfiance

Lors de la réunion informelle des ministres de la Justice et des Affaires intérieures de septembre 2006³⁶⁶, la présidence finlandaise mettait en évidence que des instruments de coopération en matière pénale se heurtaient aux limites de la confiance mutuelle entre les Etats membres. Il devenait donc nécessaire pour l'Union européenne d'adopter des mesures afin de renforcer la confiance mutuelle. Toutefois, il est un domaine où la confiance n'est plus de mise et où, au contraire, la méfiance devient même un mot d'ordre : le respect des droits fondamentaux.

1. Tentatives européennes pour renforcer la confiance mutuelle

Il est devenu évident que la confiance mutuelle n'était pas acquise et que ce «manque de confiance» constituait un obstacle à la mise en œuvre d'instruments de reconnaissance mutuelle. Pour tenter de palier au problème, l'Union européenne a enclenché diverses mesures visant à renforcer cette confiance parmi les Etats membres, preuve, par ailleurs, du fait que la confiance mutuelle comme «postulat» était erroné.

Ainsi, la Communication de la Commission européenne sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres de mai 2005, apparaît comme le texte «fondateur» de ce mouvement. Comme cela a pu être évoqué précédemment, ce texte vise à initier un renforcement de la confiance mutuelle par des mesures législatives³⁶⁷ et par des mesures d'accompagnement pratiques³⁶⁸.

³⁶⁵ CANIVET G., *op. cit.*

³⁶⁶ Réunion informelle des ministres de la Justice et des Affaires intérieures, Tampere, du 20 au 22 septembre 2006, présidence finlandaise de l'Union européenne, *Suivi du programme de reconnaissance mutuelle : difficultés de négocier des instruments législatifs pour la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, et solutions possibles.*

³⁶⁷ Mesures qui consistent en l'harmonisation du droit pénal et en la poursuite du rapprochement du droit pénal matériel.

³⁶⁸ Mesures qui consistent en le renforcement des mécanismes d'évaluation, en le développement de la mise en réseau des professionnels de la justice avec le développement de la formation judiciaire et, le support au développement d'une justice de qualité.

A partir de cette Communication, divers actes vont voir le jour comme les Livres verts de la Commission sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne³⁶⁹ et sur la présomption d'innocence, les Communications de la Commission sur la mise en œuvre du programme de La Haye³⁷⁰ et sur la formation judiciaire dans l'Union européenne³⁷¹. Bien que ces actes n'aient aucune force contraignante, ils mettent en évidence ce manque de confiance dont les Etats membres entre eux font preuve.

Dans sa Communication sur la mise en œuvre du programme de La Haye, la Commission souligne dans la partie consacrée au suivi des programmes de reconnaissance mutuelle (en matière civile et en matière pénale) que *«la confiance mutuelle doit être renforcée grâce à la définition de dispositions, applicables dans toute l'UE, en matière de conflits de compétences, de garanties procédurales, de présomption d'innocence et de normes minimales pour l'obtention d'éléments de preuves, d'une part, et grâce à des actions concrètes visant à améliorer la formation des magistrats ainsi que l'efficacité des systèmes judiciaires, d'autre part»*³⁷². Cela montre une chose : les initiatives en vue de renforcer la confiance mutuelle prises avant 2006 ne sont donc pas suffisantes, d'autres mesures doivent être envisagées y compris dans des domaines déjà traités comme celui des garanties procédurales. Toutefois, la Communication sur la mise en œuvre du programme de La Haye oriente les mesures de renforcement de la confiance vers une nouvelle piste, celle de la formation judiciaire.

Ainsi, la Communication sur la formation judiciaire dans l'Union européenne est intéressante en ce qu'elle traite enfin des différences «culturelles» entre les Etats membres évoquées précédemment. Elle préconise donc l'amélioration de la connaissance des instruments juridiques adoptés par l'Union et par la Communauté, l'amélioration des compétences linguistiques et le développement des connaissances des systèmes juridiques et judiciaires des Etats membres.

³⁶⁹ Livre vert de la Commission européenne du 19 février 2003, *Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne*, COM(2003) 75 final.

³⁷⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 28 juin 2006, *Mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre*, COM (2006) 331 final.

³⁷¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 29 juin 2006, *Formation judiciaire dans l'Union européenne*, COM(2006) 356 final.

³⁷² Premier point des actions envisagées sous le 2.5. «Suivi des programmes de reconnaissance mutuelle (en matière civile et en matière pénale)» du 2. «Mise en œuvre du programme de La Haye : une nouvelle dynamique pour renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

Au vu du développement de cet «arsenal» européen pour renforcer la confiance mutuelle, qui ne s'est véritablement mis en place qu'à partir de 2006, il apparaît clairement que le but recherché est encore loin d'être atteint.

2. Confiance mutuelle et respect des droits fondamentaux: quand la méfiance devient un mot d'ordre

Même si l'Union européenne prend des mesures en vue du renforcement de la confiance mutuelle et rappelle que nos principes fondamentaux communs sont posés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, repris dans les Traités, la jurisprudence de la Cour de justice européenne ainsi que dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux, quand il est question de droits fondamentaux, la confiance doit laisser place à une certaine dose de méfiance. C'est ce que souligne A. Weyembergh en écrivant que *«la confiance réciproque ne pourrait en effet être de mise lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux, seule une logique de contrôle du respect de ceux-ci devrait prévaloir, ce qui implique la possibilité pour les autorités compétentes des Etats membres de refuser d'exécuter une décision étrangère lorsque celle-ci n'a pas été prise dans le plein respect des droits et libertés fondamentales»*³⁷³.

Or, comme cela a pu être évoqué dans le cadre du mandat d'arrêt européen, c'est en fonction du postulat de respect des droits fondamentaux parmi les Etats membres qu'aucun motif permettant aux Etats le refus d'exécution d'un mandat d'arrêt pour cause de non respect des droits fondamentaux n'a été inséré dans le texte de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt. Par ailleurs, nombre d'Etats membres ont pris l'initiative d'introduire dans leur législation nationale de transposition de la décision-cadre des motifs de refus d'exécution d'un mandat en cas de violation ces droits, ce qui constitue une preuve supplémentaire du manque de confiance mutuelle en la matière.

³⁷³ WEYEMBERGH A., *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 179.

Même si selon certains auteurs comme D. Flore, la confiance mutuelle se construit dans la différence³⁷⁴ et se présente comme un «pari»³⁷⁵, cette méfiance vis-à-vis du respect des droits fondamentaux est d'autant plus nécessaire dans une Union européenne aux élargissements successifs à des Etats dont la transition démocratique est encore récente et qui ont dû «se prêter aux évaluations des experts de l'Union européenne durant toute la durée du processus d'adhésion»³⁷⁶.

La reconnaissance mutuelle «repose sur», «procède de» ou encore «suppose» une confiance mutuelle qui est souvent qualifiée de «clef au bon fonctionnement» de cette première. Or, comme cela a pu être montré, les Etats membres sont encore loin de se faire mutuellement confiance, surtout quand il est question de droit pénal. Partant de ce constat, l'émergence d'un espace pénal européen en aval du développement du principe de reconnaissance mutuelle paraît fortement compromise.

Section 2: En aval du principe de reconnaissance mutuelle, un espace pénal européen

L'idée de la mise en place d'un espace pénal européen remonte à la fin des années soixante-dix avec V. Giscard d'Estaing qui, lors du Conseil européen de Copenhague en avril 1978, a annoncé le projet de créer un espace pénal européen. L'idée est reprise moins de deux décennies plus tard par un groupe de sept magistrats européens, dans ce qui est devenu «l'Appel de Genève»³⁷⁷. Même si l'idée fut précoce, sa concrétisation est encore lointaine.

³⁷⁴ Principe selon lequel l'Union se construit dans la diversité et en tire toute sa richesse, d'où la devise de l'Union européenne, «Unie dans la diversité ».

³⁷⁵ FLORE D., *La notion de confiance mutuelle : l' «alpha» ou l' «oméga» d'une justice pénale européenne ?*, *op.cit.*, p. 28.

³⁷⁶ CANIVET G., *L'implication pratique des systèmes judiciaires dans le renforcement de la confiance mutuelle entre le juge et les Etats membres de l'Union européenne*, *op. cit.*

³⁷⁷ L'Appel de Genève, lancé en décembre 1995.

Sous-section 1 : Instruments d'un espace pénal européen : des instruments encore à l'état d'ébauche

Le Conseil européen de Tampere a permis de dégager trois objectifs fondamentaux pour concrétiser l'espace pénal européen : l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle, l'édification d'un socle du droit pénal européen et l'instauration d'une autorité de poursuite européenne³⁷⁸. Les limites du principe de reconnaissance mutuelle ayant été précédemment développées, il convient de s'intéresser aux deux autres, c'est-à-dire aux mises en place d'un code pénal européen d'une part et, d'un procureur européen d'autre part.

Paragraphe 1 : Un code pénal européen

L'idée d'un code pénal européen est certes «alléchante» mais encore faudrait-il dans un premier temps savoir de quel type de code il est question et dans un second temps, surmonter des obstacles dont le manque de confiance entre les Etats membres est la source principale.

1. Quel code pénal pour l'Union européenne ?

Selon le Professeur J. Pradel³⁷⁹, «*il ne s'agit pas vraiment de prévoir un code proprement dit (...) mais pour l'instant, il ne saurait être question que de règles générales (...)*» et «*ce code modèle ne saurait être un code englobant tout le droit pénal mais seulement le droit pénal des affaires (comme l'on dit en France) ou le droit pénal économique comme l'on dit ailleurs*». En effet, il est selon lui, non seulement, beaucoup plus aisé d'harmoniser le domaine des infractions d'affaires³⁸⁰, mais d'autant plus nécessaire que ces dernières sont devenues parmi les «euro-délits»³⁸¹ les plus fréquents et répandus.

³⁷⁸ LENOIR N., *Les imperfections de l'espace pénal européen: des réponses dans la future Constitution européenne ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 469, juin 2003, p. 350.

³⁷⁹ PRADEL J., *La mondialisation du droit pénal: enjeux et perspectives*, Revue juridique Thémis, (2001) 35 R.J.T. 241. Voir la partie portant sur un code pénal européen, p. 255 et 256.

³⁸⁰ J. Pradel précise par la même occasion que «*une harmonisation est sans doute bien plus délicate à réaliser dans le domaine de la procédure pénale*».

³⁸¹ C'est-à-dire des délits qui transgressent les frontières.

C'est une autre option qui a été retenue par H. Labayle et A. Weyembergh. Leur «Code de droit pénal de l'Union européenne»³⁸² rassemble les textes officiels, pas uniquement les textes contraignants, adoptés par les Etats membres et les Institutions européennes dans le domaine du droit pénal. Il se conçoit donc davantage comme un recueil de textes dont la classification se fait de la façon suivante : textes fondateurs, textes transversaux, textes sectoriels dont une section consacrée au terrorisme et, élargissement et relations extérieures.

Ce code qui ne se veut pas exhaustif, a l'avantage de regrouper en un seul ouvrage les textes les plus importants dans le secteur pénal en Europe, mais peut-on pour autant le qualifier de code ? S'il est vrai qu'un code de droit pénal européen à proprement parler, comme cela vient d'être évoqué, est extrêmement difficile à concrétiser, il convient de faire une distinction entre les codes qui constituent «la loi»³⁸³ et ceux dits «compilations»³⁸⁴. En effet, le code-compilation, qui est le modèle proposé par H. Labayle et A. Weyembergh, a avant tout une valeur documentaire en ce qu'il compile des textes d'un domaine particulier dont il regroupe par chapitres adéquats les différentes ramifications de la matière.

2. Quels obstacles au code pénal européen ?

Le code pénal européen qui, si général, se limiterait pour le moment à être un code-compilation, pourrait sinon viser les infractions financières et revêtir alors le forme d'un code au sens de celui qui «est la loi». Passés les critères de fond et de forme, d'autres obstacles se dressent. Ces derniers découlent directement de ce qui a pu être développés précédemment, à savoir les difficultés rencontrées en termes d'harmonisation et de confiance.

Ainsi, comme le rappelle N. Lenoir³⁸⁵ sur l'émergence d'un code pénal européen, «*on peut déplorer qu'en matière de définition des comportements répréhensibles, les textes européens se bornent trop souvent à fixer des normes minimales (...) mais également de prévoir des dérogations à l'incrimination de certains comportements*», rappelant par la même occasion l'expression de D. Flore.

³⁸² LABAYLE H. et WEYEMBERGH A., *Code de droit pénal de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

³⁸³ Tels que, en droit français, le Code civil, le Code pénal...

³⁸⁴ Tels que, toujours en droit français, le Code administratif, le Code de l'environnement...

³⁸⁵ LENOIR N., *Les imperfections de l'espace pénal européen: des réponses dans la future Constitution européenne ?*, *op. cit.*, p. 351.

R. Badinter préfère quant à lui mettre en évidence un autre obstacle majeur³⁸⁶. Lorsqu'il lui est demandé si le code pénal européen n'est seulement qu'un *rêve*, il répond que ce code suppose avant tout un socle commun de principes fondamentaux ainsi que l'existence de systèmes de procédure non dissemblables et harmonisés mais que ce qui fait le plus défaut c'est la confiance car «*en effet, au-delà des préjugés culturels surmontables, il y a des défiances*».

Un code pénal pour l'Union européenne n'est certainement pas encore prêt à voir le jour, contrairement à un procureur européen qui a déjà fait l'objet de propositions concrètes au niveau européen.

Paragraphe 2 : Un procureur européen

Depuis l'année 2000, la Commission européenne demande une révision du Traité instituant la Communauté européenne afin de permettre la création d'un poste de procureur européen indépendant. Ce poste de procureur européen, qui n'est encore qu'au stade de proposition, témoigne, à la manière du code pénal européen, des obstacles qui se dressent quand il s'agit de droit européen.

1. Quel procureur européen pour l'Union européenne ?

L'idée d'un procureur européen a initialement été formulée dans un rapport d'experts, le *Corpus Juris* de M. Delmas-Marty en 1997. Ce rapport concluait sur la nécessité et la faisabilité de la création d'un procureur européen dans le domaine de la protection des intérêts financiers de la Communauté. Cette idée a par la suite été alimentée avec la création d'Eurojust, organe de coopération judiciaire, qui devait déboucher sur la mise en place d'un parquet européen compétent pour toutes formes graves de criminalité transnationale. Cependant, les négociations sur Eurojust en ont décidé autrement et cet organe s'avère en définitive être davantage un parquet européen manqué, simple pendant judiciaire de l'Office européen de police, Europol, qu'autre chose³⁸⁷.

³⁸⁶ BADINTER R., *L'Europe pénale en quête de confiance*, Journal des sociétés, n° 34, juillet 2006, p. 15.

³⁸⁷ Ce qui sera développé ultérieurement. Voir la Partie II, Titre I, Chapitre II.

Ainsi, comme prévu par M. Delmas-Marty et comme cela a pu être envisagé pour le code pénal européen par J. Pradel, il était à l'origine prévu de mettre en place un procureur européen afin de lutter plus efficacement contre la fraude au détriment des intérêts financiers communautaires³⁸⁸. Cette délimitation du champ d'action du procureur se retrouve dans les actes qui ont suivi la première Communication de la Commission sur ce sujet³⁸⁹.

Toutefois, la Convention européenne qui a élaboré un projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe³⁹⁰ prévoyait que le Conseil européen puisse étendre les attributions du parquet à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière. Ainsi, l'article III-274 de la Partie III sur «les politiques et les fonctionnements de l'Union» du Traité constitutionnel dispose que «*le Conseil européen peut, simultanément ou ultérieurement, adopter une décision européenne modifiant le paragraphe 1 afin d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière (...)*»³⁹¹. Il convient néanmoins de souligner que si la mise en place d'un procureur européen dont le champ d'action se limite aux intérêts financiers de la Communauté n'a toujours pas été concrétisée et ce depuis l'an 2000, il semble d'autant plus difficile d'envisager un procureur dont les attributions pourraient concerner l'ensemble de la criminalité grave transfrontalière.

2. Quels obstacles au procureur européen ?

L'obstacle principal à la création d'un procureur européen est, comme pour le code pénal européen, le processus d'harmonisation du droit pénal. Or et si le degré d'harmonisation fait défaut, la création d'un procureur européen exige de toute façon davantage : «*il paraît*

³⁸⁸ Voir la Communication de la Commission du 29 septembre 2000, *Contribution complémentaire de la Commission à la Conférence intergouvernementale sur les réformes institutionnelles. La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un procureur européen*, COM(2000) 608 final. Cette Communication proposait l'insertion d'un nouvel article 280 bis dans le Traité CE afin de définir les conditions de nomination et de démission du procureur, son indépendance, ainsi que les principales caractéristiques de sa fonction. Il était prévu qu'il puisse exercer l'action publique devant les juridictions compétentes des Etats membres et contrôler les activités de recherche sur le territoire communautaire. Les règles et les modalités nécessaires à son fonctionnement devaient être déterminées par le droit dérivé.

³⁸⁹ Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen du 11 décembre 2001, COM(2001) 715 final. Rapport de suivi du Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen, COM(2003) 128 final.

³⁹⁰ Traité instituant une Constitution pour l'Europe, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 310, 16 décembre 2004, p. 1 et s.

³⁹¹ Article III-274, paragraphe 4.

*souhaitable d'aller plus loin que la simple harmonisation des législations nationales pour des raisons évidentes d'efficacité, car, en matière pénale, la moindre différence de texte fournit des échappatoires et des occasions de nullité de procédure*³⁹². Dans un système où l'unification est présentée comme non souhaitable car non respectueuse des différentes traditions juridiques des Etats membres, l'harmonisation qui a été la solution retenue apparaît clairement insuffisante pour des chantiers tels que celui d'un procureur européen.

Autre obstacle évident à la création d'un procureur européen : la nécessité de créer une «chambre préliminaire européenne» comme envisagée dans le *Corpus Juris* et de renforcer les compétences de la Cour de justice des Communautés européennes en matière pénale. En effet, la mise en place d'un procureur européen exige celle de garanties juridictionnelles suffisantes au niveau européen. Or, cet «accompagnement» n'est encore pour le moment prévu dans aucun texte européen. Certains vont même plus loin sur ce sujet et préconisent la création d'une Cour pénale européenne³⁹³. Ainsi, *«il paraît (néanmoins) nécessaire de poser, dès à présent, le principe selon lequel la création d'un 'ministère public européen' ne peut se concevoir sans la création d'une instance juridictionnelle pénale au niveau européen, éventuellement issue de la Cour de Justice des Communautés européennes, c'est-à-dire d'une Cour pénale européenne, compétente en premier et/ou en dernier ressort, pour contrôler, en particulier, les actes de recherche qui constituent une restriction aux libertés fondamentales, la décision de renvoi en jugement, ainsi que pour se prononcer sur le fond*³⁹⁴.

Les deux instruments ainsi présentés, un code pénal et un procureur européens, révèlent la laborieuse construction d'un espace pénal où la souveraineté des Etats membres reste reine. Ce difficile développement s'explique en effet en grande partie par le fait que la matière pénale est encore une matière sensible jalousement gardée et cela même dans un contexte de lutte contre le crime organisé transfrontalier. Le troisième Pilier de l'Union européenne, c'est-à-dire le Pilier couvrant la coopération policière et judiciaire en matière pénale, dont les

³⁹² Sénat français, session ordinaire de 2001-2002, n° 288, Proposition de résolution présentée au nom de la délégation pour l'Union européenne en application de l'article 73 bis du Règlement sur le livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen (E 1912).

³⁹³ Comme cela est le cas du Sénat français, *op cit*, qui souligne qu' *«une réflexion sur la création d'une Cour pénale européenne apparaît dès lors indissociable de la création d'un 'ministère public européen' »*. Il donne à ce titre l'exemple du système de la Confédération Helvétique qui avait introduit une réforme afin de reconnaître au ministère public fédéral la compétence pour poursuivre certaines infractions considérées comme portant atteinte aux intérêts de la Confédération dans son ensemble. Ce système a nécessairement du être accompagné de la création d'une Cour pénale fédérale, compétente pour se prononcer sur le fond.

³⁹⁴ *Ibid.*

insuffisances sont autant d'éléments de blocage au développement de l'espace pénal européen, en est une illustration flagrante. L'aboutissement difficile des instruments de cet espace ne serait que le «précipité» des éléments de blocage propres au troisième Pilier.

Sous-section 2 : Les insuffisances du troisième Pilier : éléments de blocage au développement de l'espace pénal européen

La construction en Piliers³⁹⁵, c'est-à-dire ce cloisonnement des compétences et des procédures, se veut être le résultat d'un compromis entre la logique d'intégration et le maintien de domaines réservés pour les Etats membres. Pour ce qui est du troisième Pilier, il ne fait aucun doute que c'est la protection de la souveraineté des Etats membres qui a prévalu et cela au détriment de l'efficacité des instruments adoptés au sein de ce Pilier.

Paragraphe 1 : Les instruments et procédures du troisième Pilier

Le troisième Pilier se caractérise d'une part par des instruments qui lui sont propres et d'autre part, par une prise de décision à l'unanimité. Ces deux caractéristiques constituent les éléments de blocage intrinsèques de ce Pilier.

1. Les instruments du troisième Pilier, un droit dérivé virtuel

La panoplie des actes spécifiques au troisième Pilier, telle qu'énumérée à l'article 34, point 2, du Traité sur l'Union européenne, est riche : positions communes, décisions-cadres, décisions et conventions ; mais c'est bien là sa seule richesse. En effet, l'existence d'instruments législatifs spécifiques complique considérablement la mise en œuvre. Cependant, les positions communes ne se contentent que de définir l'approche de l'Union sur une question déterminée

³⁹⁵ Pour mémoire, c'est le Traité de Maastricht en 1992 qui crée l'Union européenne englobant les trois Communautés et les mécanismes de coopération entre les Etats membres, d'où la référence aux «trois Piliers» : le premier Pilier dit communautaire recouvre les trois Communautés fonctionnant sur la base de leurs Traités respectifs, le deuxième Pilier qui a pour objet la politique étrangère et de sécurité commune et, le troisième Pilier qui porte sur la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. Cette structure en Piliers du Traité de Maastricht est modifiée par le Traité d'Amsterdam de 1997. Ainsi, la plus grande partie des dispositions sur la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures qui figuraient dans le troisième Pilier passent dans le premier et le troisième Pilier est alors intitulé «Coopération policière et judiciaire en matière pénale»(Titre VI, articles 29 à 42 du Traité sur l'Union européenne).

et les conventions se heurtant toujours à une ratification souvent difficile³⁹⁶, les décisions et décisions-cadres sont les deux instruments les plus utilisés.

Les décisions et décisions-cadres n'ont pas d'effet direct puisque tributaires de leur transposition dans les droits nationaux des Etats membres. Or, comme cela a déjà pu être évoqué, les instruments sont trop souvent transposés de façon incomplète et avec parfois beaucoup de retard selon les Etats. L'expérience a en effet largement montré que les Etats membres prennent davantage de liberté eu égard au délai de transposition des décisions-cadres qu'avec des directives. A ce propos, dans sa Communication sur le suivi de la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2005³⁹⁷, la Commission souligne en conclusions *«les insuffisances tant quantitatives que qualitatives du niveau général de transposition pour les instruments 'titre VI TUE' qui sont frappantes»*.

L'effectivité du troisième Pilier fut ainsi mise en cause car *«si le Conseil a manifesté une ardeur normative peu commune au cours des cinq dernières années, les Etats membres en revanche se sont montrés peu empressés (...) à transposer les décisions-cadres correctement et dans les délais (...). La situation (...) est à ce point préoccupante qu'il n'est pas exagéré de qualifier le droit dérivé de l'Union européenne dans le domaine policier et judiciaire pénal de droit virtuel»*³⁹⁸.

La nature de la portée juridique des décisions et décisions-cadres a pour autre conséquence l'inadaptation de tels instruments par rapport aux objectifs poursuivis. En effet, *«il est communément admis que les instruments et procédures existants, notamment dans le cadre du 'troisième Pilier', ne semblent plus convenir, eu égard aux solides ambitions politiques qui ont pris forme depuis de Conseil européen de Tampere et les événements du 11 septembre 2001»*³⁹⁹.

³⁹⁶ Ratification qui demeure difficile bien que le Traité d'Amsterdam ait introduit un assouplissement en la matière. Ainsi, sauf dispositions contraires, les conventions entrent en vigueur dans les Etats membres qui les ont adoptées une fois qu'elles ont recueilli la moitié des ratifications (la ratification par tous les Etats membres était précédemment nécessaire). Ainsi, la Convention, qui est le seul instrument véritablement contraignant pour les Etats membres du troisième Pilier, se heurte non seulement à une phase de négociations souvent difficile et lente mais encore, à celle de la ratification.

³⁹⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2005*, 28 juin 2006, COM(2006) 333 final.

³⁹⁸ DE KERCHOVE G., *L'Europe pénale: bilan et perspectives*, Rapport au XXIème Congrès de la FIDE de Dublin, 2-5 juin 2004, p. 352 et suivantes.

³⁹⁹ La Convention européenne, *Mandat du Groupe de travail X «Liberté, sécurité et justice »*, 12 septembre 2002, CONV 258/02, p. 4.

2. La règle de l'unanimité, source du droit dérivé virtuel

Contrairement à la méthode communautaire appliquée pour le premier Pilier où l'adoption des textes se fait selon la règle de la majorité qualifiée, le troisième Pilier étant le fruit de coopérations intergouvernementales, les textes sont adoptés selon la règle de l'unanimité. Or, comme le souligne P. Bruey, ce droit de veto ainsi conféré à chaque Etat membre, s'obtient au prix de négociations très longues et conduit souvent à l'adoption de textes décevants car fruits du plus petit dénominateur commun⁴⁰⁰. La prise de décision à l'unanimité a donc pour effets principaux le ralentissement de l'élaboration et de l'adoption des actes, et l'appauvrissement des textes.

La viabilité de la règle de l'unanimité se pose d'autant plus dans une Union européenne qui compte désormais vingt-sept Etats membres. L'équation «augmentation du nombre d'Etats membres – augmentation des risques de blocage du processus d'élaboration des politiques» doit être dressée.

Quant à la conséquence de l'appauvrissement des textes, celle-ci est à l'origine directe de cette harmonisation en «trompe-l'œil». En effet, *«ce qui apparaissait comme une évolution majeure du troisième Pilier n'aurait abouti qu'à une harmonisation 'à droit constant' (les Etats membres parviennent à adopter un texte qui ne les obligera à aucune modification de leur législation) ou en 'trompe-l'œil' (le texte comporte de multiples dérogations ou options)»*⁴⁰¹. C'est cela qui induit ce droit «virtuel» où l'affichage politique l'emporte sur l'énoncé du contenu normatif.

Les instruments du troisième Pilier constituent ce qu'il convient de qualifier un droit dérivé virtuel dont la règle de l'unanimité est une des causes. Cependant, ce Pilier souffre d'un autre problème majeur : son manque de légitimité.

⁴⁰⁰ BRUEY P., *Editorial: l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005*, La lettre des magistrats de l'Union européenne, Le journal de l'Association des magistrats de l'Union européenne (AMUE), octobre 2005, numéro 16. Le site de l'AMUE est consultable à l'adresse suivante: <http://www.amue.ejpa.org>.

⁴⁰¹ PEREZ S., *La disparition du troisième Pilier de l'Union européenne dans le projet de Constitution pour l'Europe*, Perspectives internationales et européennes, Perspectives, mis en ligne le 16 mars 2006 à l'adresse suivante: <http://revel.unice.fr/pie/document.html?id=294>

Paragraphe 2 : Le manque de légitimité du troisième Pilier

Le troisième Pilier souffre d'un manque de légitimité démocratique évident : ce sont la responsabilité politique d'une part, et le contrôle juridictionnel d'autre part, qui font grandement défaut. Ce manque de légitimité est d'autant plus important que ce Pilier couvre les domaines de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, c'est-à-dire des domaines qui touchent directement le citoyen européen.

1. Compétences quasi inexistantes du Parlement européen

Dans la procédure législative applicable au troisième Pilier, le Parlement tient le quatrième rôle après le Conseil de l'Union européenne, les Etats membres et la Commission européenne. En effet, en vertu de l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, le Conseil statue à l'unanimité à l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission. Le droit d'initiative partiel de la Commission est atténué par l'article 36, paragraphe 2, qui précise que la Commission est «pleinement associée aux travaux». Quant au Parlement européen, c'est l'article 39 qui délimite son rôle⁴⁰² : il est ainsi simplement «consulté» par le Conseil, «tenu informé» par la présidence et la Commission et peut, par ailleurs, «adresser des questions ou formuler des recommandations».

Dans un domaine d'activités comme le Titre VI portant sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale, il est frappant que le Parlement européen tienne si peu de place. Ce «quatrième rôle» attribué au Parlement porte atteinte à la légitimité démocratique des actes adoptés dans un domaine où l'Institution parlementaire devrait jouer un rôle essentiel en application du principe de légalité des délits et des peines⁴⁰³.

⁴⁰² Article 39 TUE:

1. *Avant d'adopter toute mesure visée à l'article 34, paragraphe 2, points b), c) et d), le Conseil consulte le Parlement européen. Celui-ci rend son avis dans un délai que le Conseil peut déterminer et qui ne peut pas être inférieur à trois mois. A défaut d'avis rendu dans ce délai, le Conseil peut statuer.*
2. *La présidence et la Commission informent régulièrement le Parlement européen des travaux menés dans les domaines relevant du présent titre.*
3. *Le Parlement européen peut adresser des questions ou formuler des recommandations à l'intention du Conseil. Il procède chaque année à un débat sur les progrès réalisés dans les domaines visés au présent titre.*

⁴⁰³ Voir le rapport d'information n° 1730 de la délégation de l'Assemblée nationale française pour l'Union européenne sur «*le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne (COM [2004] 334 final/E 2587*», 13 juillet 2004.

Ce défaut de responsabilité politique important est malheureusement relayé au niveau des parlements nationaux. En effet, dans le système actuel, les parlements nationaux ne participent à l'adoption des normes applicables uniquement par l'intermédiaire de la ratification nationale des conventions du troisième Pilier, ce qui leur ne leur laisse qu'une place infime dans le processus législatif de ce dernier.

2. Compétences largement insuffisantes de la Cour de justice des Communautés européennes

Pour ce qui est des compétences de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre du troisième Pilier, il y eut un «avant» et un «après» Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997⁴⁰⁴. Ainsi, avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le contrôle exercé par la Cour à l'égard des positions communes ou des actions communes adoptées dans le cadre du Titre VI du Traité et de leurs mesures d'application, avait été délibérément écarté. Le Traité d'Amsterdam, suite aux nombreuses critiques formulées quant à l'absence de compétence de la Cour dans le cadre du Titre VI, a procédé à une extension des compétences de celle-ci afin d'instaurer un contrôle juridictionnel. Les compétences de la Cour de justice pour les domaines du troisième Pilier sont décrites à l'article 35 du Traité qui définit ainsi un régime spécial en la matière.

En vertu de l'article 35, paragraphes 1 à 3, la Cour a la possibilité de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées par les juridictions nationales sur la validité et l'interprétation des actes adoptés sur la base du Titre VI et de leurs mesures d'application⁴⁰⁵. Toutefois, cette compétence n'est que facultative dans la mesure où elle est subordonnée à une déclaration d'acceptation qui peut intervenir au moment de la signature du Traité ou même après celle-ci de la part de l'Etat dont la question émane⁴⁰⁶. De plus, il est laissé à l'Etat le choix d'indiquer dans cette déclaration les modalités du contrôle qui sera opéré : c'est un

⁴⁰⁴ Se référer à DE SCHUTTER O., *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'espace judiciaire pénal européen*, dans DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *Vers un espace judiciaire pénal européen*, *op cit*, p. 55 et suivantes.

⁴⁰⁵ Article 35, paragraphe 1, du Traité sur l'Union européenne: *La Cour de justice des Communautés européennes est compétente, sous réserve des conditions définies au présent article, pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres et des décisions, sur l'interprétation des conventions établies en vertu du présent titre, ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application.*

⁴⁰⁶ Article 35, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne: *Tout Etat membre peut, par une déclaration faite au moment de la signature du traité d'Amsterdam, ou à tout autre moment postérieur à ladite signature, accepter la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel dans les conditions définies au paragraphe 1.*

véritable renvoi préjudiciel «à la carte», ou «à géométrie variable» pour reprendre l'expression d'O. De Schutter, qui est proposé aux Etats⁴⁰⁷.

L'article 35, paragraphe 6, définit le recours dans l'intérêt de la loi, c'est-à-dire la possibilité pour la Cour de contrôler la légalité des décisions-cadres et des décisions lorsqu'un recours est formé par un Etat membre ou la Commission pour des motifs déterminés⁴⁰⁸.

L'article 35, paragraphe 7, prévoit la compétence pour la Cour de statuer sur les différends qui interviennent entre Etats membres ou entre Etats membres et la Commission concernant l'interprétation ou l'application des actes adoptés dans le cadre du Titre VI⁴⁰⁹.

Enfin l'article 35, paragraphe 5, apporte une ombre supplémentaire au tableau en disposant que «*la Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure*». Ce paragraphe énonce donc clairement, à l'image du droit pénal, cette «bulle» de pouvoirs discrétionnaires laissés aux Etats membres en matière d'ordre public et de sécurité intérieure⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Article 35, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne dont les possibilités offertes aux Etats sont résumées de la façon suivante par Olivier De Schutter :

1. Absence de compétence préjudicielle

2. Compétence préjudicielle

Uniquement juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours :

Renvoi préjudiciel obligatoire

Renvoi préjudiciel facultatif

Toute juridiction de l'Etat membre :

Renvoi préjudiciel obligatoire (dernière instance)

Renvoi préjudiciel facultatif

⁴⁰⁸ Article 35, paragraphe 6, du Traité sur l'Union européenne: *La Cour de justice est compétente pour contrôler la légalité des décisions-cadres et des décisions lorsqu'un recours est formé par un Etat membre ou par la Commission pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir. Les recours prévus au présent paragraphe doivent être formés dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'acte.*

⁴⁰⁹ Article 35, paragraphe 7, du Traité sur l'Union européenne: *La Cour de justice est compétente pour statuer sur tout différent entre Etats membres concernant l'interprétation ou l'application des actes adoptés au titre de l'article 34, paragraphe 2, dès lors que ce différent n'a pu être réglé au sein du Conseil dans les six mois qui ont suivi la saisine de celui-ci par l'un de ses membres. La Cour est également compétente pour statuer sur tout différent entre Etats membres et la Commission concernant l'interprétation ou l'application des conventions établies en vertu de l'article 34, paragraphe 2, point d).*

⁴¹⁰ Bien que, toujours selon O. De Schutter, «*il s'agit alors moins de dénoncer dans l'article 35, paragraphe 5, du traité sur l'Union européenne révisé à Amsterdam, la reconnaissance d'un pouvoir aux Etats membres dans les opérations de sécurité ou de police qui serait discrétionnaire, que d'y reconnaître l'ébauche d'une répartition des tâches entre la Cour de justice des CE et la Cour européenne des droits de l'homme, chargées l'une ou l'autre de la garantie juridictionnelle des droits de l'homme, en fonction de l'identité de la situation matérielle régie* ». DE SCHUTTER O., *op. cit.*, p. 67.

Conclusion du Titre II

La lutte contre le crime organisé transfrontalier, et plus particulièrement la lutte contre le terrorisme telle que devenue une priorité suite aux attentats du 11 septembre 2001, a permis l'émergence du premier instrument de reconnaissance mutuelle en matière pénale, le mandat d'arrêt européen. Bien que ce nouvel instrument apporte de nombreuses avancées par rapport au droit «classique» de l'extradition, il révèle également certaines faiblesses comme le fragile développement du principe de reconnaissance mutuelle et l'utopique mise en place d'un espace pénal européen. Si ces deux éléments sont qualifiés tour à tour de fragile et d'utopique, c'est principalement parce qu'ils se fondent encore actuellement davantage sur une méfiance plutôt que sur une confiance mutuelle parmi les Etats membres et, qu'ils prennent corps au sein du fameux troisième Pilier dont les obstacles sont désormais connus et reconnus.

Le Traité de Lisbonne, dont la filiation avec le Traité constitutionnel est indéniable, supprime cette répartition des activités en Piliers. Toutefois, plusieurs auteurs s'accordent à dire que les différences entre les Piliers ne sont que partiellement supprimées et que, par conséquent, les "freins" identifiés au sein du troisième Pilier perdureront⁴¹¹. En effet, même si une base juridique unique des actes est instituée, des procédures différenciées sont toujours appliquées en fonction des domaines d'action.

⁴¹¹ Se reporter à titre d'exemple à l'article de PEREZ S., *op. cit.*

Conclusion de la Partie I

L'harmonisation des législations des Etats membres de l'Union européenne est un élément essentiel de la lutte européenne contre les actes de terrorisme. Cette nécessité d'harmonisation s'est principalement traduite par l'adoption de deux décisions-cadres retentissantes : l'une apportant une définition commune de l'infraction terroriste, du groupe terroriste ainsi qu'une échelle des sanctions applicables et l'autre mettant en place un Mandat d'arrêt européen. Si la première est clairement le «fruit» des attentats du 11 septembre 2001, la seconde, qui ne traite pas exclusivement des infractions de terrorisme, en est aussi l'héritière. En effet, ces deux textes étaient en gestation bien avant les attentats mais doivent leur adoption précipitée au contexte de crise créé.

Dans une structure européenne où la protection de la souveraineté des Etats membres prévaut, l'entrée en vigueur encore récente du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne⁴¹² renforce encore davantage ce mouvement. Nonobstant le fait que l'article 4 du Traité sur l'Union européenne dispose que *«l'Union respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale»*, le nouveau Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne inscrit, dans les dispositions générales de son Titre V relatif au domaine de l'Espace de liberté, de sécurité, de justice, une disposition qui reconnaît aux Etats membres la possibilité d'organiser des actions de coordination et de coopération entre les services de leur administration en charge des questions de sécurité nationale⁴¹³ : cela ne laisse plus guère planer de doute.

⁴¹² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 83, 30 mars 2010, p. 47 et s.

⁴¹³ L'article 73 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne dispose que : *«Il est loisible aux États membres d'organiser entre eux et sous leur responsabilité des formes de coopération et de coordination qu'ils jugent appropriées entre les services compétents de leurs administrations chargées d'assurer la sécurité nationale ».*

PARTIE II:

La lutte contre le terrorisme, révélateur des acteurs européens de demain ?

Le plan d'action de lutte contre le terrorisme adopté par le Conseil au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, révisé suite aux attentats perpétrés sur le sol européen, témoigne des grandes ambitions de l'Union européenne en la matière et, malgré son caractère transversal explicité précédemment, révèle certains acteurs qui occupent désormais le devant de la scène. Ces acteurs sont incontestablement ceux des secteurs policier et judiciaire qui ont développé des compétences dans le domaine de la lutte contre le terrorisme avec en vedette l'Office européen de police, Europol, et l'Office européen de coopération judiciaire, Eurojust.

A cheval sur les premier et deuxième Piliers, des règlements et des positions communes, dont l'objectif est de mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, ont été adoptés. Ces textes qui ont donné lieu à de nombreux commentaires critiques ayant trait à la protection des droits fondamentaux amènent à s'attarder sur un autre acteur: la Cour de justice des Communautés européennes, rebaptisée depuis peu la Cour de justice de l'Union européenne et dont les compétences ont été élargies.

Toutefois, la législation pénale, tout comme les règles de procédure pénale, ne relevant pas de la compétence de la Communauté⁴¹⁴, le droit pénal appartient à la souveraineté des Etats membres. La matière pénale, bien qu'à l'honneur depuis les Traités de Maastricht et d'Amsterdam, pose la problématique de l'organisation pénale européenne dans un espace de liberté, de sécurité et de justice dans lequel se détacheraient certes Europol, Eurojust et un éventuel parquet européen, mais pas encore le juge.

⁴¹⁴ Confère les affaires de la Cour de justice des Communautés européennes *Casati*, 203/80 du 11 novembre 1981 et *Lemmens*, C-226/97 du 16 juin 1998.

TITRE I :

**Les acteurs des troisième et deuxième Piliers dans le cadre
de la lutte contre le terrorisme**

La lutte contre le terrorisme à l'échelle de l'Union européenne n'a pas qu'engendré l'adoption de nombreuses mesures au sein du Pilier de la «coopération policière et judiciaire en matière pénale». Elle a également permis la mise en place de certains acteurs et l'évolution d'autres. Le troisième Pilier est ainsi devenu le siège d'une multitude d'acteurs impliqués, à différents degrés, dans la lutte contre le terrorisme. De ces acteurs, l'acteur policier a pris une place importante, à l'image du choix opéré par une majorité d'Etats membres.

Quant au deuxième Pilier de l'Union, le Pilier «politique étrangère et de sécurité commune», de nombreuses mesures ont également été prises. Certes, la lutte européenne contre le terrorisme s'est avant tout concentrée sur le volet pénal, mais l'importance des mesures prises au sein du deuxième Pilier justifiait que celui-ci soit traité dans son ensemble comme un «acteur» à part entière de la lutte contre le terrorisme, avec, à ses côtés, l'acteur «politique européenne de sécurité et de défense».

Une étude des principaux acteurs des troisième et deuxième Piliers dévoile l'orientation de la lutte contre le terrorisme menée par l'Union européenne : elle privilégie l'acteur policier et s'avère n'être qu'un «traducteur» des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies.

Chapitre I :

**Les acteurs du troisième Pilier dans le cadre de la lutte contre le
terrorisme : un acteur policier privilégié**

Le troisième Pilier constitue désormais une «pépinière» pour acteurs dans le domaine de la sécurité qui se cachent souvent derrière des sigles souvent peu évocateurs⁴¹⁵. Parmi ces acteurs, deux, dont soit la soudaine évolution, soit la mise en place découlent directement des attentats du 11 septembre 2001, revêtent une certaine importance en matière de lutte contre le terrorisme : Europol et Eurojust.

Les mécanismes de lutte contre le terrorisme impliquent en effet deux types d'acteurs : un acteur policier et un acteur judiciaire. Ainsi, la coopération policière et judiciaire en matière pénale se traduit par une entraide policière incarnée par Europol et une entraide judiciaire avec Eurojust. Cependant, il est important de souligner que si Europol n'est pas une police européenne à proprement parler, Eurojust n'est certainement pas un procureur européen.

Europol est l'organisme de recueil, d'analyse et d'exploitation du renseignement policier. Il exerçait ses fonctions avant les attentats sur le sol américain, mais son mandat a été considérablement élargi et il a été complété d'une équipe de spécialistes de l'anti-terrorisme au lendemain des attentats. Quant à Eurojust, c'est l'agence d'aide à la coordination des actions des autorités judiciaires en matière pénale. Tout comme les adoptions d'une définition commune de l'infraction terroriste et de l'échelle de ses sanctions, du mandat d'arrêt européen, Eurojust est un des fruits des attentats du 11 septembre : il a vu le jour moins de six mois après les attentats.

Un bref historique des mises en place d'Europol et d'Eurojust ainsi qu'une présentation de leurs compétences et des évolutions de leur mandat respectives mettent en évidence un acteur policier prédominant sur l'acteur judiciaire. Enfin, deux points méritent quelques développements parce que hautement problématiques en termes de respect des droits fondamentaux: les contrôles exercés sur les activités ces deux organismes du troisième Pilier et les accords que ces derniers passent dans le domaine de l'échange de données.

⁴¹⁵ Comme le RJE (Réseau judiciaire européen en matière pénale), le CEPOL (collège européen de police) et son pendant judiciaire le RFJE (Réseau européen de formation judiciaire), le REPC (Réseau européen de la prévention de la criminalité), l'ENISA (Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information), le CPTF (Task force des chefs de police), l'OLAF (l'Office européen de lutte anti-fraude)...

Section 1 : Europol et Eurojust, bref historique de leur mise en place et compétences respectives

Europol et Eurojust se distinguent nettement tant de part leur mise en place que l'évolution de leurs compétences. Ainsi, un historique rapide de leur création et une présentation de l'évolution de leur mandat dévoilent que, pour ce qui est de la lutte contre le terrorisme, l'acteur policier est privilégié par rapport à l'acteur judiciaire.

Sous-section 1 : Historique des mises en place d'Europol et Eurojust : une mise en place «mûrie» contre une mise en place «opportune»

Les mises en place d'Europol et d'Eurojust sont en effet très différentes l'une de l'autre. Alors que celle d'Europol peut être qualifiée de «mûrie» car elle est le fruit d'un projet politique de longue haleine, celle d'Eurojust apparaît plus «opportune» puisque soudainement concrétisée suite aux attentats du 11 septembre.

Paragraphe 1 : la mise en place d'Europol : un projet politique

«Sans nul doute, la mise en place d'Europol peut être considérée comme une initiative politique avec comme objectif politique clair, une lutte plus efficace au niveau européen contre le trafic de stupéfiants toujours croissant et ensuite contre les activités terroristes transnationales»⁴¹⁶.

L'idée d'un organisme policier au niveau européen fut lancée dès 1990 par l'Allemagne et retenue lors du Conseil européen de Luxembourg des 28 et 29 juin 1991⁴¹⁷. L'écho politique très favorable que cette idée rencontre dès le début va grandement faciliter sa mise en place même si celle-ci fut relativement longue.

⁴¹⁶ GENSON R. et ZANDERS P., *Le développement de la coopération policière dans l'Union européenne – Quel avenir pour Europol ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 504, janvier 2007, p. 6.

⁴¹⁷ Voir l'annexe 1, «Affaires intérieures et judiciaires », des Conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 28 et 29 juin 1991. La mise en place d'un office central européen de police criminelle («Europol ») était prévue dans les domaines de la lutte contre le trafic international de drogue et le crime organisé.

Le Titre VI du Traité sur l'Union européenne, «Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures», prévoyait la mise en place à l'échelle de l'Union d'un système d'échanges d'informations au sein d'un Office européen de police⁴¹⁸. C'est dans un premier temps l'Unité Drogues Europol qui fut créée par l'Accord ministériel conclu entre les ministres de TREVI⁴¹⁹ réunis à Copenhague les 1^{er} et 2 juin 1995⁴²⁰. Cette Unité «Drogues» fut le prélude d'Europol. Elle a été active de 1995 à 1999.

Fort des résultats satisfaisants de l'Unité «Drogues», c'est par un Acte du Conseil en date du 26 juillet 1995 qu'Europol vu le jour⁴²¹. L'instrument étant une convention, la ratification par tous les Etats membres était exigée pour son entrée en vigueur qui n'intervint que le 1^{er} octobre 1998⁴²². Toutefois, l'Office ne démarra effectivement ses activités que le 1^{er} juillet 1999. Il aura ainsi fallu près d'une décennie entre l'idée de sa création et le début de ses activités.

Paragraphe 2 : la mise en place d'Eurojust : un projet opportun

Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 avait décidé la création d'une unité (Eurojust) composée de procureurs, de magistrats ou d'officiers de police ayant des compétences équivalentes détachés par chaque Etat membre conformément à son système

⁴¹⁸ Article K.1, point 9.

⁴¹⁹ TREVI était une structure *ad hoc*, intergouvernementale, réunissant différents responsables des Ministères de la Justice et de l'Intérieur des douze Etats membres de la Communauté européenne, qui a été créée en 1976. Elle avait comme objectif la coopération policière à l'échelle européenne.

⁴²⁰ Cet Accord a par la suite été remplacé par l'adoption d'une action commune du Conseil de l'Union européenne le 10 mars 1995 qui prévoyait que l'unité "Drogues" fonctionne comme une équipe chargée de l'échange et de l'analyse d'informations et de renseignements en ce qui concerne le trafic illicite de drogues, celui de matières radioactives et nucléaires, les filières d'immigration clandestine, le trafic illicite de véhicules, ainsi que les organisations criminelles impliquées et les activités de blanchiment d'argent s'y rapportant. Action commune 95/73/JAI du 10 Mars 1995 adoptée par le Conseil sur la base de l'art. K.3 du Traité, concernant l'extension du champ d'action de l'Unité Drogues Europol, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 62, 20 Mars 1995 p.1 et s.

⁴²¹ Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police (convention Europol), Journal officiel des Communautés européennes, n° C 316, 27 novembre 1995, p. 7 et s.

⁴²² L'instrument juridique des conventions a été instauré par l'ancien article K-3 du Traité sur l'Union européenne, parallèlement à l'introduction du troisième pilier, lui-même, par le traité de Maastricht. À l'époque, pour qu'une telle convention puisse entrer en vigueur dans les Etats membres, le Traité exigeait que tous les Etats membres la ratifient. Depuis le traité d'Amsterdam, cette exigence a été assouplie et, maintenant, il suffit qu'une convention soit adoptée par la moitié des Etats membres, pour qu'elle entre en vigueur parmi les Etats l'ayant ratifiée. A présent, l'article 34.2 du Traité sur l'Union européenne prévoit : «Le Conseil (...) peut, statuant à l'unanimité, à l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission : d) établir des conventions dont il recommande l'adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives. Les Etats membres engagent les procédures applicables dans le délai fixé par le Conseil. Sauf dispositions contraires y

juridique, afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité organisée⁴²³. Il était prévu que le Conseil de l'Union européenne adopte l'instrument juridique nécessaire avant la fin de l'année 2001. Ce mandat donné au Conseil d'adopter l'instrument juridique instituant Eurojust a été effectivement respecté mais ne l'aurait probablement pas été sans les attentats terroristes du 11 septembre.

Suite au Conseil européen de Tampere, la tâche revenait alors aux présidences du Conseil qui allaient s'enchaîner jusqu'à la fin 2001. Quatre présidences étaient concernées et devaient donc préparer la proposition formelle d'Eurojust : les présidences portugaise, française, suédoise et belge. C'est pourtant une initiative allemande, concurrente, qui sera à l'origine de la première proposition concrète relative à l'établissement d'Eurojust⁴²⁴. Cette proposition fut transmise au Conseil de l'Union européenne le 12 mai 2000, soit deux mois avant la proposition conjointe des Républiques portugaise et française et, des Royaumes de Suède et de Belgique⁴²⁵. Cette deuxième proposition conjointe, plus détaillée que celle présentée par l'Allemagne, va constituer la base du texte final de la décision instituant Eurojust⁴²⁶.

Au même moment, une autre proposition, émanant de la Commission européenne, va servir de véritable «atout gagnant» pour la proposition Eurojust. En effet, la Commission présente en septembre 2000 une communication sur le procureur européen⁴²⁷. Cette tentative se solde par un échec : de nombreux Etats membres ne sont pas prêts pour la mise en place d'un procureur. La réaction à ce projet de procureur européen est immédiate : les Etats membres réagissent à la contribution de la Commission en insérant Eurojust dans le Traité de Nice⁴²⁸. Ainsi et comme le souligne M. Mangenot, il est tout à fait paradoxal qu'Eurojust, n'existant pas encore, soit déjà inscrit dans le Traité⁴²⁹. La création d'Eurojust apparaît alors comme très

figurant, ces conventions, une fois qu'elles ont été adoptées par la moitié au moins des Etats membres, entrent en vigueur dans les Etats membres qui les ont adoptées ».

⁴²³ Point 46 des Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

⁴²⁴ Document du Conseil 8777/00, publiée au JO C 206 du 19 juillet 2000.

⁴²⁵ Document du Conseil 10355/00, publiée au JO C 243 du 24 août 2000.

⁴²⁶ Pour une étude «sociologique»de la genèse d'Eurojust sur fond de «jeux institutionnels»voir l'article de MANGENOT M., *Jeux européens et innovation institutionnelle. Les logiques de la création d'Eurojust (1996-2004)*, Cultures & Conflits, n°62, février 2006, pp 43-62.

⁴²⁷ Contribution complémentaire de la Commission à la conférence intergouvernementale sur les réformes institutionnelles – La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un Procureur européen, COM (2000) 608.

⁴²⁸ Traité de Nice modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains Actes connexes, signé le 26 février 2001, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 80, 10 mars 2001, p. 1 et s.

⁴²⁹ MANGENOT M., *Jeux européens et innovation institutionnelle. Les logiques de la création d'Eurojust (1996-2004)*, *op. cit.*

ambiguë dans la mesure où si elle représente pour «*certaines Etats membres un moyen de mettre fin au projet [de procureur européen]*» elle est pour d'autres «*le premier pas vers sa création*»⁴³⁰.

Autre élément important de la mise en place d'Eurojust, l'exemple et le contre-exemple d'Europol. Europol, ou plutôt l'Unité Drogues Europol, a servi d'exemple à suivre: dans l'attente de la mise en place définitive d'Eurojust, le Conseil de l'Union européenne adopte en décembre 2000 une décision instituant une unité provisoire de coopération judiciaire, Pro-Eurojust⁴³¹. L'Unité provisoire étant en place, il restait à négocier la décision Eurojust finale. C'est dans ce cadre qu'Europol a servi cette fois-ci de contre-exemple. En effet, il était clair dès le début des négociations, que l'instrument juridique de base ne devait pas être une convention, mais plutôt une décision qui est un instrument beaucoup plus souple. D'autre part, la composition et les pouvoirs d'Eurojust font aussi débat toujours par rapport aux composition et pouvoirs d'Europol.

Alors que les négociations battent leur plein, les attentats du 11 septembre accélèrent le mouvement. Ainsi, au sommaire du Conseil Justice, Affaires intérieures et Protection civile des 6 et 7 décembre 2001 figurent, entre autres, le projet de décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme (définition de l'infraction terroriste et établissement des seuils de sanctions), le projet de décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen et le projet de décision instituant Eurojust. L'Unité Eurojust a finalement été créée par une décision du Conseil du 28 février 2002⁴³².

Les créations d'Europol et d'Eurojust diffèrent ainsi considérablement : alors que la première était à l'agenda depuis de nombreuses années et a été opérée indépendamment des attentats terroristes de 2001, la seconde, certes déjà anticipée, ne s'est finalisée qu'à la suite de ceux-là, sous leur impulsion.

⁴³⁰ BARBE E., *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne*, La documentation Française, 2002, p. 143.

⁴³¹ Décision du Conseil JAI/2000/799, 14 décembre 2000, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 324, 21 décembre 2000, p. 1 et s. L'Unité Pro-Eurojust commença à fonctionner le 1^{er} mars 2001.

⁴³² Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de lutter contre les formes graves de criminalité, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 63, 6 mars 2002, p. 1 et s. La décision est entrée en vigueur le jour de sa publication.

Sous-section 2 : Mandats, compétences et pouvoirs d'Europol et d'Eurojust : entre la «fausse» montée en puissance de l'un et la «vraie» limitation de l'autre.

Si la mise en place de l'Office européen de police n'est pas liée aux attentats de septembre 2001, l'évolution de ses mandats, compétences et pouvoirs en découle directement. Elle se traduit par une véritable montée en puissance qui doit cependant être nuancée au regard du protectionnisme dont font toujours preuve les Etats membres. Quant à Eurojust, le verdict est plus tranchant : il n'est qu'un instrument *a minima*.

Paragraphe 1 : la «fausse» montée en puissance d'Europol comme réponse aux attentes politiques

L'évolution des fonctions, du mandat et des pouvoirs d'Europol qui a commencé avant même son entrée en exercice, semble sans appel : Europol est devenu au fil des années et plus particulièrement avec les attentats du 11 septembre, l'organe privilégié de lutte contre le crime transfrontalier, contre le terrorisme. A cela s'ajoutent d'importantes bases de données entre les mains quasi exclusives de l'Office.

1. Montée en puissance

Pour l'heure, les fonctions d'Europol peuvent se résumer comme suit : faciliter l'échange d'informations entre les Etats membres en permettant la transmission simplifiée et en direct des informations nécessaires aux enquêtes, rassembler et analyser les informations et renseignements, communiquer aux services compétents des Etats membres les informations les concernant et les informer immédiatement des liens constatés entre les faits délictueux, gérer le système informatique Europol TECS⁴³³, apporter un soutien technique aux opérations et aux enquêtes menées au sein de l'Union européenne. Toutefois, Europol n'a pas de mandat exécutif et n'agit que par la coordination et la transmission d'informations sous le contrôle et la responsabilité juridique des Etats membres concernés. C'est ce qui lui a souvent valu le qualificatif de simple «boîte» de traitement d'informations.

⁴³³ *The Europol Computer System* est un système qui permet l'introduction, l'accès et l'analyse des données.

Au delà de ces activités relativement limitées, ce qu'il faut principalement relever c'est l'évolution du mandat d'Europol. Ainsi, la Convention Europol fut modifiée avant même d'entrer en vigueur. En effet, les Actes modificatifs de la Convention sont au nombre de huit : trois Protocoles⁴³⁴ et cinq Décisions du Conseil⁴³⁵. Parmi ces Actes, trois concernent la lutte contre le terrorisme : le tout premier Acte modificatif de la Convention du 3 décembre 1998 sur le terrorisme, le Protocole relatif au blanchiment de capitaux du 30 novembre 2000 qui représente une opportunité majeure pour Europol pour lutter contre le terrorisme et son financement et, la Décision du Conseil du 6 décembre 2001 sur la lutte contre les formes graves de criminalité internationale.

Outre ces modifications apportées à la Convention Europol dont l'objectif est l'extension des compétences du mandat d'Europol, le programme de La Haye prévoyait également d'élargir le mandat pour lui permettre d'assumer un rôle plus opérationnel dans les enquêtes. D'une façon générale, le programme de La Haye comprend plusieurs points visant à renforcer la position d'Europol.

En définitive, il est intéressant de noter que si Europol était au départ centré sur des crimes spécifiques, il s'est progressivement tourné vers la criminalité organisée en général⁴³⁶, mais aussi qu'à partir de la simple fonction de traitement d'informations, des pouvoirs opérationnels se sont développés et enfin, que des groupes de travail spécifiques et des *task forces* se sont créés en son sein en réaction à des situations ou problèmes particuliers. C'est ainsi et en réponse aux attentats terroristes du 11 septembre 2001, qu'une équipe de spécialistes de l'anti-terrorisme a été créée au sein d'Europol⁴³⁷.

⁴³⁴ Les trois Protocoles sont les suivants : le Protocole relatif au blanchiment de capitaux (30 novembre 2000), celui relatif aux équipes communes d'enquête (28 novembre 2002) et celui qui est appelé le «Protocole danois»(27 novembre 2003) qui introduit un certain nombre de dispositions destinées à accroître le dynamisme et l'efficacité d'Europol. Les deux premiers Protocoles ne sont entrés en vigueur que le 29 mars 2007 et le troisième, le 18 avril 2007.

⁴³⁵ Les cinq décisions sont les suivantes : la décision relative au terrorisme (3 décembre 1998), la décision relative à la traite des êtres humains (3 décembre 1998), la décision sur le faux monnayage et la falsification des moyens de paiement (29 avril 1999), la décision relative à la lutte contre les formes graves de criminalité internationale (6 décembre 2001) et enfin, la décision sur la protection de l'Euro (12 juillet 2005).

⁴³⁶ Le mandat de l'Office européen de police couvre les domaines de criminalité suivant : la prévention et la lutte contre le terrorisme, le trafic de drogue, le trafic des êtres humains, les filières d'immigration clandestine, le trafic illicite de matières radioactives et nucléaires, le trafic de véhicules volés, la lutte contre le faux monnayage et la falsification des moyens de paiement et enfin, le blanchiment d'argent.

⁴³⁷ Cette « task force » a été réactivée suite aux attentats de Madrid du 11 mars 2004.

Dernier développement important⁴³⁸: le remplacement de la Convention Europol par une décision afin d'améliorer le «fonctionnement opérationnel et administratif d'Europol» a été décidé à l'unanimité lors du Conseil «Justice et affaires intérieures» des 4 et 5 décembre 2006. Selon la Proposition de décision du Conseil portant création de l'Office européen de police (Europol)⁴³⁹, afin que l'organisation fonctionne plus efficacement, des améliorations touchant au mandat et aux fonctions d'Europol sont suggérées, ainsi qu'au traitement et à la protection des données. La décision portant création de l'Office européen de police a été adoptée le 6 avril 2009⁴⁴⁰. Elle a donc pour effet d'étendre le mandat d'Europol au-delà de la seule criminalité organisée⁴⁴¹ et devrait permettre à Europol d'apporter plus facilement son aide aux Etats membres pour les enquêtes pénales transfrontalières dans lesquelles l'implication de la criminalité organisée n'est pas démontrée dès le départ.

2. «Fausse» montée en puissance

La constante évolution des fonctions, du mandat et des pouvoirs de l'Office européen de police ne saurait dissimuler un certain manque d'efficacité de celui-ci. Un élément de preuve de ce manque d'efficacité peut être apporté à travers l'«épopée» de la *task force* dédiée à la lutte contre le terrorisme. Cette équipe de spécialistes de l'anti-terrorisme créée au sein d'Europol au lendemain des attentats du 11 septembre, a été en effet démantelée seulement deux ans plus tard pour être réactivée suite aux attentats de Madrid du 11 mars 2004. Pourquoi le démantèlement? Le démantèlement s'explique tout simplement par le manque d'utilité de la *task force*: tant l'échange que la mise en place d'un système général d'information sur le terrorisme se sont avérés insuffisants. Même si la responsabilité en matière d'échange d'information revient principalement aux Etats membres qui n'ont pas

⁴³⁸ Développement repris dans le document «Mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre », COM(2006) 331 final du 28 juin 2006. Il était en effet «estimé» par la Commission européenne qu'une «base juridique plus souple est nécessaire à Europol pour que les décisions politiques visant à améliorer son fonctionnement puissent être mises en œuvre dans les meilleurs délais », et l'action envisagée était alors de «présenter une proposition de décision du Conseil remplaçant la convention Europol existante, afin d'améliorer son efficacité opérationnelle ».

⁴³⁹ COM(2006) 817 final, Proposition de décision du Conseil portant création de l'Office européen de police (Europol), 20 décembre 2006.

⁴⁴⁰ Décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 121, 15 mai 2009, p. 37 et s.

⁴⁴¹ La nouvelle liste des types d'infraction considérés comme forme grave de crimes reprend les formes de criminalité organisée et le terrorisme, mais ajoute aussi, entre autres, l'homicide volontaire, le vol organisé ou à main armée, l'escroquerie et le viol.

«joué le jeu», Europol n'a pas été capable de développer une analyse opératoire sur le terrorisme.

Si la montée en puissance d'Europol est le fruit de la volonté des Etats membres, elle est volontairement limitée par ces derniers. Ainsi, des protocoles et autres actes modificatifs de la Convention Europol visant à augmenter les mandats, compétences et pouvoirs de l'Office sont signés sur la scène, mais en coulisse c'est toujours le protectionnisme et le «chacun pour soi» qui sont largement pratiqués. Cela s'explique en partie par des divergences de culture policière évidentes entre les Etats qui amènent inéluctablement à des positions de compromis et cela se manifeste par des applications édulcorées de ce qui a été signé, c'est-à-dire, principalement, par la rétention d'information menée par les Etats membres.

Paragraphe 2 : Eurojust, un instrument *a minima*

Eurojust n'est pas un instrument destiné à devenir indépendant, il agira de toute façon sous l'égide du Conseil de l'Union européenne, c'est-à-dire sous celle des Etats membres. Eurojust, organe en remplacement d'un parquet européen, est l'exemple typique d'une grande ambition, qui peut être résumée dans le projet de *Corpus juris*, qui n'a pas reçu les moyens nécessaires pour devenir une réalité. Il est en cela un instrument européen *a minima*. Cela se traduit d'une part par sa composition, compétences et tâches telles que prévues dans la décision Eurojust et d'autre part, par l'adoption d'une nouvelle décision Eurojust seulement six ans après.

1. Composition, compétences et tâches d'Eurojust

Si Eurojust a effectivement favorisé l'émergence d'un «esprit d'équipe» entre les magistrats des Etats membres de l'Union européenne, sa mission se limite à aiguiller la coopération judiciaire pénale. Les autorités nationales sont réticentes à lui transmettre des demandes et ses membres n'exercent pas une véritable fonction d'enquête. Sur ce point, il convient de souligner que les activités d'Eurojust sont grandement limitées par le fait que l'étendue des pouvoirs de ses membres⁴⁴², qui sont les représentants des Etats membres auprès d'Eurojust,

⁴⁴² L'article 2 de la décision instituant Eurojust porte sur sa composition. Ces membres sont des procureurs, des magistrats ou des officiers de police.

est décidée par les Etats membres eux-mêmes⁴⁴³. Ainsi, non seulement certains membres ne jouissent pas des pouvoirs nécessaires afin d'accomplir leurs tâches, mais encore cela crée des disparités notables parmi les représentants.

Quant aux compétences d'Eurojust⁴⁴⁴, elles couvraient non seulement les types de criminalité et les infractions pour lesquels Europol avait compétence pour agir, mais aussi d'autres types de criminalité⁴⁴⁵. Cependant, le mandat d'Europol ayant été étendu à plusieurs reprises, les dernières «chasses gardées» d'Eurojust avaient été réduites à la lutte contre les infractions contre les intérêts financiers de la Communauté et la participation à une organisation criminelle⁴⁴⁶. Ces chasses gardées ont totalement disparues puisque la liste des compétences d'Eurojust est désormais calquée sur celle d'Europol telle que prévue à l'Annexe de la décision portant création de l'Office européen de police.

Enfin, les tâches d'Eurojust⁴⁴⁷ couvrent les enquêtes et les poursuites, qui touchent au moins deux Etats membres, relatives à la criminalité grave afin de promouvoir la coordination entre les autorités compétentes des différentes Etats membres et de faciliter la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale et l'exécution des demandes d'extradition. Eurojust est le pendant judiciaire d'Europol. A sa mise en place, Eurojust a immédiatement bénéficié de pouvoirs qu'Europol ne possède toujours pas et d'un mandat plus large que celui de ce dernier. En matière de pouvoirs, Eurojust peut demander aux autorités des Etats membres concernés d'entreprendre une enquête ou des poursuites et/ou de mettre en place une équipe commune d'enquête. Toutefois, ce pouvoir reste limité dans la mesure où les Etats membres ne sont pas tenus de répondre favorablement à cette demande. Ils doivent alors simplement faire part des motifs de leur refus à la condition que cela ne nuise pas à des intérêts nationaux essentiels, au bon déroulement d'enquêtes en cours ou à la sécurité d'une personne⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Article 9 de la décision Eurojust.

⁴⁴⁴ Telles que prévues à l'article 4 de la décision instituant Eurojust.

⁴⁴⁵ La criminalité informatique, les fraude-corruption et infractions contre les intérêts financiers de la Communauté, le blanchiment des produits du crime, la criminalité au détriment de l'environnement et, la participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune JAI/98/733.

⁴⁴⁶ La participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne.

⁴⁴⁷ Telles que fixées aux articles 5 et 6 de la décision instituant Eurojust.

⁴⁴⁸ Article 8 de la décision Eurojust.

2. L'adoption d'une nouvelle décision Eurojust

Eurojust semble «boudé» par les Etats membres dans la mesure où, malgré les nombreuses déclarations communes sur l'urgence d'améliorer la coopération judiciaire entre eux, ils ne se sont pas pressés de transposer la décision l'instituant. Dans son rapport sur la transposition juridique de la décision instituant Eurojust⁴⁴⁹, la Commission européenne concluait que l'état de mise en œuvre de la décision était loin d'être satisfaisante puisque, à l'expiration du délai de transposition, seul le Portugal avait adopté toute la législation nécessaire à son application. Elle ajoutait également qu' *«étant donné le rôle central d'Eurojust et son importance fondamentale dans la lutte contre le terrorisme et, plus généralement, dans la coopération en matière pénale, et au regard des diverses déclarations du Conseil européen et du Conseil, ce constat est décevant»*.

Comme pour Europol, un dernier développement concerne également Eurojust. En effet, un projet de décision du Conseil sur le renforcement d'Eurojust avait été présenté en janvier 2008⁴⁵⁰, soit seulement six ans après l'adoption de la décision qui a instituée Eurojust. Cette nouvelle décision, adoptée le 16 décembre 2008⁴⁵¹, est le témoin des limites d'Eurojust telles qu'identifiées entre autres par la Commission européenne dans son rapport sur la transposition de la décision instituant Eurojust. Contrairement à Europol où l'objectif était de changer l'instrument juridique initial de la convention en un instrument plus souple, celui pour Eurojust était de renforcer sa capacité opérationnelle et de créer un dispositif permanent de coordination afin de rendre Eurojust disponible en permanence et de lui permettre d'intervenir dans des situations d'urgence. Ainsi, pour ce qui est des deux critiques précédemment évoquées, un des points notables concerne les pouvoirs conférés au membre national par son Etat membre d'origine. Un nouvel article 9 bis a été ajouté, créant ainsi une base minimale commune de pouvoirs pour les membres nationaux. Cette question de la cohérence et de la compatibilité des pouvoirs conférés aux différents membres nationaux avait fait l'objet

⁴⁴⁹ Rapport de la Commission sur la transposition juridique de la décision du Conseil, du 28 février 2002, instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, 6 juillet 2004, SEC(2004)884.

⁴⁵⁰ Projet de décision du Conseil sur le renforcement d'Eurojust portant modification de la décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, telle que modifiée par la décision 2003/659/JAI du Conseil.

⁴⁵¹ Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 138, 4 juin 2009, p. 14 et s.

d'inquiétudes de la part de la Commission européenne dans son rapport sur la transposition juridique de la décision Eurojust⁴⁵².

Paragraphe 3 : Les rapports entre Europol et Eurojust, des rapports de complémentarité ?

A l'origine de la mise en place d'Eurojust, il y a la nécessité de porter la coopération judiciaire à un niveau comparable à celui de la coopération policière⁴⁵³, c'est-à-dire de contrebalancer l'existence d'Europol. Pourtant, une autre structure, le Réseau judiciaire européen, très similaire à Eurojust, existe déjà depuis le 29 juin 1998⁴⁵⁴. De plus, le texte de la décision Eurojust insiste à plusieurs reprises sur la nécessité d'une collaboration étroite avec Europol. Ainsi, le considérant 12 de la décision instituant Eurojust souligne que *«il convient de prévoir des dispositions assurant qu'Eurojust et l'Office européen de police (Europol) établissent et maintiennent une coopération étroite»* et, il est prévu à l'article 26 de la décision Eurojust que *«Eurojust établit et maintient une coopération étroite avec Europol, dans la mesure où celle-ci est nécessaire à l'accomplissement des tâches d'Eurojust et à la réalisation de ses objectifs, et compte tenu de la nécessité d'éviter les doubles emplois inutiles»*. Enfin, le champ de compétence générale d'Eurojust est devenu identique à celui d'Europol. Ainsi, la «soudaine» nécessité de contrebalancer Europol avec une structure qui aurait le même champ de compétence et dont l'un des buts est de collaborer étroitement avec Europol, alors même qu'une structure de ce type existe déjà, représente autant d'éléments qui amènent à penser qu'Eurojust ne serait tout simplement que le «prolongement» d'Europol.

⁴⁵² Rapport de la Commission sur la transposition juridique de la décision du Conseil, *op. cit.* La Commission exprimait ses inquiétudes sur *«une disparité excessive ou un manque de cohérence entre les pouvoirs conférés aux différents membres nationaux pourraient nuire à l'efficacité et à la crédibilité d'Eurojust et entraver sa coopération avec les autorités nationales»*.

⁴⁵³ Programme d'action relatif à la criminalité organisée, adopté par le Conseil le 28 avril 1997, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 251, 15 août 1997, p. 1 et s.

⁴⁵⁴ Action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil, sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen. Le Réseau judiciaire européen a pour but d'améliorer sur le plan juridique et pratique l'entraide judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne, notamment pour lutter contre les formes graves de criminalité (criminalité organisée, corruption, trafic de drogue, terrorisme. Le Réseau judiciaire européen facilite l'établissement de contacts appropriés entre les points de contact des différents Etats membres, organise des réunions périodiques des représentants des Etats membres et, fournit en permanence un certain nombre d'informations de base à jour.

C'est principalement le rapport de concurrence, plus que de complémentarité, entre Eurojust et le Réseau judiciaire européen⁴⁵⁵, qui amène à penser qu'Eurojust a été créé «pour» Europol. En effet, alors que la Convention Europol a été modifiée à plusieurs reprises et que sa base juridique même vient d'être changée afin que l'Office européen de police puisse répondre aux défis de la sécurité européenne, il n'en a pas été de même avec le Réseau. Pourquoi une autre structure dont l'objectif est aussi de renforcer l'entraide judiciaire pénale a été créée alors qu'il aurait été peut-être plus aisé d'adapter l'action commune portant création du Réseau judiciaire européen ?

L'adaptation de l'Action commune portant création du Réseau judiciaire européen n'a été envisagée et réalisée que très récemment⁴⁵⁶. Il s'agissait, comme pour Europol et d'une façon générale, de renforcer le rôle du Réseau par le remplacement de l'instrument de l'action commune par une décision fondée sur l'article 34 du Traité sur l'Union européenne et par la clarification des relations avec Eurojust. Ce besoin de clarification, par ailleurs, apparaît souvent⁴⁵⁷ et a même été repris par Eurojust qui reconnaît le chevauchement entre leurs objectifs respectifs et que ce chevauchement est source de confusion quant à leurs rôles et à la manière dont ils doivent coopérer. C'est à ce titre qu'Eurojust plaide alors pour «une fusion des deux entités en une entité unique» ce qui exigerait une «intégration du RJE au sein d'Eurojust, en ce sens que l'on fusionnerait les fonctions d'Eurojust et du RJE en tenant compte de la nécessité de conserver un certain nombre de points de contact/coordonateurs, RJE, qui seraient néanmoins placés sous la houlette d'Eurojust»⁴⁵⁸. A la lecture de la «dernière» décision Eurojust et de la décision concernant le Réseau judiciaire européen, il apparaît, selon la première, que la fusion ait été amorcée⁴⁵⁹ et, selon la seconde, que le Réseau soit amené à devenir un instrument au «service» d'Eurojust⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ Pour une étude sur ce sujet : BRAMMERTZ S. et BERTHELET P., *Eurojust et le réseau judiciaire européen : concurrence ou complémentarité ?*, Revue de droit pénal et de criminologie, 2002, Tome I, p. 389 s.

⁴⁵⁶ Projet de décision du Conseil concernant le Réseau judiciaire européen du 7 janvier 2008 et Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 348, 24 décembre 2008, p. 1 et s.

⁴⁵⁷ Voir à titre d'exemple le questionnaire sur l'évaluation des outils de coopération judiciaire en matière pénale, 19 juin 2008, dans lequel la question suivante est posée : «Avez-vous eu recours à un point de contact du RJE ou à Eurojust pour entrer en relation avec les autorités étrangères ?» Ce qui signifie, au mieux, que le Réseau et Eurojust ont des compétences analogues et, au pire, qu'elles sont concurrentes.

⁴⁵⁸ Contribution initiale d'Eurojust à la communication de la Commission européenne sur l'avenir d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen, 20 septembre 2007.

⁴⁵⁹ En vertu de l'article 25 bis, b, de la «nouvelle» décision Eurojust : «le secrétariat du Réseau judiciaire européen fait partie du personnel d'Eurojust. Il forme une unité distincte. Il peut bénéficier des ressources administratives d'Eurojust qui sont nécessaires à l'accomplissement des tâches du Réseau judiciaire européen, y compris le financement des frais exposés à l'occasion des assemblées plénières du réseau. »

⁴⁶⁰ Selon l'article 10, a, de la décision concernant le Réseau judiciaire européen :

Section 2 : Contrôles exercés sur les activités d'Europol et d'Eurojust et échanges de données: deux préoccupations

En ce qui concerne les activités menées par l'Office de police et l'Unité de coopération judiciaire, deux aspects s'avèrent être très préoccupants : les contrôles exercés sur ces activités dont les faiblesses et lacunes n'ont toujours pas été corrigées et, les accords passés sur les échanges de données, en particulier pour les données à caractère personnel.

Sous-section 1 : Faiblesses et lacunes des contrôles des activités d'Europol et d'Eurojust

Europol et Eurojust sont, en théorie, soumis à deux formes de contrôle : un contrôle «interne» prévu dans leurs actes constitutifs et un contrôle démocratique. Alors que le premier a été volontairement rendu «édulcoré» lors des adoptions de la Convention Europol et de la décision Eurojust, le second est lacunaire.

Paragraphe 1 : Les faibles procédures de contrôle prévues par la Convention Europol et la décision Eurojust

Le contrôle exercé sur les activités menées par Europol, tel que prévu par la Convention Europol, consiste en une véritable nébuleuse d'organes : une autorité de contrôle nationale et une autre commune, un conseil d'administration et des dispositions relatives à l'établissement de rapports pour ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel⁴⁶¹. Ainsi, l'article 23 de la Convention dispose que chaque Etat membre désigne une autorité de contrôle nationale, chargée de contrôler, dans le respect du droit national, que l'introduction, la consultation ainsi que la transmission à Europol de données à caractère personnel sont licites et de s'assurer que les droits des personnes n'en sont pas lésés. L'article 24 précise qu'il est institué une autorité de contrôle commune indépendante, composée de représentants de

«Le Réseau judiciaire européen met à la disposition d'Eurojust les informations centralisées visées à l'article 7 et l'accès aux télécommunications sécurisées établi en vertu de l'article 9. »

⁴⁶¹ Article 16 de la Convention Europol : «*En moyenne, Europol établit des rapports pour au moins une demande sur dix - et pour chaque demande faite dans le cadre du système d'informations prévu à l'article 7 - concernant des données à caractère personnel aux fins d'en contrôler le caractère licite. Les données contenues dans les rapports ne peuvent être utilisées qu'à cette fin par Europol et par les autorités de contrôle visées aux*

chacune des autorités de contrôle nationales et chargée de s'assurer qu'Europol respecte les dispositions de la convention sur la protection des données. Enfin, l'article 28 de la Convention Europol énumère les tâches du conseil d'administration⁴⁶².

Théoriquement doté par la Convention Europol de pouvoirs importants, le conseil d'administration ne peut les exercer efficacement en raison de son trop grand nombre de membres et d'une présidence tournante. Il ne parvient pas à définir une ligne d'action cohérente. Une autorité de contrôle indépendante, composée de représentants de chacune des autorités de contrôle nationales chargées de la protection des données personnelles, s'assure du respect par Europol des dispositions de la Convention sur la protection des données. Malheureusement, cette autorité souffre de trois faiblesses importantes. En premier lieu, son champ de compétence est limité à la protection des données. En deuxième lieu, l'Autorité est financée directement par Europol. Enfin, les administrations nationales et Europol ont tendance à développer des relations en dehors du cadre de la Convention. Ainsi, les services nationaux s'adressent parfois directement à Europol pour échanger des informations sans passer par l'intermédiaire des unités nationales auprès d'Europol. L'autorité de contrôle commune est ainsi contournée et très souvent mise devant le fait accompli.

La Commission européenne, dans sa communication sur l'exercice d'un contrôle démocratique sur Europol⁴⁶³, arrivait à la conclusion que *«on peut donc dire que dans le domaine particulier de la protection des données, et par la surveillance qu'assure le conseil d'administration, les contrôles exercés sur Europol sont, sinon plus étendus, du moins comparables aux contrôles auxquels sont soumis les services de police nationaux dans les Etats membres»*. S. Douglas-Scott estime que la Commission en est arrivée à cette conclusion de façon *smugly*, c'est-à-dire avec une certaine suffisance, car selon lui ces contrôles ont démontré de ne pas être suffisamment efficaces dans la mesure où le Parlement européen,

articles 23 et 24 et sont effacées au bout de six mois à moins qu'elles ne soient nécessaires pour un contrôle en cours. Le conseil d'administration règle les détails après avoir entendu l'autorité de contrôle commune. »

⁴⁶² Parmi les vingt-trois points dédiés tâches du conseil d'administration, les points suivants peuvent être relevés : adopter le rapport annuel sur les activités d'Europol durant l'année écoulée; adopter un rapport prévisionnel sur les activités d'Europol qui tient compte des besoins opérationnels des Etats membres et des incidences sur le budget et les effectifs d'Europol; assurer la préparation des règles d'application sur les fichiers; approuver les instructions de création de fichiers; participer à la nomination et à la révocation du directeur et des directeurs adjoints; participer à l'établissement du budget; adopter le plan financier quinquennal; nommer le contrôleur financier et surveiller sa gestion; participer à la modification éventuelle de la convention; statuer sur les litiges entre un Etat membre et Europol ou entre Etats membres concernant les indemnités effectuées au titre de la responsabilité du fait d'un traitement illicite ou incorrect.

l'autorité de contrôle nationale et l'autorité de contrôle commune font tous les trois face à des difficultés pour obtenir des documents d'Europol⁴⁶⁴.

En ce qui concerne Eurojust et les moyens de contrôle prévus dans la décision qui l'institue, le dispositif est similaire à celui d'Europol. L'article 23 de la décision Eurojust crée un organe de contrôle commun dont la fonction est de contrôler les activités d'Eurojust pour ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel⁴⁶⁵. De plus, en vertu de l'article 32, point 1, le collège d'Eurojust doit élaborer chaque année un rapport annuel sur ses activités et sur les problèmes de politique criminelle au sein de l'Union tels mis en évidence par les activités d'Eurojust.

Bien que ces faiblesses soient parfaitement connues, tant la décision portant création d'Europol, adoptée en avril 2009, que la «nouvelle» décision sur Eurojust, adoptée décembre 2008, n'ont pas renforcé les dispositifs «internes» de contrôle. Seule amélioration notable : les dispositions relatives à la protection des données qui doivent toutefois être largement nuancées au vu des accords passés sur leur échange.

Bien qu'il soit évident que la question du contrôle des activités de l'Office européen de police prévaut par rapport à celle des activités d'Eurojust compte tenu de la nature des activités de police, il n'en demeure pas moins que ce qui est prévu dans la décision Eurojust reste insuffisant, ce qui est encore davantage le cas en matière de contrôle démocratique.

Paragraphe 2 : Le très lacunaire contrôle démocratique des activités d'Europol et d'Eurojust

Le plus inquiétant en matière de contrôle des activités d'Europol et d'Eurojust réside en l'absence presque totale de contact direct avec le Parlement européen.

⁴⁶³ Communication de la Commission intitulée *Exercice d'un contrôle démocratique sur Europol* du 26 février 2002, COM(2002) 95 final.

⁴⁶⁴ DOUGLAS-SCOTT S., *The rule of law in the European Union – putting the security into the' area of freedom, security and justice'*, *European Law Review*, 2004, v. 29, p. 235.

⁴⁶⁵ L'article 23, point 1, paragraphe 1, dispose : «*Il est créé un organe de contrôle commun indépendant qui contrôle, de manière collégiale, les activités d'Eurojust visées aux articles 14 à 22 afin d'assurer que les données à caractère personnel sont traitées dans le respect de la présente décision. Afin d'accomplir ces tâches, l'organe de contrôle commun est habilité à accéder sans réserves à tous les fichiers dans lesquels ces données à caractère personnel sont traitées. Eurojust fournit à l'organe de contrôle commun toutes les informations contenues dans les fichiers qu'il demande et l'assiste dans l'exécution de ses tâches par tous les autres moyens* ».

La Convention Europol prévoit à l'article 34 une procédure d'information au Parlement européen. Il revient à la présidence du Conseil en exercice d'adresser chaque année au Parlement un rapport spécial sur les travaux menés par Europol. Or, ce rapport spécial étant à l'origine le rapport général sur les activités d'Europol durant l'année écoulée tel qu'adopté par le conseil d'administration d'Europol, le rapport transmis au Parlement n'est donc pas nécessairement le même que celui initialement rédigé. La Commission européenne qualifiait certes cette forme de contrôle de «*plus ou moins indirecte*» mais le justifiait par le fait que cela «*vaut également pour les contrôles qui sont exercés sur les services de police dans la plupart des Etats membres*»⁴⁶⁶. Elle reconnaissait de plus que «*le contrôle est morcelé puisqu'il est partagé entre les quinze parlements nationaux et le Parlement européen*».

Ainsi, selon S. Douglas-Scott, le contrôle des activités d'Europol est davantage exercé par le conseil d'administration d'Europol et les gouvernements nationaux, alors qu'il devrait être entre les mains «plus démocratiques» des parlements nationaux et du Parlement européen⁴⁶⁷.

Eurojust se trouve encore une fois dans la même situation qu'Europol : la décision Eurojust ne prévoit aucun contact direct avec le Parlement européen. De façon identique et malgré la demande expresse du Parlement, lors de la négociation de la décision instituant Eurojust, sur la nécessité d'être tenu informé au même niveau et avec les mêmes instruments que le Conseil⁴⁶⁸, il revient là aussi à la présidence du Conseil d'adresser un rapport au Parlement sur les travaux menés par Eurojust⁴⁶⁹.

Pour revenir sur les derniers développements concernant Europol et Eurojust, ni la décision du Conseil instituant l'Office européen de police, ni celle sur le renforcement d'Eurojust ne changent ce constat, voire au contraire.

⁴⁶⁶ Communication de la Commission intitulée *Exercice d'un contrôle démocratique sur Europol*, *op. cit.*

⁴⁶⁷ DOUGLAS-SCOTT S., *The rule of law in the European Union – putting the security into the 'area of freedom, security and justice'*, *op. cit.*, p. 236. L'auteur écrit en effet que «*Therefore, control of Europol, such as it exists, tends to be indirectly through the MB [Management Board] to national governments rather than through the more democratic national parliaments or the European Parliament. It is the Council of Ministers and MB that take important decisions concerning Europol*».

⁴⁶⁸ Rapport du Parlement européen sur le projet de décision du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité organisée, document A5-0398/2001 du 14 novembre 2001.

⁴⁶⁹ Article 32 de la décision Eurojust. Le point 1 prévoit que «*le président, au nom du collège, rend compte au Conseil, par écrit et tous les ans, des activités et de la gestion, y compris budgétaire, d'Eurojust*» et le point 2 dispose que «*la présidence du Conseil adresse chaque année au Parlement européen un rapport sur les travaux menés par Eurojust ainsi que sur les activités de l'organe de contrôle commun.* »

En effet, la transformation du cadre juridique d'Europol a pour conséquence directe de faire d'Europol une agence communautaire qui est financée par le budget communautaire et son personnel relève alors du Statut du personnel de la Communauté. Ainsi, le Parlement européen, en raison de sa position dans la procédure budgétaire, a un rôle plus «actif» vis-à-vis d'Europol⁴⁷⁰. Cependant et parallèlement à cela, la communautarisation d'Europol a aussi pour conséquence de réduire à néant le rôle, déjà très mince, des parlements nationaux puisqu'ils se voient privés du droit d'autoriser ou non toute modification apportée à la Convention Europol, sans pour autant se voir reconnaître le moindre rôle dans le contrôle de l'activité de l'Office⁴⁷¹. Ainsi, les gouvernements peuvent désormais, d'un commun accord, modifier le mandat ou renforcer les pouvoirs d'Europol, sans qu'ils leur soient nécessaire de recueillir l'accord ni des parlements nationaux ni du Parlement européen. Cette situation contraste grandement avec les «nouvelles» activités opérationnelles de l'Office.

Quant à la décision du Conseil sur le renforcement d'Eurojust, elle n'a pas prévu de modification substantielle de l'article 32 de la décision relatif à l'information du Parlement européen⁴⁷². Seul le traitement des données à caractère personnel fait l'objet d'un renforcement des procédures de contrôle, renforcement qui comme cela a été évoqué précédemment, doit être largement nuancé.

Sous-section 2 : Foison d'accords sur l'échange de données dans le cadre de la lutte contre le terrorisme

La lutte contre le terrorisme a donné naissance à de nombreux accords : des accords de coopération intra-organes européens ainsi que des accords de coopérations entre ces organes et des pays hors Union européenne. Ces accords vont principalement porter sur un domaine

⁴⁷⁰ Non seulement le Parlement pourra exercer un droit de regard sur Europol en sa qualité d'autorité budgétaire, mais il pourra également entendre le directeur et le président du conseil d'administration de l'Office. Il devrait également être consulté sur l'élaboration des priorités opérationnelles d'Europol.

⁴⁷¹ Voir l'article de PEERS S., *Europol : The Final Step In The Creation Of An "Investigate And Operational" European Police Force*, Statewatch Analysis, janvier 2007. Cet article est disponible à l'adresse suivante: <http://www.statewatch.org/news/2007/jan/europol-analysis.pdf>

⁴⁷² Seules légères modifications apportées, l'article 32 a été renommé «Information du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne et, un paragraphe 3 a été inséré : «*La Commission européenne ou le Conseil peuvent demander l'avis d'Eurojust sur tous les projets d'instruments établis en vertu du titre VI du traité UE.* »

qui est sujet à de nombreuses inquiétudes et polémiques : l'échange de données à caractère personnel.

Paragraphe 1 : Les accords d'Eurojust avec Europol et les Etats-Unis dans le cadre de la lutte transfrontalière

L'Accord entre Eurojust et Europol⁴⁷³, signé le 9 juin 2004, vise à renforcer leurs relations afin d'améliorer l'efficacité de la lutte contre la criminalité transnationale à l'échelle de l'Union européenne en permettant un échange informations, y compris celles comprenant des données à caractère personnel. Il répond aux observations formulées par le Conseil à la suite des attentats de Madrid, de mars 2004, et ceux de Londres, de juillet 2005, dans le but de les voir collaborer étroitement dans la lutte contre le terrorisme. Cet Accord, qui a fait l'objet de longues et laborieuses négociations entre les deux organes durant près de dix-huit mois, vise en outre à «éviter les doubles emplois inutiles».

Le texte de l'Accord contient des dispositions générales relatives à la coopération entre les deux organes, ainsi que des dispositions spécifiques sur l'échange et le traitement des informations, y compris de données à caractère personnel. Ce document prévoit notamment qu'Eurojust peut demander des informations à l'Office européen de police et, le cas échéant, l'ouverture d'un fichier de travail temporaire permettant l'analyse des données rassemblées à propos d'un type particulier de criminalité. Il revient cependant toujours à Europol de déterminer la disponibilité des informations éventuellement communiquées pour les autorités judiciaires en fonction des règles de fonctionnement de l'office.

Un accord de coopération entre Eurojust et les Etats-Unis a également été signé. Après plus d'un an de négociations, le Conseil de l'Union européenne a approuvé, le 23 octobre 2006, l'Accord de coopération judiciaire conclu entre Eurojust et les Etats-Unis⁴⁷⁴. Son objectif est de faciliter la coopération, la coordination et l'échange d'informations entre les procureurs européens et américains dans le cadre des affaires relatives au terrorisme et à la criminalité

⁴⁷³ Accord non publié au Journal officiel. L'accord est consultable sur Internet à l'adresse suivante :

<http://www.ue.espacejudiciaire.net/docs/221.PDF>

⁴⁷⁴ L'Accord a été signé entre les Parties le 6 novembre 2006. Il n'a pas été publié au Journal officiel. Voir le document du Conseil de l'Union européenne, SN 3680/1/06 REV 1 LIMITE du 7 septembre 2006, ainsi que le site Web d'Eurojust :

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/061106_EJ-US_co-operation_agreement.pdf

transfrontalière. Cet Accord vise à renforcer les échanges d'informations, y compris la transmission de données à caractère personnel.

L'autorité de contrôle commune d'Eurojust, bien qu'ayant rendu en août 2006 un avis favorable pour la conclusion de cet accord du point de vue de la protection des données personnelles, avait toutefois formulé une réserve. Elle avait, en effet, estimé que la liberté d'utiliser les preuves ou les informations obtenues dans le cadre de cet accord à toute fin, lorsque ces informations ou ces preuves ont été rendues publiques, devait être limitée à la seule hypothèse où cette publicité a été faite de manière légale. Or, cette réserve n'a pas été prise en compte lors des négociations et n'apparaît pas dans le texte de l'Accord tel qu'approuvé.

De plus, il est à souligner que l'Accord ne contient aucune référence aux principes fondamentaux, ni dans le corps du texte, ni même dans son préambule, contrairement aux précédents accords conclus entre Eurojust et des pays tiers. Il ne contient pas non plus de clause de dérogation, contrairement à l'accord conclu en 2003 entre l'Union européenne et les Etats-Unis en matière d'entraide judiciaire, qui prévoyait qu'un Etat peut refuser de donner suite à une demande d'entraide en invoquant les principes de son droit interne, y compris lorsque l'exécution de la demande porterait atteinte à sa souveraineté, sa sécurité, son ordre public ou d'autres intérêts essentiels.

Enfin, comme cela est malheureusement trop souvent le cas, les Parlements nationaux des Etats membres ont été consultés très tardivement dans le processus d'adoption du texte. Ainsi, pour ne citer que l'exemple français, le Sénat a été saisi le 25 septembre 2006 du projet d'accord et, même si des préoccupations ont été exprimées et auraient mérité, *«au regard de l'importance de ces questions, qui touchent directement aux droits fondamentaux»*, le dépôt d'une proposition de résolution, cela n'était pas possible, *«compte tenu de contraintes de délai (...)»*, puisque, comme il a été justement précisé, *«cet accord doit être conclu la semaine prochaine et la commission des Lois ne sera pas à même de se prononcer dans un délai aussi court»*⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Sénat français, Justice et affaires intérieures, Eurojust : accord de coopération entre Eurojust et les Etats-Unis d'Amérique, intervention de M. Bernard Frimat sur le projet d'accord de coopération entre Eurojust et les Etats-Unis d'Amérique, Texte E 3242, réunion du 17 octobre 2006.

Paragraphe 2 : L'accord entre Europol et les Etats-Unis sur l'échange de données dans le cadre de la lutte contre le terrorisme

Europol est devenu au fil des années, avec une accélération causée par les attentats du 11 septembre 2001, le gestionnaire d'importantes bases de données. Sous couvert de n'être qu'une «boîte» qui traite des informations, l'autorisation de stocker des données à caractère personnel va être donnée à Europol dès le début alors même que son prédécesseur, l'Unité «Drogues», n'avait pas obtenu une telle autorisation. Les deux principaux outils d'Europol sont le système informatisé de recueil d'informations⁴⁷⁶, alimenté par les Etats membres et Europol, ainsi que les fichiers d'analyse thématiques dédiés aux activités d'organisations criminelles ou des filières d'immigration clandestines. Europol procède à de nombreuses inscriptions dans ces fichiers de police, qui peuvent avoir un impact direct sur le droit des personnes. En effet, les données concernent les personnes soupçonnées d'avoir commis ou qui ont été condamnées pour une infraction selon le droit national d'un Etat membre, ou d'avoir participé à une infraction relevant de la compétence d'Europol. Le système vise également les données concernant les personnes pour lesquelles certains faits graves justifient, au regard du droit national, la présomption qu'elles commettront des infractions relevant de la compétence d'Europol. L'inscription dans les fichiers d'Europol se fait alors en partie sur base de l'existence de «soupçons» et de «présomptions». Sous couvert de soutien technique, Europol et les Etats membres mettent en place des fichiers préfigurant de possibles fichiers d'analyse, sans recourir à la procédure prévue par la Convention pour la création de tels fichiers. Cette pratique est désignée dans le jargon européen par l'expression *Member States Operational Projects With Europol Support*⁴⁷⁷.

C'est dans le contexte «bouillonnant» des attentats terroristes de septembre 2001 que les Etats-Unis réclamèrent à l'Union européenne une coopération étroite avec Europol. Il a alors été décidé, d'une part, de mettre en place une coopération informelle dans l'urgence, et, d'autre part, de préparer la conclusion d'un accord formel de coopération. Cet accord formel de coopération a été décomposé en deux textes: un premier texte qui autorisait la transmission des données non personnelles et un second texte régissait la transmission des données liées à

⁴⁷⁶ Il repose sur trois types de fichiers : le système d'informations générales, les fichiers d'analyse et le fichier index.

⁴⁷⁷ Qui pourrait être traduit par «organisation mutuelle de fichiers d'analyse entre le système central d'Europol et les autorités nationales ».

un individu identifié ou à des individus identifiables, c'est-à-dire des données à caractère personnel.

Sur base de la décision du Conseil du 27 mars 2000⁴⁷⁸ qui autorise le directeur d'Europol à engager des négociations concernant des accords avec des États tiers et des instances non liées à l'Union européenne, des négociations ont été entreprises en vue de la conclusion d'un accord entre les États-Unis et Europol sur la transmission de données à caractère personnel de ce dernier vers ce premier. La matière étant particulièrement sensible, un accord partiel a dans un premier temps été signé entre le directeur d'Europol et les États-Unis le 6 décembre 2001 afin de permettre l'échange de données sur la criminalité entre l'Office et l'Administration américaine⁴⁷⁹; les informations portent notamment sur le terrorisme. Cet accord ne visait pas à transmettre des données à caractère personnel mais à échanger des meilleures pratiques, des données sur l'évolution de la criminalité et des programmes communs de formation. Cette exclusion s'explique en partie par le fait que l'article 18 de la Convention Europol prévoit qu'Europol peut transmettre des données à caractère personnel conservées par ses services à des États tiers à la condition que certaines garanties soient bien observées, comme l'existence d'un niveau adéquat de protection des données au sein de l'État destinataire de la transmission. L'exclusion de l'échange de données à caractère personnel dans le texte de ce premier accord, est bien la preuve d'une déficience en termes de garanties telles que prévues dans la Convention Europol. De plus, des Parlements des quelques États membres avaient formulé de sérieuses critiques et réserves⁴⁸⁰ qui n'ont, non seulement pas été prises en compte, mais encore, qui n'ont pas entravé l'adoption de l'accord entre Europol et les États-Unis sur la transmission de données à caractère personnel.

Le 20 décembre 2002, l'accord entre Europol et les États-Unis relatif à l'échange de données à caractère personnel est signé lors du Conseil européen de Copenhague. Ce second accord soulève un grand nombre d'interrogations quant à la façon dont il a été négocié et adopté. Conformément à la décision du Conseil du 27 mars 2000, c'est l'Office européen de police qui a directement négocié avec les autorités américaines, le rôle du Conseil des ministres

⁴⁷⁸ Décision du Conseil du 27 mars 2000 autorisant le directeur d'Europol à engager des négociations concernant des accords avec des États tiers et des instances non liées à l'Union européenne, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 106, 13 avril 2000, p. 1 et s.

⁴⁷⁹ Cet accord a été signé malgré l'avis négatif de l'autorité de contrôle commune d'Europol qui a estimé qu'il n'existait pas de base juridique pour un tel accord dans la Convention Europol.

⁴⁸⁰ Pour un résumé de ces critiques, vois l'article de PEERS S., *The Exchange of Personal Data Between Europol and the USA*, analyse Statewatch numéro 15 consultable sur Internet à l'adresse suivante :

européens pour la Justice et les affaires intérieures se limitant à donner son accord pour le commencement des négociations et à approuver le résultat. S'ajoute à cela le fait qu'aucun document, ni même l'accord final, n'a été rendu public. Enfin, comme le permet la Convention Europol, le Parlement européen n'a été qu'informé et les avis formulés par les Parlements nationaux n'apparaissent nulle part. Enfin, et non des moindres dans la mesure où il s'agit d'un texte dont les conséquences en termes de respect de droits fondamentaux sont importantes, la Cour de justice des Communautés européennes n'a aucune compétence pour statuer sur la validité de tels accords, ni le pouvoir de les interpréter.

Des observations de l'autorité de contrôle commune ont été formulées, même si un avis favorable *in fine* a été émis, et des précisions ont donc été apportées au texte de l'accord. Cependant, aucune garantie n'a été fournie ni en matière de durée de conservation des données, ni en ce qui concerne le contrôle par une autorité indépendante. Face à ces incertitudes, l'engagement pris de procéder à une évaluation conjointe dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur de l'accord constitue une garantie bien fragile.

Une brève étude de deux des nombreux acteurs du troisième Pilier dans le cadre de la lutte contre le terrorisme amène à trois constats inquiétants pour le respect des droits et des libertés fondamentales : l'acteur policier est sans aucun doute privilégié par rapport à l'acteur judiciaire, ces deux acteurs ne sont pas soumis à des procédures de contrôle satisfaisantes et, les accords qu'ils passent, entre autres, avec des Etats et des organisations tiers sur l'échange de données à caractère personnel, sont porteurs d'un risque considérable de traitements non autorisés et incorrects des données.

Chapitre II :

Les acteurs du deuxième Pilier dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : «bras armé» de l'Organisation des Nations unies

Comme en témoigne le large éventail de mesures de lutte contre le terrorisme précédemment présentées, celles-ci ont été principalement conçues au sein du troisième Pilier. Toutefois, la menace terroriste s'étant mondialisée et sa réponse devant par conséquent être «globale», c'est-à-dire trans-Piliers, des initiatives ont également été prises au sein du deuxième Pilier, le Pilier «politique étrangère et de sécurité commune».

C'est dans le Traité de Maastricht que les Etats membres ont pour la première fois inscrit l'objectif d'une «politique étrangère commune», donnant ainsi à l'Union européenne en tant que telle la possibilité de faire entendre sa voix sur la scène internationale. Le deuxième Pilier, tel que régi par le Titre V du Traité sur l'Union européenne, comporte donc une composante «politique étrangère», la «politique étrangère de sécurité commune» (ci-après PESC), complétée par une composante plus spécifique de «politique de sécurité», la politique européenne de sécurité et de défense» (ci-après PESD).

Bien que le Titre V du Traité sur l'Union européenne ne mentionne pas expressément le terrorisme, une lecture interprétative de l'article 11 a permis de justifier l'implication de la PESC dans la lutte contre le terrorisme⁴⁸¹. Il est alors déclaré que la PESC, y compris la PESD, joue un rôle important pour contrer la menace terroriste, pour le maintien de la sécurité, de la paix et de la stabilité.

La politique étrangère et de sécurité commune étant la porte d'accès à une coopération entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union européenne, le deuxième Pilier, de part les actions engagées et les mesures adoptées, va devenir le «bras armé» européen des mesures onusiennes, voire américaines, de lutte contre le terrorisme.

⁴⁸¹ En effet, l'article 11 du Traité sur l'Union européenne dispose que les objectifs de la politique étrangère et de sécurité commune sont : «la sauvegarde des valeurs communes, des intérêts fondamentaux et de l'indépendance et de l'intégrité de l'Union conformément aux principes de la charte des Nations unies; le renforcement de la sécurité de l'Union sous toutes ses formes; le maintien de la paix et le renforcement de la sécurité internationale, conformément aux principes de la charte des Nations unies, ainsi qu'aux principes de l'acte final de Helsinki et aux objectifs de la charte de Paris, y compris ceux relatifs aux frontières extérieures; la promotion de la coopération internationale; le développement et le renforcement de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi que le respect de droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Section 1 : Les acteurs du deuxième Pilier dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : un acteur «global» contre un acteur «inexistant»

Les attentats du 11 septembre 2001 ont conduit l'Union européenne à intégrer la lutte contre le terrorisme dans son champ d'action et bien que la réflexion se soit surtout concentrée sur la coopération en matière de police et de justice, c'est-à-dire le troisième Pilier, elle devait également toucher le domaine de la PESC, PESD incluse. Cependant, les nombreuses mesures prises au sein du deuxième Pilier ont avant tout révélé une PESD inexistante.

Sous-section 1 : La PESD, acteur inexistant de la lutte contre le terrorisme

La PESD est un acteur marginal de la lutte européenne contre le terrorisme même si la menace terroriste a été réinterprétée en «menace de défense» et, le demeurera certainement malgré une réactualisation des missions de Petersberg qui sont «brandies» comme la justification, peu convaincante, de cette marginalité.

Paragraphe 1: La menace terroriste en tant que «menace de défense»

Les mentions de la PESD dans la stratégie de lutte contre le terrorisme apparaissent dès le lendemain des attentats du 11 septembre 2001. Ainsi, lors du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001⁴⁸², il est fait mention du rôle de la PESD: «*c'est en développant la Politique étrangère de Sécurité commune (PESC) et en rendant la Politique européenne de Sécurité et de Défense (PESD) opérationnelle au plus vite que l'Union sera la plus efficace*». S'appuyant sur ces Conclusions, le Conseil européen de Séville en juin 2002⁴⁸³ va plus loin en adoptant une "Déclaration sur la contribution de la PESC, y compris la PESD, à la lutte contre le terrorisme"⁴⁸⁴. Il s'en suit la Stratégie européenne de sécurité⁴⁸⁵ qui identifie le terrorisme

⁴⁸² Conclusions et Plan d'action du Conseil européen extraordinaire, Bruxelles, 21 septembre 2001.

⁴⁸³ Conclusions du Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002.

⁴⁸⁴ Voir l'Annexe V, «Projet de déclaration du Conseil européen sur la contribution de la PESC, y compris la PESC, à la lutte contre le terrorisme », dans laquelle il peut être lu, entre autres: «*Le Conseil européen se félicite des progrès accomplis depuis le 11 septembre pour ce qui est d'intégrer la lutte contre le terrorisme dans tous les aspects de la politique extérieure de l'Union. La lutte contre le terrorisme nécessite une approche globale, l'objectif étant de renforcer la coalition internationale et de prévenir ou de contenir les conflits régionaux. L'Union : renforce ses instruments pour la prévention à long terme des conflits; met l'accent, dans son dialogue*

comme une des principales menaces⁴⁸⁶. En novembre 2004, le Conseil adopte un «Cadre conceptuel sur la dimension PESD du terrorisme»⁴⁸⁷, qui identifie quatre domaines d'action: prévention, protection, gestion des conséquences et soutien aux Etats tiers. Par la suite, le Conseil adopte en décembre 2005 la Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme⁴⁸⁸ qui mentionne dans son volet «réaction» que *«sur le plan international, il est nécessaire d'apporter une assistance aux citoyens de l'UE dans les pays tiers, ainsi que de protéger et d'appuyer les moyens militaires et civils que l'UE met en œuvre dans le cadre d'opérations de gestion de crises»*.

L'intervention de l'acteur militaire dans la lutte contre le terrorisme serait justifiée par la nécessité de combattre des groupes terroristes transnationaux à l'intérieur⁴⁸⁹ et à l'extérieur⁴⁹⁰ de l'Union. Si le volet «sécurité intérieure» consiste davantage en une coopération entre les services de sécurité et les forces armées, le volet «sécurité extérieure» renvoie au concept de «guerre au terrorisme» tel que développé par les Etats-Unis en réaction aux attentats. Ainsi, *«la guerre s'est installée dans les réactions politiques, mais aussi dans la stratégie et les concepts juridiques dont les Etats-Unis se sont servis pour mener cette lutte contre le terrorisme international»*⁴⁹¹.

politique avec les pays tiers, sur la lutte contre le terrorisme, ainsi que sur la non-prolifération et la maîtrise des armements; fournit une assistance à des pays tiers afin qu'ils soient mieux à même de réagir efficacement à la menace internationale du terrorisme; fait figurer des clauses anti-terrorisme dans les accords qu'elle conclut avec les pays tiers ; réévalue ses relations avec les pays tiers en fonction de leur attitude envers le terrorisme et agit en conséquence; met en oeuvre des mesures spécifiques dans la lutte contre le terrorisme, conformément à la déclaration 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui a défini une série de mesures et de stratégies de tous ordres pour lutter contre le terrorisme, y compris des mesures financières. »

⁴⁸⁵ Stratégie européenne de sécurité, *Une Europe sûre dans un monde meilleur*, Bruxelles, 12 décembre 2003.

⁴⁸⁶ Elle précise également que *«pour faire face au terrorisme, il faut parfois combiner le recours au renseignement et à des moyens policiers, judiciaires, militaires et autres »*.

⁴⁸⁷ Conclusions du Conseil européen, Bruxelles, 16 et 17 décembre 2004.

⁴⁸⁸ Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme, Conseil Justice et affaires intérieures, Bruxelles, 1^{er} décembre 2005.

⁴⁸⁹ Selon le rapport de l'Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale, *La lutte contre le terrorisme international : aspects de défense*, document A/1900, 14 juin 2005, la mobilisation de moyens militaires dans la lutte contre le terrorisme à l'intérieur des frontières de l'Union européenne contribuerait à la protection des institutions démocratiques et des populations civiles, ainsi qu'à l'assistance à un Etat membre sur son territoire, à la demande de ses autorités publiques, en cas d'attentat terroriste.

⁴⁹⁰ Selon le rapport précité de l'Assemblée de l'UEO, les opérations militaires de lutte contre le terrorisme hors des frontières de l'Union européenne seraient de quatre types : les actions contre un Etat qui abrite le terrorisme ou y a recours, la coopération avec un Etat tiers dans sa lutte contre le terrorisme, l'intervention dans un Etat en déliquescence sur le territoire duquel des groupes terroristes sont établis ou l'élimination des armes de destruction massive d'un Etat qui se situe à la limite de la légalité internationale.

⁴⁹¹ ANDREANI G., *La guerre contre le terrorisme. Le piège des mots*, Annuaire Français de Relations Internationales, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 102.

Les mentions de la PESD dans de nombreux textes comme un des outils de lutte contre le terrorisme, dans la mesure où la menace terroriste serait devenue une «menace de défense»⁴⁹², ne doit pas occulter le fait qu'elle reste un outil «marginal» par rapport aux autres principalement développés dans le cadre du troisième Pilier. Cette marginalité qui, dans le contexte des attentats du 11 septembre 2001 s'est traduite par une inexistence, s'explique et se prolonge par une «soi-disant» inadaptation du cadre juridique, mais avant tout un réel manque de volonté politique.

Paragraphe 2: La réactualisation des missions de Petersberg

Bien que la PESD apparaisse dans la stratégie de lutte contre le terrorisme sur le papier, elle reste inexistante sur le terrain. L'impuissance militaire de l'Union européenne dans le conflit en Afghanistan en a largement témoigné et les justifications de nature juridique avancées sont inopérantes⁴⁹³. En effet, les «missions de Petersberg»⁴⁹⁴, c'est-à-dire les missions de gestion de crise que l'Union européenne doit être en mesure de mener dans le cadre de sa PESD et qui sont reprises à l'article 17, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne⁴⁹⁵, consistent en

⁴⁹² Pour des critiques des concepts de terrorisme en tant que «menace de défense» et de «guerre au terrorisme», se référer aux articles de HANON J. P., *Militaires et lutte antiterroriste*, Cultures et Conflits, numéro 56, 2004; CHOCQUET C., *Le terrorisme est-il une menace de défense?*, Cultures et Conflits, numéro 44, 2001.

⁴⁹³ Pour des justifications de nature politique, voir l'article de BENOIT L., *La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne*, Revue du droit de l'Union européenne, volume 2, 2002.

⁴⁹⁴ Les missions de Petersberg ont été définies dans la Déclaration de Petersberg, adoptée par le Conseil des ministres de l'Union de l'Europe Occidentale le 19 juin 1992, dans le cadre d'une redéfinition du rôle de l'organisation.

⁴⁹⁵ Article 17 du Traité sur l'Union européenne dispose:

1. *La politique étrangère et de sécurité commune inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire à une défense commune, si le Conseil européen en décide ainsi. Il recommande, dans ce cas, aux États membres d'adopter une décision dans ce sens conformément à leurs exigences constitutionnelles respectives.*

La politique de l'Union au sens du présent article n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense de certains États membres, elle respecte les obligations découlant du traité de l'Atlantique Nord pour certains États membres qui considèrent que leur défense commune est réalisée dans le cadre de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) et elle est compatible avec la politique commune de sécurité et de défense arrêtée dans ce cadre.

La définition progressive d'une politique de défense commune est étayée, dans la mesure où les États membres le jugent approprié, par une coopération entre eux en matière d'armements.

2. *Les questions visées au présent article incluent les missions humanitaires et d'évacuation, les missions de maintien de la paix et les missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les missions de rétablissement de la paix.*

3. *Les décisions ayant des implications dans le domaine de la défense dont il est question au présent article sont prises sans préjudice des politiques et des obligations visées au paragraphe 1, deuxième alinéa.*

4. *Le présent article ne fait pas obstacle au développement d'une coopération plus étroite entre deux ou plusieurs États membres au niveau bilatéral, dans le cadre de l'Union de l'Europe occidentale (UEO) et de l'OTAN, dans la mesure où cette coopération ne contrevient pas à celle qui est prévue au présent titre ni ne l'entrave.*

des missions humanitaires ou d'évacuation de ressortissants, des missions de maintien de la paix, des missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris des opérations de rétablissement de la paix⁴⁹⁶.

Suite aux attentats sur le territoire américain, des pressions ont été exercées pour que la lutte contre le terrorisme soit explicitement incluse dans l'énoncé des missions de Petersberg afin de donner à la PESD une base juridique pour asseoir une intervention militaire liée à une attaque terroriste. L'absence de l'acteur PESD au côté d'autres armées dans la «guerre au terrorisme» en Afghanistan s'expliquait alors par le manque de base juridique pour un déploiement militaire européen. Toutefois, les missions de Petersberg étant énoncées dans le Traité et leur modification nécessitant par conséquent une révision de celui-ci⁴⁹⁷, ce furent des solutions de compromis, comme celles présentées précédemment, qui ont été choisies. Ce choix amène une remarque et une conclusion.

Comme ce fut le cas pour la PESC dont l'article 11 du Traité ne mentionne pas spécifiquement le terrorisme, une même lecture interprétative de l'article 17 permet non seulement de justifier l'implication de la PESD dans la lutte contre le terrorisme mais encore, aurait permis le déploiement de forces militaires européennes en Afghanistan. Par ailleurs, les solutions de compromis évoquées ci-dessus soulignant que les moyens mis à la disposition de la PESC et de la PESD peuvent être utilisés pour combattre le terrorisme, sont ni plus ni moins que le fruit d'une lecture interprétative des articles 11 et 17 du Traité qui permettaient la mise en œuvre d'une opération militaire européenne. De plus, comme le souligne M. Ortega, *«le cadre juridique et politique actuel contient des indications sur les modalités et l'objectif du déploiement de cette force. Rien n'empêche une définition plus précise des missions dans une réforme future du Traité ou lors de l'élaboration d'un concept stratégique européen, mais, pour le moment, les principes directeurs de l'article 11.1 du TUE et le contenu de la PESC forment un cadre substantiel assez structuré pour l'utilisation de la*

5. En vue de promouvoir la réalisation des objectifs définis au présent article, les dispositions de celui-ci seront réexaminées conformément à l'article 48.

⁴⁹⁶ Il convient d'ajouter qu'un certain nombre de Conseils européens, comme ceux de Cologne, Helsinki, Feira et Nice, ont développé de façon très extensive la formulation de l'article 17 du Traité sur l'Union européenne.

⁴⁹⁷ A noter que le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 prévoit l'élargissement des missions actuelles de l'Union européenne en matière de défense. Ainsi, aux missions humanitaires et d'évacuation, de maintien de la paix, de combat pour la gestion des crises et de rétablissement de la paix, s'ajoutent les actions conjointes en matière de désarmement, les missions de conseil et d'assistance en matière militaire, les missions de prévention des conflits et les opérations de stabilisation après la fin des conflits. Il est, en outre, précisé que *«toutes ces missions peuvent contribuer à la lutte contre le terrorisme, y compris par le soutien apporté à des pays tiers pour combattre le terrorisme sur leur territoire»*.

force»⁴⁹⁸. Une conclusion s'impose alors : ce n'est pas par manque de base juridique adéquate que l'Union européenne n'est pas intervenue sur le terrain militaire en Afghanistan, mais bien pour des raisons politiques et de capacités logistiques.

Cependant, une autre explication à l'absence du recours à la PESD suite aux attentats du 11 septembre 2001 doit être mentionnée. En effet, une opération militaire menée par l'Union européenne se conçoit, comme de nombreux exemples en attestent⁴⁹⁹, dans un cadre onusien. Bien que l'article 17, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne ne fasse pas mention d'un lien entre les missions de Petersberg et le mandat du Conseil de sécurité des Nations unies, l'article 11 du Traité reprend la référence aux principes de la Charte des Nations unies et, étant donné qu'en vertu de l'article 17, paragraphe 1, la définition progressive d'une politique de défense commune est incluse dans la politique étrangère et de sécurité commune, il va de soi que la PESD est également soumise au respect des principes de la Charte. En d'autres termes, une action militaire européenne autonome, c'est-à-dire sans aval du Conseil de sécurité des Nations unies, semble difficilement envisageable. Cette position a même été validée par le Conseil européen d'Helsinki des 10 et 11 décembre 1999 en ces termes : *«l'Union reconnaît que le Conseil de sécurité des Nations unies est l'instance à laquelle il appartient en premier de veiller au maintien de la paix et de la sécurité internationales»*.

Or, dans le contexte des attentats terroristes de 2001, les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité ne mentionnaient pas le recours à une action militaire et, bien que les Etats-Unis aient mené l'opération «liberté immuable» en Afghanistan, une opération militaire européenne aurait pu être lancée par une décision PESC fondée sur l'article 17, paragraphe 2, du Traité, elle-même prenant appui sur une action commune PESC fondée sur l'article 14 du Traité⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ ORTEGA M., *L'intervention militaire et l'Union européenne*, Cahiers de Chaillot, numéro 45, mars 2001, p. 120 et 121.

⁴⁹⁹ Pour des détails sur le lien entre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies et les opérations militaires européennes en Macédoine et en République démocratique du Congo, CONCORDIA et ARTEMIS, se référer à l'article de BENOIT L., *Le lancement des premières opérations militaires de l'Union européenne – Quelques remarques sur l'affermissement de la PESD*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 477, avril 2004.

⁵⁰⁰ L'article 14, paragraphe 1, dispose que : *«Le Conseil arrête des actions communes. Celles-ci concernent certaines situations où une action opérationnelle de l'Union est jugée nécessaire. Elles fixent leurs objectifs, leur portée, les moyens à mettre à disposition de l'Union, les conditions relatives à leur mise en œuvre et, si nécessaire, leur durée.»*

La PESD, et en particulier ses prédécesseurs, s'est souvent heurtée aux réticences des Etats membres, soucieux de préserver leur souveraineté dans le domaine de la défense militaire. Les avancées ne se sont faites que sous le coup d'événements, elles ne sont que des «réactifs»⁵⁰¹. Toutefois et bien que la PESD soit devenue opérationnelle⁵⁰², force est de constater que les attentats terroristes de septembre 2001 n'ont pas provoqué une avancée : la PESD demeure un acteur marginal de la lutte contre le terrorisme.

Sous-section 2 : la PESC, acteur «global» de la lutte contre le terrorisme

Dans les Conclusions de la présidence du conseil européen de Séville, il est fait mention de la nécessité d'une approche «globale» dans la lutte contre le terrorisme afin de renforcer la coalition internationale et de prévenir ou de contenir les conflits régionaux⁵⁰³. Pour ce faire, différentes mesures, à mener dans le cadre du deuxième Pilier, sont énoncées dont la non-prolifération et la maîtrise des armements ainsi que l'accentuation de la lutte contre le terrorisme dans le dialogue entre l'Union européenne et les pays tiers.

Paragraphe 1 : Le contrôle des exportations d'armes et la lutte préventive contre le terrorisme

Le 10 décembre 2001, le Conseil des ministres des affaires étrangères de l'Union européenne décidait de lancer une «*initiative ciblée pour réagir efficacement à la menace terroriste internationale*». Le Conseil de l'Union établissait alors un lien direct entre menace terroriste et menace de prolifération des armes de destruction massive et de terreur. Suite à cette décision, une série de recommandations a été adoptée par le Conseil de l'Union, le 15 avril

⁵⁰¹ DUMOULIN A., *Vers une autonomisation de l'Europe en matière stratégique ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 499, juin 2006, p. 360.

⁵⁰² SOLANA J., *La politique européenne de sécurité et de défense (PESD) est devenue opérationnelle*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 457, avril 2002.

⁵⁰³ «Le Conseil européen se félicite des progrès accomplis depuis le 11 septembre pour ce qui est d'intégrer la lutte contre le terrorisme dans tous les aspects de la politique extérieure de l'Union. La lutte contre le terrorisme nécessite une approche globale, l'objectif étant de renforcer la coalition internationale et de prévenir ou de contenir les conflits régionaux. L'Union : renforce ses instruments pour la prévention à long terme des conflits, met l'accent, dans son dialogue politique avec les pays tiers, sur la lutte contre le terrorisme, ainsi que sur la non-prolifération et la maîtrise des armements, fournit une assistance à des pays tiers afin qu'ils soient mieux à même de réagir efficacement à la menace internationale du terrorisme, fait figurer des clauses anti-terrorisme dans les accords qu'elle conclut avec les pays tiers, réévalue ses relations avec les pays tiers en fonction de leur attitude envers le terrorisme et agit en conséquence, met en œuvre des mesures spécifiques dans la lutte contre le terrorisme, conformément à la déclaration 1373 du Conseil de sécurité des Nations unies, qui a défini une série de mesures et de stratégies de tous ordres pour lutter contre le terrorisme, y compris des mesures financières.»

2002, sur «*les implications de la menace terroriste pour la politique de l'UE en matière de non-prolifération, de désarmement et de maîtrise des armements*» portant sur le renforcement du cadre de contrôle international multilatéral existant.

Cependant, la PESC était déjà «*partie en croisade contre l'utilisation d'armes en vue d'actions terroristes*»⁵⁰⁴ avant les attentats du 11 septembre. En effet, l'impératif de prévention d'attentats terroristes et autres menaces avait conduit l'Union à interdire l'exportation d'armes ou d'autres équipements militaires vers des pays soupçonnés de soutenir des organisations ou des activités terroristes. Cette interdiction a même été codifiée dans le «Code de conduite de l'UE en matière d'exportation d'armements»⁵⁰⁵.

Le Code de conduite en matière d'exportation d'armements est un accord politique entre les Etats membres, destiné à harmoniser leurs procédures en conformité avec les critères sur la non-prolifération et les exportations d'armements définis lors des sommets européens de Luxembourg en 1991 et de Lisbonne en 1992. L'application de ses dispositions relève de la responsabilité finale de chaque Etat membre avec, en parallèle, la mise en place d'un système de notification et d'échange d'informations et de consultations entre les Etats membres sur leurs exportations d'armements. Le code est divisé en deux parties : l'une rappelle les huit critères qui guident la politique européenne d'exportation d'armements et l'autre fixe les dispositions à suivre pour l'application du code. Sur les huit critères définis dans le Code, le sixième porte sur le «*comportement du pays acheteur à l'égard de la communauté internationale, et notamment son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et le respect du droit international*» et réclame des Etats membres de tenir compte des antécédents du pays acheteur au regard du soutien ou de l'encouragement qu'il apporte au terrorisme. De plus, le septième critère portant sur le risque de détournement de d'équipement, évoque l'éventualité que les armes soient réexportées ou détournées vers des organisations terroristes.

⁵⁰⁴ BENOIT L., *La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne*, op. cit., p. 297.

⁵⁰⁵ Code de conduite de l'UE en matière d'exportation d'armements, 2097^{ème} session du Conseil «Affaires générales», Bruxelles, 25 mai 1998.

Paragraphe 2 : le renforcement du dialogue avec les pays tiers et l'inclusion de clauses «anti-terrorisme»

En dehors de l'intensification de la coopération entre l'Union européenne et l'Etats-Unis dans la lutte contre le terrorisme, l'Union va réviser ses rapports avec les pays méditerranéens, membres du processus de Barcelone⁵⁰⁶, ainsi que les pays formant la Communauté des Etats indépendants⁵⁰⁷.

En ce qui concerne les rapports que l'Union entretient avec les pays méditerranéens, les Etats membres de l'Union avaient déjà adopté en juin 2000 une stratégie commune comportant divers points sur le terrorisme⁵⁰⁸ et les conférences euro-méditerranéennes de Marseille en novembre 2000 et de Bruxelles en novembre 2001 proposaient d'approfondir le dialogue politique afin de renforcer le partenariat avec en ligne de mire le terrorisme. Toutefois, la lutte contre le terrorisme n'étant pas encore une priorité et les résultats demeurant très minces, au lendemain des attentats du 11 septembre, la Commission européenne qui estimait que «*dans les circonstances actuelles, la lutte contre le terrorisme devrait être un élément essentiel du dialogue*», décida qu'il était temps de relancer le processus de Barcelone à l'occasion de la cinquième Conférence euro-méditerranéenne de Valence des 22 et 23 avril 2002⁵⁰⁹. C'est en toute logique que les ministres réunis à Valence prirent acte de cette nouvelle priorité et inscrivent dans le volet consacré à la politique et à la sécurité l'amélioration de la coopération dans la lutte contre le terrorisme international.

⁵⁰⁶ Le processus de Barcelone constitue la politique de l'Union européenne à l'égard des pays méditerranéens. Il rassemble les vingt-sept Etats membres de l'Union européenne et douze Etats du Sud de la Méditerranée (l'Algérie, l'Autorité palestinienne, l'Egypte, Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc, la Syrie, la Tunisie, la Turquie, l'Albanie et la Mauritanie). Il vise à renforcer les liens entre l'Union et les pays partenaires tout en favorisant le resserrement des liens entre les pays méditerranéens. Lancé en 1995 à l'issue de la déclaration de Barcelone, le partenariat a pour objectif de favoriser la paix et la stabilité dans la région en instaurant un dialogue politique.

⁵⁰⁷ La Communauté des Etats indépendants est une entité intergouvernementale créée le 8 décembre 1991 par le Traité de Minsk et composée de onze anciennes Républiques soviétiques : la Russie, la Biélorussie, le Kazakhstan, l'Azerbaïdjan, le Tadjikistan, l'Arménie, le Kirghizistan, la Moldavie et l'Ouzbékistan.

⁵⁰⁸ Stratégie commune du Conseil européen du 19 juin 2000 à l'égard de la région méditerranéenne, 2000/458/PESC, Journal Officiel des Communautés européennes L 183 du 27 juillet 2000, p. 5. Dans le «volet politique et de sécurité», parmi les objectifs énumérés figure celui du renforcement de *la coopération pour relever les défis à la sécurité lancés à la communauté internationale, tels que le terrorisme, la criminalité organisée et le trafic de drogue.*

⁵⁰⁹ Voir la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 13 février 2002, *en vue de préparer la réunion des ministres euro-méditerranéens des Affaires étrangères à Valence les 22 et 23 avril 2002*, SEC (2002) 159 final. Dans cette Communication, la Commission faisait passer la lutte contre le terrorisme au rang de la première préoccupation en lui consacrant sur quinze recommandations, la première place.

Parallèlement et conformément aux conclusions du Comité politique et de sécurité du 11 décembre 2001, le Secrétariat général du Conseil, en liaison avec la Commission, diffusa un document d'orientation sur l'évaluation des relations de l'Union européenne avec les pays tiers en matière de lutte contre le terrorisme. L'une des orientations proposées dans ce document concernait l'insertion d'une clause anti-terrorisme dans les accords avec ces pays, cette clause pouvant être insérée dans l'accord lui-même, faire partie d'un échange de lettres entre les parties, ou être intégrée dans une déclaration jointe à l'accord. Cependant, contrairement à l'insertion dans les accords de coopération entre l'Union européenne et les pays tiers d'éléments politiques, notamment la référence au respect des droits de l'homme, considérés comme un «élément essentiel» de chaque accord et dont la violation peut donc entraîner la suspension dudit accord, l'insertion d'une clause anti-terrorisme ne revêt pas la même importance dans la mesure où le non respect de cet engagement ne peut conduire à une suspension. De plus, comme le souligne L. Benoit, *«le contenu même de cette clause terroriste s'avère assez édulcorée»*⁵¹⁰. Cette différence notable entre les clauses dites «droit de l'homme» et les clauses anti-terrorisme semble par ailleurs injustifiée puisque la lutte contre le terrorisme dans le processus de Barcelone est incluse dans le volet politique qui vise à instaurer dans cette partie du monde *«un espace commun de paix et de sécurité, fondé sur les principes des droits de l'homme et de la démocratie»*.

L'exercice d'insertion de clauses anti-terrorisme va enfin être fonction de l'hétérogénéité qui règne au sein des partenaires méditerranéens⁵¹¹. En effet, vont jouer un rôle, parfois fondamental, dans la négociation des clauses, la culture des pays méditerranéens, la proximité des relations que ces derniers entretiennent avec les Etats membres de l'Union ou les liens historiques qu'ils ont pu lier avec certains d'entre eux par le passé. Cet état de fait a abouti à des grandes disparités, selon les pays tiers, entre les accords conclus.

⁵¹⁰ BENOIT L., *La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne*, op. cit., p. 292. Pour illustrer cette affirmation, il donne l'exemple de l'article 90 des accords d'association entre la Communauté européenne, ses Etats membres et l'Algérie qui prévoit que les Parties conviennent de coopérer en vue de prévenir et réprimer les actes de terrorisme : dans le cadre de la mise en œuvre intégrale de la résolution 1373 du Conseil de sécurité et des autres résolutions pertinentes ; par un échange d'informations sur les groupes terroristes et leurs réseaux de soutien ; par un échange d'expériences sur les moyens et méthodes pour lutter contre le terrorisme, ainsi que dans les domaines techniques et de la formation.

⁵¹¹ Pour plus de détails sur les différences entre les pays euro-méditerranéens et leur impact sur le partenariat avec l'Union européenne, voir le Rapport d'information sur *l'état d'avancement du partenariat euro-méditerranéen*, numéro 121, du Sénat français, annexe au procès verbal de la séance du 6 décembre 2001.

Cette disparité se retrouve dans les rapports que l'Union européenne entretient avec les pays formant la Communauté des Etats indépendants dont la Russie et l'Ukraine apparaissent comme les interlocuteurs privilégiés. Lors du Sommet entre l'Union européenne et la Russie du 3 octobre 2001 ainsi que lors de la conférence européenne du 20 octobre 2001 portant sur la lutte contre le terrorisme, la coopération sur les questions de sécurité et notamment le terrorisme furent accentuées entre l'Union européenne et la Russie d'une part et, entre l'Union européenne et plus particulièrement l'Ukraine d'autre part.

Section 2 : La PESC et les attentats terroristes de septembre 2001 : alignement avec le Conseil de sécurité de l'ONU

La Stratégie européenne de sécurité de 2003 met l'accent sur l'importance des Nations unies à l'échelle mondiale et note que la Charte de l'ONU constitue le cadre fondamental des relations internationales. Le Conseil de sécurité a pour principale tâche de maintenir la paix et la sécurité internationales. L'Europe a alors pour priorité de renforcer l'action de l'Organisation des Nations unies et de la doter des instruments lui permettant de mener de façon efficace cette action. Ainsi, tant la gestion de la crise afghane que l'adoption des positions communes PESC, vont témoigner de l'alignement de la PESC avec les mesures prises par le Conseil de sécurité des Nations unies.

Sous-section 1 : La crise afghane, l'ONU et la PESC

La gestion de la crise afghane, suite aux attentats de septembre 2001, témoigne de cet alignement des mesures de l'Union européenne, et plus précisément de la PESC, avec celles prises par le Conseil de sécurité des Nations unies.

Paragraphe 1 : les prémices de la crise afghane : la PESC et l'ONU «de concert»

Quelques années avant les attaques terroristes de septembre 2001, l'Union européenne, suivie par le Conseil de sécurité des Nations unies, avait déjà identifié l'Afghanistan comme pays soutenant des activités terroristes et avait adopté des positions communes PESC relative à celui-ci. Ainsi, la position commune 98/108/PESC⁵¹² du 26 janvier 1998 considérait déjà que le terrorisme portait gravement préjudice aux Etats membres de l'Union et demandait, à l'article 7, «à toutes les autorités afghanes de fermer les camps d'entraînement pour terroristes étrangers, qui existent en Afghanistan». La résolution 1193(1998) du Conseil de sécurité du 28 août 1998 soulignait la profonde préoccupation causée par la «présence persistante de terroristes sur le territoire afghan»⁵¹³. D'autres positions communes au niveau européen et d'autres résolutions au niveau onusien furent adoptées par la suite car le problème était connu mais n'empêcha pas les événements de 2001.

Paragraphe 2 : la crise afghane : la PESC «sous mandat» de l'ONU

En réponse aux attentats terroristes du 11 septembre 2001, les Etats-Unis entrèrent «en guerre» contre l'Afghanistan, pays alors identifié pour son soutien aux terroristes et notamment Oussama bin Laden, «leader» d'Al-Qaida, la cellule terroriste tenue responsable des attentats. Le Conseil de sécurité des Nations unies a considéré d'emblée, dans ses Résolutions 1368(2001) et 1373(2001) adoptées les 12 et 28 septembre, les actes commis le 11 septembre comme une menace contre la paix et la sécurité internationales. Les Etats-Unis justifièrent alors leur intervention en vertu de l'article 51 de la Charte des Nations Unies qui prévoit le recours au «droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée». Comme cela été évoqué précédemment, les Etats-Unis n'ont pas demandé le soutien logistique de l'Union européenne dans ce conflit, mais quelques Etats membres y ont participé en envoyant des troupes armées ou un support matériel.

⁵¹² Position commune 98/108/PESC du 26 janvier 1998 définie par le Conseil sur la base de l'article J.2 du Traité sur l'Union européenne, relative à l'Afghanistan, Journal officiel numéro L 32, 6 février 1998. Position commune qui s'appuie elle-même sur la position commune 96/746/PESC du 13 décembre 1996 qui avait pour objet «d'imposer à l'Afghanistan un embargo sur les armes, les munitions et les équipements militaires, qui porte sur les armes destinées à tuer et leurs munitions, les plates-formes pour armements, celles pour le matériel autre que l'armement et les équipements auxiliaires, les pièces détachées, les réparations, le transfert de technologie militaire et les contrats conclus avant l'embargo ».

⁵¹³ De même que la résolution 1214 du Conseil de sécurité du 8 décembre 1998.

La réaction de l'Union au conflit en Afghanistan et la manifestation de son soutien aux Etats-Unis se sont traduites autrement. En effet, sous l'impulsion américaine, les européens ont concentré leurs efforts sur la lutte contre les groupes terroristes et en particulier à l'encontre des Taliban.

Suite à ce qui été baptisé l'«Accord de Bonn»⁵¹⁴ du 5 décembre 2001 qui prévoyait les arrangements provisoires applicables en Afghanistan en attendant le rétablissement d'institutions étatiques permanentes, l'Union européenne a adopté la position commune 2002/42/PESC⁵¹⁵ du 21 janvier 2002, qui abrogeait la position commune 2001/56/PESC⁵¹⁶ «relative à l'Afghanistan». Dans la position commune 2002/42/PESC, il est fait référence à l'Accord de Bonn et «*l'engagement de la Communauté et de ses Etats membres à jouer un rôle significatif dans l'effort international, sous l'égide des Nations unies, en vue de contribuer à la reconstruction de la société et de l'économie de l'Afghanistan*», ainsi qu'à la résolution 1386(2002) du 15 janvier 2002 du Conseil de sécurité des Nations unies. Le message est clair : c'est l'ONU qui est aux commandes et les mesures qui vont être prises à l'encontre du «leader» d'Al-Qaida et «consorts» vont en attester.

⁵¹⁴ Accord définissant les arrangements provisoires applicables à l'Afghanistan en attendant le rétablissement d'institutions étatiques permanentes («Accord de Bonn»), document S/2001/1154, 5 décembre 2001. Cet Accord prévoyait la formation d'une administration intérimaire devant convoquer dans les six mois une «Loya Djirga», qui devait choisir un gouvernement de transition jusqu'à ce qu'un gouvernement pleinement représentatif puisse être élu dans le cadre d'élections libres. Ces élections devaient avoir lieu au plus tard deux ans après la nomination du gouvernement de transition et ce dernier devait soumettre, au plus tard 18 mois après sa nomination, un projet de Constitution à une «Loya Djirga» constitutionnelle pour ratification. Une Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) a été chargée d'assurer la sécurité à Kaboul. Hamid Karzaï a été nommé président de l'Administration intérimaire le 22 décembre 2001.

⁵¹⁵ Position commune 2002/42/PESC du 21 janvier 2002 *abrogeant la position commune 2001/56/PESC relative à l'Afghanistan*, Journal officiel L 20, 23 janvier 2002.

⁵¹⁶ Position commune 2001/56/PESC du Conseil relative à l'Afghanistan du 22 janvier 2001, Journal officiel numéro L 21, 23 janvier 2001. «*Par cette nouvelle position commune qui remplace la position commune 2000/55/PESC, l'Union européenne affirme sa volonté de favoriser l'instauration d'une paix durable, le dialogue entre les parties afghanes ainsi que le développement de l'ensemble de la région, en soutenant, entre autres, l'action de la mission spéciale des Nations unies en Afghanistan. Affirmant également sa volonté de promouvoir le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et du droit humanitaire, l'Union demande à toutes les parties de reconnaître, de protéger et de promouvoir les libertés fondamentales ainsi que les droits de l'homme, y compris les droits de la femme, et de fournir une aide humanitaire effective dans la mesure où les conditions le permettent. Afin de renforcer la lutte contre les drogues illicites et le terrorisme, l'Union appuiera notamment un développement alternatif durable et exige de toutes les parties afghanes qu'elles s'abstiennent de financer, d'entraîner ou d'accueillir des organisations terroristes. Par ailleurs, elle engage les Taliban à se conformer intégralement et d'urgence à la résolution n° 1267 (1999) du Conseil de sécurité des Nations unies du 15 octobre 1999.* »

Le 16 janvier 2002, le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté la résolution 1390(2002) qui fixe les mesures que les Etats doivent prendre à l'égard d'Oussama bin Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés figurant sur la liste établie en application des résolutions 1267(1999) et 1333(2000). Afin de mettre en œuvre la résolution 1390, le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 27 mai 2002, la position commune 2002/402/PESC⁵¹⁷, concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama bin Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant les positions communes antérieures, déjà nombreuses, en la matière. La position commune 2002/402/PESC interdit la fourniture, la vente et le transfert direct ou indirect aux personnes, entreprises et entités visées d'armement et de matériel connexe. Elle prévoit en outre le gel des fonds et des autres avoirs financiers ou ressources économiques et la prise de mesures par les Etats membres pour empêcher l'entrée ou le transit des personnes visées. Un règlement de mise en œuvre de la position commune, nécessité en raison de la compétence communautaire dans ce domaine⁵¹⁸, fut également adopté. Ainsi, le règlement CE n° 881/2002⁵¹⁹, en date du 27 mai 2002, institue certaines mesures restrictives spécifiques en interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, en renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Taliban d'Afghanistan.

⁵¹⁷ Position commune 2002/402/PESC du 27 mai 2002 *concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant les positions communes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC et 2001/771/PESC*, Journal officiel L 139, 27 mai 2002.

⁵¹⁸ En effet, conformément à la procédure prévue dans le Traité instituant la Communauté européenne, lorsqu'une position commune est adoptée en vertu du Traité sur l'Union européenne et qu'elle prévoit une action de la Communauté, un règlement communautaire doit être adopté. L'article 301 du Traité instituant la Communauté européenne dispose : *«Lorsqu'une position commune ou une action communes adoptées en vertu des dispositions du traité sur l'Union européenne relatives à la politique étrangère et de sécurité commune prévoient une action de la Communauté visant à interrompre ou à réduire, en tout ou en partie, les relations économiques avec un ou plusieurs pays tiers, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, prend les mesures urgentes nécessaires »*.

⁵¹⁹ Règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaïda et aux Taliban, et abrogeant le règlement (CE) n° 467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Taliban d'Afghanistan, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 139, 29 mai 2002, p. 9 et s.

La très abondante production normative de la PESC, ayant elle-même pour conséquence une production au moins aussi équivalente au sein du premier Pilier, n'est que l'application, le suivisme, des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies.

Sous-section 2 : Les positions communes PESC adoptées ou l'approche trans-Piliers «absolue»

Les positions communes PESC adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ne s'avèrent être que la «pâle copie» des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies suite aux attentats de septembre 2001.

Paragraphe 1 : la position commune 2001/930/PESC : transcription du cadre général onusien de la lutte contre le terrorisme

Le 27 décembre 2001, en «application» de la résolution 1373(2001) du Conseil de sécurité des Nations unies⁵²⁰, le Conseil de l'Union européenne adopta la position commune 2001/930/PESC⁵²¹ relative à la lutte contre le terrorisme. Ce texte avait pour but de fixer la liste des mesures à adopter, parmi lesquelles l'incrimination du financement du terrorisme, le gel des fonds des personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme, la répression de l'appui à ces personnes, le refus de leur donner asile, l'instauration de contrôles efficaces aux frontières, l'intensification et l'accélération de l'échange d'informations opérationnelles (...) et l'application intégrale des conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme ainsi que les résolutions 1269(1999) et 1368(2001).

Outre l'éventail des mesures anti-terroristes fixées par la position commune 2001/930/PESC qui s'avèrent être un simple «copier-coller» de la résolution du Conseil de sécurité, celle-ci doit une partie de sa «popularité» à sa double base juridique qui a fait couler beaucoup d'encre. Pourtant, dès le Conseil européen de Bruxelles du 21 septembre 2001, l'approche résolument «trans-piliers» de la lutte contre le terrorisme est exprimée et c'est en conséquence que cette position commune, adoptée en application du titre V du Traité sur l'Union

⁵²⁰ Second considérant de la position commune 2001/930/PESC : «le 28 septembre 2001, le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté la résolution 1373(2001) réaffirmant que les actes de terrorisme constituent une menace pour la paix et la sécurité et présentant des mesures en vue de lutter contre le terrorisme, et en particulier contre son financement et contre le recel de terroristes ».

européenne, se base à la fois sur les articles 15 et 34 du Traité⁵²². Les deuxième et troisième Piliers sont donc directement concernés par cette lutte anti-terroriste, tout comme le premier Pilier comme évoqué précédemment. Comme le précise L. Benoit, «*parmi les multiples objectifs identifiés, un tiers s'inscrit dans le champ traditionnel de la PESC (...) les autres priorités de la position commune se rattachent à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*»⁵²³. En résumé, il s'agit un acte adopté en application du titre du Traité sur l'Union européenne sur la PESC, mais dont la plupart des mesures identifiées relèvent du titre relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Bien que cette double base juridique peut être justifiée par le fait que la lutte contre le terrorisme touche désormais inévitablement tant les aspects de sécurité intérieure que ceux de sécurité extérieure⁵²⁴, une telle «bizarrie» amène tout de même à se demander s'il n'aurait pas été préférable, pour les mesures relevant du troisième Pilier, d'adopter une position commune JAI en vertu du titre VI du Traité, comme cela est prévu par l'article 34⁵²⁵ ? Cette question va par ailleurs s'avérer d'autant plus pertinente au regard du contentieux qui va naître des mesures d'application de la position commune 2001/930/PESC.

Paragraphe 2 : la position commune 2001/931/PESC : mise en pratique des mesures onusiennes de lutte contre le financement du terrorisme

Sur le même schéma que la position commune 2001/930/PESC, c'est-à-dire avec la même double base juridique, est adoptée, le même jour, la position commune 2001/931/PESC

⁵²¹ Position commune 2001/930/PESC du 27 décembre 2001 *relative à la lutte contre le terrorisme*, Journal officiel L 344, 28 décembre 2001.

⁵²² L'article 15 se trouvant sous le titre V relatif aux *dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune* (deuxième Pilier), et l'article 34 se trouvant sous le titre VI relatif aux *dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale* (troisième Pilier).

⁵²³ BENOIT L., *La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 301.

⁵²⁴ L. Benoit, *ibid.*, avance plusieurs arguments pour justifier le recours aux articles 15 et 34, dont celui du rôle dévolu au Conseil «Affaires générales», par les chefs d'Etat ou de gouvernement, pour la mise en place d'une stratégie européenne de lutte contre le terrorisme : «*lors du Conseil européen de Bruxelles, les Quinze ont effectivement demandé aux ministres des affaires étrangères – et non à ceux en charge des questions JAI – d'assurer le rôle de coordination et d'impulsion*».

⁵²⁵ L'article 34, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne dispose en effet que : «*Le Conseil, sous la forme et selon les procédures appropriées indiquées dans le présent titre, prend des mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union. A cet effet, il peut, statuant à l'unanimité à l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission :*

a) *arrêter des positions communes définissant l'approche de l'Union sur une question déterminée.*»

relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme⁵²⁶. Si elle rappelle également la résolution 1373(2001) du Conseil de sécurité, elle se conforme à la résolution 1333(2000) sur base de laquelle avait été adoptée la position commune 2001/154/PESC, telle qu'abrogée par la position commune 2002/402/PESC précédemment présentée. La position commune 2001/931/PESC livre donc la «traduction» européenne des résolutions du Conseil de sécurité, en particulier en ce qui concerne la lutte contre le financement du terrorisme. Elle définit les modalités de mise en œuvre des principes contenus dans la position commune 2001/930/PESC⁵²⁷ et établit une liste des personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme auxquels est donc appliquée la mesure du gel des fonds et des avoirs financiers. Cette position commune comporte ainsi deux éléments qui appellent quelques développements : la définition de l'«acte de terrorisme»⁵²⁸ ainsi que les utilisations prévues de la liste établie.

La position commune donne une définition, à l'article premier, de l'acte de terrorisme qui est identique à celle contenue dans la décision-cadre 2002/475/JAI. Cependant, il est à noter que le texte de la position commune ne contient aucune référence à la protection des droits fondamentaux alors que cela était le cas dès la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, présentée par la Commission européenne le 19 septembre 2001⁵²⁹.

En plus du gel des fonds d'Oussama bin Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida et des Taliban, comme cela a été évoqué précédemment, la position commune prévoit deux situations distinctes découlant de l'inscription sur la liste: les articles 2 et 3 qui permettent de geler des fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques et de veiller à ce que ces fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ne soient pas mis à leur disposition et,

⁵²⁶ Position commune 2001/931/PESC du 27 décembre 2001 *relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme*, Journal officiel L 344, 28 décembre 2001.

⁵²⁷ La position commune 2001/930/PESC prévoit en effet à son article 2 le principe du gel des fonds des personnes impliquées et, à son article 3, celui de l'interdiction de mettre de tels fonds à la disposition desdites personnes impliquées.

⁵²⁸ La position commune contient également les définitions des «personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme» et du «groupe terroriste».

⁵²⁹ Comme le précise A. Adam, «il semble qu'un simple renvoi au texte de la décision-cadre – et même si cette technique laisse à désirer – aurait été préférable (démarche malheureusement impossible, puisque la décision-cadre n'a été adoptée officiellement qu'après la position commune) car le texte de la position commune se trouve dès lors tronqué des garanties formelles contenues dans le texte de la décision-cadre (la paragraphe 2 de l'article 1 fait pour autant partie de la définition) et de la protection des droits fondamentaux affirmée par la préambule et la déclaration annexée à la décision-cadre». ADAM A., *La lutte contre le terrorisme : étude comparative Union européenne – Etats-Unis*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 53.

l'article 4 qui autorise les autorités policières et judiciaires des Etats membres d'exploiter pleinement les pouvoirs détenus dans le cadre des enquêtes et poursuites concernant les noms figurant sur la liste. Cette distinction dans le texte de la position commune 2001/931/PESC est à l'origine d'un important contentieux⁵³⁰ qui démontre les dangers de l'approche trans-piliers de la lutte contre le terrorisme et plus spécifiquement, du manque de clarté induit par la double base juridique adoptée.

⁵³⁰ Contentieux qui sera développé sous le titre II de cette étude.

Conclusion du Titre I

En accord avec l'idée européenne selon laquelle la nature «nouvelle» de la menace terroriste nécessite la mobilisation d'une vaste gamme de moyens dépassant la construction en Piliers, la lutte antiterroriste au sein de l'Union regroupe un grand nombre de structures et de compétences, dont certaines seront même spécifiquement créées, à commencer par la nomination, en 2005, d'un coordinateur de la lutte antiterroriste⁵³¹. Cependant, comme déjà souligné à plusieurs reprises, les événements du 11 septembre 2001 n'ont pas constitué une rupture dans l'approche européenne de la sécurité, mais sont venus précipiter une dynamique déjà enclenchée.

Ainsi, la «montée en puissance» de l'acteur policier, en particulier de l'Office européen de police, doit être mise en parallèle avec le poids que les Etats membres exercent sur son pendant judiciaire, l'Office européen de coopération judiciaire, et avec le cantonnement à des fonctions de traduction de résolutions onusiennes du «parent pauvre» de la lutte contre le terrorisme, c'est-à-dire le deuxième Pilier.

Dans ce climat de manque de légitimité démocratique et de propension au non-respect des droits fondamentaux, un acteur fondamental vient immédiatement à l'esprit: le juge communautaire.

⁵³¹ Monsieur Gijs de Vries fut ainsi nommé en 2005 coordinateur de la lutte antiterroriste et Monsieur de Kerchove lui succéda en 2007.

TITRE II :

**Le juge communautaire et la lutte contre le terrorisme :
une légitimité acquise, mais encore à construire**

Parmi les nombreux acteurs européens de la lutte contre le terrorisme, le juge communautaire, bien qu'acteur «passif» de celle-ci, n'en est pas moins un acteur clé. Cette lutte n'est, d'une part, pas «au dessus des lois» et, d'autre part, pour être efficace et durable, doit nécessairement être en adéquation avec l'Etat de droit. Ainsi, le juge communautaire, par le contrôle des limitations portées à l'exercice des droits fondamentaux, participe «activement» non seulement à la protection de ces derniers mais aussi, dans une autre mesure, à la légitimation de cette lutte.

Si «*la légitimité du juge communautaire n'est pas un donné, mais un construit*»⁵³², le développement de la protection des droits fondamentaux au sein des Communautés et de l'Union étant principalement l'œuvre de la Cour de justice des Communautés européennes, l'intervention du juge dans les affaires qui mêlent le respect de ces droits et la lutte contre le terrorisme est indiscutable, mais est encore à développer.

Ainsi, l'intervention du juge communautaire dans les affaires dites de protection des données à caractère personnel et des «listes noires» en faveur du respect des droits fondamentaux est en construction. Un autre domaine, celui du droit à ne pas être discriminé, constituerait quant à lui un domaine à conquérir pour le juge.

Il convient de préciser que le juge est dans ce titre volontairement qualifié de «communautaire» dans la mesure où, avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il ne jouissait pleinement des pouvoirs qui lui étaient impartis que dans le cadre, restreint, des actes adoptés sous le premier Pilier, le Pilier communautaire. Comme la Cour le soulignait dans l'affaire *Segi*, «*il est vrai que, s'agissant de l'Union, les traités ont établi un système de voies de recours dans lequel les compétences de la Cour sont, en vertu de l'article 35 UE, moins étendues dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne qu'elles ne le sont au titre du traité CE (...) Elles le sont d'ailleurs encore moins dans le cadre du titre V*»⁵³³. Toutefois, l'extension des compétences de la Cour doit être largement nuancée.

⁵³² SIMON D., *La légitimité du juge communautaire* in *L'office du juge*, les colloques du Sénat, 29 et 30 septembre 2006, p. 450. Rapport disponible à l'adresse suivante: http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf

⁵³³ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 27 février 2007, *Segi*, Recueil 2007, p. I-1657.

En effet, non seulement, dans le domaine de la politique extérieure et de sécurité commune, ex-deuxième Pilier, la situation ne change guère⁵³⁴, mais encore, dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, ex-troisième Pilier, une double «limite» est imposée au juge. Ainsi, en vertu de l'article 276 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵³⁵, la Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité de mesures policières *largo sensu* des Etats membres et, la nouvelle compétence de la Cour pour statuer à titre préjudiciel dans ce domaine est certes devenue obligatoire, mais des dispositions transitoires prévoient que cette pleine compétence ne sera applicable que cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité⁵³⁶.

⁵³⁴ L'article 275, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que:

La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base.

⁵³⁵ L'article 276 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que:

«Dans l'exercice de ses attributions concernant les dispositions des chapitres 4 et 5 du titre V, de la troisième partie, relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. »

⁵³⁶ Voir le Protocole n° 36, article 10 sur les dispositions transitoires. Il est en effet prévu qu'à titre de mesure provisoire, les attributions de la Cour restent inchangées pour les actes adoptés dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, adoptés avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Cette mesure transitoire cessant de produire ses effets après cinq ans après la date d'entrée en vigueur dudit Traité.

Chapitre I :

**L'intervention du juge communautaire dans des affaires issues d'activités
«trans-piliers» liées à la lutte contre le terrorisme :
une intervention qui se construit**

De nombreuses affaires relevant directement de la lutte contre le terrorisme et concernant le non-respect potentiel de certains droits fondamentaux, ont été portées devant le Tribunal de première instance et/ou la Cour de justice des Communautés européennes. Elles ont ainsi donné au juge communautaire l'opportunité de se prononcer sur la difficile adéquation entre la lutte contre le terrorisme et le respect des droits. Sur ce terrain, le juge communautaire s'est montré prudent jusqu'à un arrêt récent dans les affaires des «listes noires».

Section 1 : L'intervention du juge communautaire dans les affaires des données «PNR»

La protection des données à caractère personnel, longtemps limitée à quelques aspects sensibles comme, par exemple, les secrets de la correspondance et médical, a été étendue, entre autres, au traitement des données dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. L'échange de données étant désormais considéré comme un instrument incontournable de la lutte contre le terrorisme, il semblait malheureusement inévitable que les principes fondamentaux relatifs à la qualité des données et à la licéité de leur traitement allaient être «bousculés». C'est dans ce contexte et plus particulièrement celui de l'affaire des données dites «PNR», que l'intervention du juge communautaire était très attendue.

Sous-section 1 : Les affaires dites des données «PNR» : données du problème et cadre juridique européen applicable

Avant de se lancer dans l'étude de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires des données «PNR», il est nécessaire de présenter les données du problème, c'est-à-dire de donner quelques précisions terminologiques et les grandes lignes de cette affaire, ainsi que le cadre juridique européen applicable à la protection des données à caractère personnel.

Paragraphe 1 : Les données du problème

Le domaine de la protection des données étant complexe, il convient de «planter le décor» en explicitant ce que recouvre l'expression protection des données à caractère personnel avant de présenter l'affaire dite des données «PNR».

1. Qu'est-ce que la protection des données à caractère personnel ?

Par «protection des données» il faut entendre la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Il convient donc de préciser les notions de vie privée, traitement et données à caractère personnel⁵³⁷.

La notion de vie privée, qui implique celle de son respect que le droit français préfère appeler «le droit à l'intimité de la vie privée», est, en droit international, définie dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'article 12, de la façon suivante : «Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes». De façon plus «simplifiée», elle correspond au «droit de mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence»⁵³⁸.

Selon les textes européens, comme la directive *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, qui sera présentée ultérieurement, il faut entendre par traitement «*toute opération ou ensemble d'opérations effectuée(s) ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction*».

⁵³⁷ Le droit à la protection des données à caractère personnel est un droit fondamental qui diffère du droit au respect de la vie privée et familiale, bien qu'il y soit étroitement lié.

⁵³⁸ Voir la Résolution 428(1970) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, adoptée le 23 janvier 1970, *portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme*.

Selon les mêmes textes européens, les «données à caractère personnel» correspondent à «*toute information qui concerne une personne physique identifiée ou identifiable*»⁵³⁹. Il apparaît donc qu'une donnée est entendue comme une information. Or, une donnée ne devient information qu'à partir du moment où elle est extirpée de la sphère privée pour être traitée et, le cas échéant, utilisée. La justification au traitement des données à caractère personnel, au transfert de ces données d'un Etat vers un Etat tiers, s'expliquerait donc par le fait que «*l'élément informationnel est consubstantiel de toute donnée à caractère personnel*»⁵⁴⁰.

2. Qu'est-ce que l'affaire des données «PNR» ?

Les données de dossiers passagers dites «PNR», pour *Passenger Name Record*, sont les données collectées par les compagnies aériennes auprès de leurs passagers au stade de la réservation commerciale. Les informations ainsi collectées concernent notamment l'identité du passager, les dates de son voyage, l'agence de voyage utilisée, son itinéraire complet, sa place dans l'avion, le poids de ses bagages, le contact dans le pays d'arrivée, le tarif accordé, le moyen de paiement et, enfin, le nombre et le nom des personnes l'accompagnant. Une rubrique «remarques générales» est également prévue. Elle permet de préciser les demandes particulières du passager pour le vol⁵⁴¹.

Suite aux attentats du 11 septembre 2001, les Etats-Unis ont adopté plusieurs mesures⁵⁴² qui obligent, sous peine d'amendes, les compagnies de transport aérien à transmettre certaines données à caractère personnel aux services des douanes, qui peuvent à leur tour permettre l'accès à ces données à d'autres autorités fédérales. L'Union européenne se retrouve alors devant une double contrainte : d'une part, les compagnies aériennes européennes sont dans la

⁵³⁹ Est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou a un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale.

⁵⁴⁰ ADAM A., *L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis : Entre souci de protection et volonté de coopération*, Revue trimestrielle de droit européen 2006, volume 42, numéro 3, juillet-septembre, p. 413.

⁵⁴¹ Ces demandes peuvent concernées, à titre d'exemple, son plateau repas ou être en relation avec son état de santé.

⁵⁴² Comme l'*Aviation Transportation Security Act* du 19 novembre 2001 et le *Enhanced Border Security and Visa Entry Reform* du 14 mai 2002. Alors que le premier impose aux compagnies aériennes de transmettre par voie électronique les données d'identification relatives aux passagers et membres d'équipage, le second impose aux compagnies aériennes en provenance ou à destination des Etats-Unis de rendre accessibles les données contenues dans les «dossiers passagers », les fameuses données «PNR », beaucoup plus vastes que les premières.

quasi obligation de transmettre de telles données sous peine de sanctions pécuniaires⁵⁴³ et de retrait de leur autorisation d'atterrissage sur le sol américain⁵⁴⁴ et, d'autre part, les autorités américaines réclament, non sans une certaine insistance, la transmission des données à caractère personnel traitées au sein de l'Union européenne. Dans ces conditions, un accord devait être trouvé entre l'Union européenne et les Etats-Unis.

Cette exigence américaine, qui pose la question de la compatibilité avec la législation européenne du transfert des données «PNR» vers un Etat tiers, divise les Institutions européennes. Alors que la Commission européenne et le Conseil de l'Union européenne s'attendent pour trouver une solution juridique en faveur du transfert, le Parlement européen entre en résistance. Etant donné que la législation américaine risquait d'entrer en conflit avec la législation européenne sur la protection des données à caractère personnel, la Commission a décidé d'adopter le 14 mai 2004 une décision dite «d'adéquation» constatant que les données «PNR» transférées aux Etats-Unis bénéficiaient du niveau de protection prévu dans la directive⁵⁴⁵. Puis, dans le prolongement de la décision d'adéquation de la Commission, le Conseil a adopté le 17 mai 2004⁵⁴⁶, sur simple consultation du Parlement, une décision qui approuve la conclusion d'un accord international entre la Communauté européenne et les Etats-Unis, autorisant l'accès direct par voie électronique aux données «PNR» provenant des systèmes de contrôle de réservations et de départs des transporteurs aériens établis sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne.

Ces deux accords, conclus hâtivement, font l'objet de la contestation et des doutes émis par le Parlement européen et le Groupe des commissaires nationaux en charge de la protection des données, aussi appelé le «Groupe 29» car institué par l'article 29 de la directive européenne sur la protection des données. Leurs préoccupations, relayées par des parlements nationaux ou des organismes nationaux de protection de la vie privée, se portent principalement sur le niveau de protection des données «PNR» garanti par les Etats-Unis, la quantité et la qualité

⁵⁴³ Sanctions pécuniaires de 4700 Euros par passager.

⁵⁴⁴ Depuis le 5 mars 2003, les compagnies aériennes sont tenues de mettre leurs fichiers «PNR» à disposition des autorités américaines soixante-douze heures avant le départ d'un vol.

⁵⁴⁵ Décision d'adéquation 2004/535/CE de la Commission européenne du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers passagers PNR, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 235, 6 juillet 2004, p. 11 et s.

⁵⁴⁶ Décision 2004/496/CE du Conseil de l'Union européenne du 17 mai 2004 portant conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis relatif au traitement et au transfert de données PNR par les transporteurs aériens au CBP, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 183, 20 mai 2004, p. 83 et s.

des données «PNR» à transférer, la durée de conservation des données transférées, les droits des passagers et, le système de transfert des données «PNR»⁵⁴⁷.

Le 24 juillet 2004, le Parlement européen a introduit deux recours devant la Cour de justice des Communautés européennes, l'un contre la Commission européenne en annulation de la décision d'adéquation⁵⁴⁸, l'autre contre le Conseil de l'Union européenne en annulation de l'accord international⁵⁴⁹.

Comprendre l'affaire dite des données «PNR» exige également de préciser le cadre juridique européen relatif à la protection des données.

Paragraphe 2 : Cadre juridique européen de la protection des données

Le cadre juridique européen relatif à la protection des données a souffert de la fameuse structure en Piliers puisque, au moment de l'affaire, il n'y avait pas de cadre juridique général. Depuis, une proposition de décision-cadre relative à la protection des données à caractère personnel dans le cadre du troisième Pilier a été adoptée et, une autre sur l'utilisation des données «PNR» à des fins répressives est en cours d'adoption.

1. Au moment de l'affaire des données «PNR» : l'absence de cadre juridique général

Deux directives communautaires portent sur la protection des données : la directive 95/46/CE *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*⁵⁵⁰ et, la directive 2002/58/CE *concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée*

⁵⁴⁷ En ce qui concerne le choix du système de transfert, principal échec de la Commission lors des négociations de l'accord, c'est le système de transfert «pull», qui permet aux autorités américaines d'extraire directement par voie électronique ces données des centrales de réservations des compagnies aériennes européennes, qui a été retenu alors qu'un système «push» qui permet aux compagnies aériennes de collecter, de sélectionner et de transmettre elles-mêmes les données «PNR», aurait été préférable.

⁵⁴⁸ Affaire C-318/04.

⁵⁴⁹ Affaire C-317/04.

⁵⁵⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 281, 23 novembre 1995, p. 31 et s.

*dans le secteur des communications électroniques*⁵⁵¹. L'article 25 de la directive 95/46/CE prévoit que la transmission des données personnelles vers des pays tiers est subordonnée au respect de conditions déterminées, c'est-à-dire un niveau de protection adéquat dans le pays destinataire des données⁵⁵².

Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, l'article 286 du Traité a rendu la directive 95/46/CE précitée applicable aux Institutions et organes communautaires. C'est sur cette base juridique que le règlement 45/2001 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données*⁵⁵³ a été adopté. Il est important de souligner qu'il ne s'applique qu'aux activités des Institutions et autres organes communautaires qui relèvent du champ d'application du droit communautaire, et donc ne s'applique pas aux traitements de données effectués dans le cadre des deuxième et troisième Piliers.

Etant donné l'absence de dispositions similaires dans le cadre du troisième Pilier, des régimes spécifiques à chaque instrument dans ce Pilier ont été mis en place⁵⁵⁴. Ainsi, au moment de la négociation de l'accord «PNR», *«c'est un régime éclaté que celui offert par le troisième pilier, ce qui n'a pu qu'affaiblir la position de l'Union et de ses organes lors des négociations avec les Etats-Unis»*⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 201, 31 juillet 2002, p. 37 et s.

⁵⁵² L'article 25 de la directive dispose en effet que : *les Etats membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve du respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat.*

⁵⁵³ Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 8, 12 janvier 2001, p. 1 et s.

⁵⁵⁴ C'est ainsi que des dispositions portant sur la protection des données apparaissent dans la Convention et la décision Europol ainsi que dans la décision Eurojust.

⁵⁵⁵ ADAM A., *L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis : Entre souci de protection et volonté de coopération*, op. cit., p. 428.

Doit également être nécessairement mentionné l'article 6 du Traité sur l'Union européenne qui dispose en son paragraphe 2 que *«l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire»*. En effet, ladite Convention⁵⁵⁶, citée à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, dispose à son article 8 que *«toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications»* et que *«il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique (...)*».

Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁵⁷ prévoit à son article 8 que *«toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant»* et que *«ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi»*.

2. Après l'affaire des données «PNR» : la nouvelle proposition de décision-cadre

Une décision-cadre *relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale*⁵⁵⁸ a été adoptée le 27 novembre 2008 afin de garantir la protection des droits et libertés fondamentaux des personnes physiques en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel dans le cadre du troisième Pilier. Le champ d'application de cette décision-cadre est cependant limité aux seules données échangées entre Etats membres et à leur transmission à des pays tiers. Elle s'applique aux données collectées et traitées par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuites en la matière et d'exécution de sanctions pénales.

⁵⁵⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telle qu'amendée par le Protocole n° 11, Rome, 4 décembre 1950.

⁵⁵⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Nice, 7 décembre 2000, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 83, 30 mars 2010, p. 389 et s.

⁵⁵⁸ Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 350, 30 décembre 2008, p. 60 et s.

Depuis les attentats du 11 septembre 2001, des accords, se limitant aux transports aériens, ont été conclus entre l'Union européenne d'une part, et les Etats-Unis, le Canada et l'Australie d'autre part, concernant la transmission de données «PNR» dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale organisée. C'est suite aux attentats terroristes de Madrid que le Conseil européen des 25 et 26 mars 2004 a invité la Commission à présenter une proposition destinée à permettre à l'Union européenne de se doter d'une approche commune concernant l'utilisation des données passagers à des fins répressives. Cette proposition vient compléter une autre directive, la directive 2004/82/CE *concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers*⁵⁵⁹.

La proposition de décision-cadre relative à l'utilisation des données «PNR» à des fins répressives⁵⁶⁰ vise à instituer une obligation de transmission des données «PNR», avant le décollage des vols en provenance ou à destination des pays tiers, des compagnies aériennes vers des unités de renseignements passagers, des autorités publiques qui seraient créées dans chaque Etat membre. Cette décision-cadre donnerait enfin au troisième Pilier son cadre juridique en ce qui concerne l'obligation faite aux transporteurs de transmettre aux autorités compétentes concernées les données «PNR» aux fins de prévention des infractions terroristes et de la criminalité organisée et de la lutte contre ces dernières.

Toutefois, cette proposition de décision-cadre fait l'objet de très nombreuses critiques de la part du contrôleur européen de la protection des données, du «Groupe 29», de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, du Parlement européen, de Parlements nationaux ainsi que d'organismes nationaux indépendants chargés de la protection des données à caractère personnel. Parmi les critiques formulées⁵⁶¹, une s'avère particulièrement

⁵⁵⁹ Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 261, 6 août 2004, p. 24 et s. Comme le rappelle le deuxième considérant de la directive, le Conseil européen des 25 et 26 mars 2004 avait adopté une déclaration sur la lutte contre le terrorisme qui mettait l'accent sur la nécessité d'accélérer l'examen des mesures à prendre à cet égard et d'avancer sur la proposition de directive du Conseil concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux personnes transportées en vue de parvenir rapidement à un accord sur cette mesure.

⁵⁶⁰ Proposition de décision-cadre relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR) à des fins répressives, 6 novembre 2007, COM(2007) 654 final.

⁵⁶¹ Pour un résumé de toutes ces critiques, voir le rapport fait au nom de la Commission chargée des affaires européennes sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (Passenger Name Record, PNR) à des fins répressives (COM[2007] 654 final/n° E 3697, Assemblée nationale française, enregistré le 11 février 2009. Voir également l'article de DUMORTIER F. et POULLET Y., *La protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en piliers de l'Union européenne*, article rédigé en novembre 2006 et mis à jour au 1^{er} février 2007, disponible sur le site de l'Agence

préoccupante : l'éventualité de l'utilisation de données sensibles, telles que l'origine raciale ou ethnique, les opinions religieuses et politique ou l'orientation sexuelle dans le cadre du profilage⁵⁶².

Le décor, celui du traitement des données «PNR» comme outil de lutte contre le terrorisme et du cadre juridique européen de la protection des données à caractère personnel, est planté. L'intrigue, celle de la saisine par le Parlement européen de la Cour de justice des Communautés européennes, est présentée. Il ne manque plus que l'entrée en scène de la Cour dans les affaires jointes «PNR».

Sous-section 2 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes dites «PNR» : une victoire en demi-teinte

Comme cela été évoqué précédemment, le Parlement européen a saisi la Cour de justice des Communautés européennes pour faire annuler la décision du Conseil autorisant l'accord passé entre les Etats-Unis et la Communauté européenne sur la transmission des données «PNR», ainsi que celle de la Commission, au motif qu'elles contiendraient des dispositions qui violent les droits fondamentaux et qu'elles sont dépourvues de base juridique. L'arrêt rendu par la Cour constitue une victoire en demi-teinte dans la mesure où, certes, les deux décisions sont annulées, mais pas pour les motifs mis en avant par le Parlement.

Paragraphe 1 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes des données «PNR» : une annulation sans surprise ?

Dans son arrêt rendu le 30 mai 2006⁵⁶³, la Cour de justice des Communautés européennes a annulé la décision 2004/496/CE du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données «PNR» par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du

de protection des données de la région autonome de Catalogne (Espagne) à l'adresse suivante : <http://www.apcat.net>

⁵⁶² Le profilage, qui fera l'objet de développements ultérieurs, est défini par le Conseil de l'Europe comme «une méthode informatisée ayant recours à des procédés de fouille de données (data mining) sur des entrepôts de données (data warehouse) permettant ou devant permettre de classer avec une certaine probabilité et donc avec un certain taux d'erreur induit un individu dans une catégorie particulière afin de prendre des décisions individuelles à son égard».

⁵⁶³ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 30 mai 2006, *Parlement européen c. Commission et c. Conseil*, C-317/04 et C-318/04, Recueil 2006, p. I-4721.

ministère américain de la sécurité intérieure, ainsi que la décision 2004/535/CE de la Commission relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis.

Le raisonnement de la Cour se fonde d'une part, pour la décision d'adéquation, sur le champ d'application de la directive 95/46/CE qui en son article 3, paragraphe 2, exclut le traitement de données à caractère personnel mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire et, d'autre part, pour la décision de conclusion de l'accord, sur le champ d'application de l'article 95 du Traité instituant la Communauté européenne qui a pour but et pour contenu l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

En concluant que la décision d'adéquation ne relève pas du champ d'application de la directive 95/46/CE et que la décision de conclusion de l'accord ne relève pas du champ de l'article 95 du Traité, elle réaffirme ainsi le principe selon lequel la finalité du traitement des données détermine le Pilier auquel il est rattaché. En l'occurrence, la finalité du traitement des données «PNR» étant de prévenir et combattre le terrorisme et le crime organisé en vue de renforcer la sécurité et les conditions d'entrée et de sortie des Etats-Unis, le traitement est rattaché au troisième Pilier.

Toutefois, si l'annulation de la décision d'adéquation est en effet sans surprise, celle de conclusion de l'accord soulève quelques interrogations. En ce qui concerne cette dernière, la Cour se réfère à l'article 95 du Traité et, de façon plus surprenante, à la directive 95/46/CE qui pourtant n'apparaît dans le texte que dans les visas qui, mentionnant la décision d'adéquation, font une brève référence à l'article 95. L'explication la plus probante est certainement le lien qui lie les deux décisions, la décision de conclusion de l'accord étant la «suite» de la décision d'adéquation basée sur la directive 95/46/CE. De ce raisonnement «par assimilation» opéré par la Cour pourrait être déduit que *«ledit article 25 [de la directive], quand bien même il organiserait la question du transfert des données vers des pays tiers, ne peut être considéré comme attribuant à la Communauté une compétence externe d'une*

*intensité suffisante pour conclure un accord du type de celui en cause en l'espèce, qu'il soit utilisé seul, ou conjointement avec une autre disposition du traité (...)*⁵⁶⁴.

Paragraphe 2 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes des données «PNR» : une portée très limitée

La double annulation prononcée par la Cour est motivée par l'absence de base juridique appropriée et non par la protection des droits fondamentaux. Comme l'a souligné le contrôleur européen pour la protection des données, *«la Cour a décidé d'annuler les décisions du Conseil et de la Commission (...), sans toutefois statuer sur le contenu»*⁵⁶⁵.

L'arrêt de la Cour a suscité des inquiétudes quant au niveau de protection des données des citoyens européens dans le cas où leurs données sont utilisées pour des finalités liées aux services répressifs. En effet, selon plusieurs observateurs, en excluant du champ d'application de la directive 95/46/CE les cas où les données sont utilisées pour des finalités liées aux services répressifs, l'arrêt aurait marqué un affaiblissement de la protection des données rendant nécessaire l'adoption d'un cadre juridique sur la protection des données pour le troisième Pilier.

Un autre «bémol» de cet arrêt réside en la limitation dans le temps de ses effets. En effet, la Cour décide de maintenir les effets de la décision d'adéquation jusqu'au 30 septembre 2006. Le raisonnement retenu par la Cour se fonde sur point 7 de l'accord qui prévoit que chaque partie peut dénoncer celui-ci à tout moment et qu'il cesse d'être applicable 90 jours après la date de la notification de la dénonciation à l'autre partie, sur le «lien étroit» existant entre l'accord et la décision d'adéquation et, sur des considérations de sécurité juridique qui amènent par conséquent à maintenir les effets de la décision d'adéquation pendant ces 90 jours. Ainsi, *«la Cour ne fournit aucune explication des motifs pour lesquels elle se borne à moduler les effets de l'annulation de la décision d'adéquation, sans limiter les effets de l'annulation de la décision de conclusion de l'accord»*⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ MARIATTE F., *La sécurité intérieure des Etats-Unis...ne relève pas des compétences externes des Communautés*, Europe, 2006, volume 16, numéro 7, p. 5.

⁵⁶⁵ Contrôleur européen de la protection des données, communiqué de presse du 30 mai 2006, PNR : première réaction du CEPD au jugement de la Cour de justice, consultable sur le site du contrôleur à l'adresse suivante : www.edps.europa.eu

⁵⁶⁶ MARIATTE F., *La sécurité intérieure des Etats-Unis...ne relève pas des compétences externes des Communautés*, op.cit., p. 7.

Suite logique de l'annulation, de nouvelles décisions, avec une autre base juridique, ont été adoptées : la décision 2006/729/PESC/JAI⁵⁶⁷ et la décision 2007/551/PESC/JAI⁵⁶⁸. En substance, l'accord «PNR» ne change pas, seule la base juridique des décisions relatives à la signature de l'accord change⁵⁶⁹. Ces accords ont également fait l'objet de très nombreuses critiques en particulier quant au niveau de protection des données ainsi qu'au fait que les données dites sensibles sont incluses dans les données «PNR» et peuvent être utilisées par le Ministère américain de la sécurité intérieure «dans un cas exceptionnel»⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Décision 2006/729/PESC/JAI du 16 octobre 2006 relative à la signature d'un accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données contenues dans les dossiers des passagers (PNR) par des transporteurs aériens au DHS, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 298, 27 octobre 2006, p. 27 et s.

⁵⁶⁸ Décision 2007/551/PESC/JAI du 23 juillet 2007 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, d'un accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données contenues dans les dossiers des passagers (PNR) par des transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure (DHS) (accord PNR 2007), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 204, 4 août 2007, p. 16 et s.

⁵⁶⁹ La base juridique étant devenue double, les articles 24 et 38 du Traité sur l'Union européenne, deuxième et troisième Piliers, qui «évince»le Parlement européen.

⁵⁷⁰ En vertu de la décision 2007/551/PESC/JAI, les types de données «PNR»de l'Union européenne collectées sont :

1. Code repère du dossier PNR (*record locator code*)
2. Date de réservation/d'émission du billet
3. Date(s) prévue(s) du voyage
4. Nom(s)
5. Informations disponibles sur «les grands voyageurs» et les programmes de fidélisation (*c'est-à-dire billets gratuits, surclassement, etc.*)
6. Autres noms figurant dans le PNR, y compris nombre de voyageurs dans le PNR
7. Toutes les informations de contact disponibles (*y compris les informations sur la source*)
8. Toutes les informations disponibles relatives au paiement/à la facturation disponibles (*les autres détails de l'opération liés à la carte de crédit ou au compte et n'ayant pas de lien avec l'opération relative au voyage non inclus*)
9. Itinéraire de voyage pour le PNR spécifique
10. Agence de voyages/agent de voyages
11. Informations sur le partage de codes
12. Informations «PNR scindé/divisé»
13. Statut du voyageur (*y compris confirmations et statut d'enregistrement*)
14. Informations sur l'établissement des billets, y compris le numéro du billet, billets aller simple et données Automated Ticketing Fare Quote (*prix du billet*)
15. Toutes les informations relatives aux bagages
16. Informations relatives au siège, y compris numéro du siège occupé
17. Remarques générales, y compris données OSI, SSI et SSR
18. Toutes les informations APIS recueillies
19. Historique de tous les changements apportés au PNR assortis des numéros de rubriques 1 à 18

En ce qui concerne l'utilisation des données dites sensibles :

«Si cela est nécessaire dans un cas exceptionnel où la vie de la personne concernée ou d'autres personnes pourrait être mise en danger ou subir une atteinte grave, les fonctionnaires du DHS peuvent demander et utiliser des informations figurant dans les données PNR de l'UE autres que celles énumérées ci-dessus, y compris des données sensibles. Dans ce cas, le DHS tiendra un registre des accès à toute donnée sensible provenant des PNR de l'UE et supprimera ces données dans un délai de trente jours après que les fins pour lesquelles les données ont été consultées ont été atteintes et si leur conservation n'est pas exigée par la loi. Le DHS fera normalement savoir à la Commission européenne (DG JLS) dans les quarante-huit heures que ces données, y compris des données sensibles, ont été consultées. »

Enfin, ces affaires ont permis de mettre en évidence, une fois de plus, le caractère déficitaire du contrôle démocratique. Comme il est rappelé dans l'arrêt de la Cour, le Parlement avait été saisi le 1^{er} mars 2004 du projet de décision d'adéquation et, seize jours plus tard, la Commission avait transmis au Parlement pour consultation la proposition de décision du Conseil de conclusion de l'accord. Par la suite, le Conseil avait demandé au Parlement de rendre un avis sur cette proposition selon la procédure d'urgence, justifiée par le fait que la lutte contre le terrorisme est une priorité essentielle de l'Union. Si le Parlement a bien adopté une résolution faisant état de nombreuses réserves sur le projet de décision d'adéquation, il a cependant rejeté le 21 avril 2004 la demande d'examen en urgence de la proposition de décision de conclusion et a décidé de renvoyer en commission le rapport sur cette proposition. Malgré cela, moins d'un mois plus tard, les deux décisions étaient adoptées.

Dans les affaires concernant l'utilisation des données «PNR», dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la Cour de justice des Communautés européennes ne s'est pas encore dévoilée mais s'est d'ores et déjà montrée réservée. L'audace doit être cherchée ailleurs, dans les affaires des listes terroristes. La jurisprudence de «complaisance» de la Cour et du Tribunal de première instance dans ce domaine a en effet été renversée par un arrêt très attendu de la Cour dans des affaires jointes sur les listes «Taliban».

Section 2 : L'intervention du juge communautaire dans les affaires des «listes»

La lutte contre le terrorisme a généré, comme cela a été évoqué précédemment, la constitution de listes des personnes, groupes et entités faisant l'objet de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme. Ces listes, établies pour mettre en œuvre la résolution 1373(2001) du Conseil de sécurité des Nations unies, permettent, par le biais de l'adoption d'un règlement communautaire, d'ordonner le gel des avoirs financiers des entités et individus ainsi listés. Un important contentieux en découle.

Sous-section 1 : Les affaires des «listes» : données du problème et jurisprudence communautaire établie

De la même façon que pour les affaires dites «PNR», il convient de présenter pour les affaires des «listes», les données du problème puis la jurisprudence, qui semblait établie jusqu'à récemment, de la Cour et du Tribunal.

Paragraphe 1 : Les données du problème

Le contentieux des listes s'inscrit dans un contexte spécifique tiré des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies pour lutter contre le terrorisme et porte, ou peut porter, sur de nombreux droits fondamentaux.

1. Le contexte du contentieux de l'inscription sur les listes

Comme cela a déjà été abordé, la résolution 1373(2001) du Conseil de sécurité des Nations unies prévoit que tous les Etats *«préviennent et répriment le financement des actes de terrorisme»* et, *«érigent en crime la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme»*. En application de cette résolution, l'Union européenne a adopté un ensemble de mesures dont la position commune 2001/931/PESC *relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme* qui prévoit, pour les personnes, groupes et entités impliquées dans des actes de terrorisme et dont les noms sont repris dans la liste annexée, le gel de leurs fonds et l'interdiction de mettre ces fonds à leur disposition. En application de cette position commune, le Conseil de l'Union européenne a adopté le règlement (CE) n° 2580/2001 *concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*⁵⁷¹

⁵⁷¹ Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 70 et s.

dans le but d'«assurer une application rapide et plus cohérente, ainsi qu'une efficacité optimale, de ces mesures dans l'ensemble de la Communauté européenne»⁵⁷².

La position commune 2001/931/PESC énonce les critères qui permettent l'inscription sur la liste «noire»⁵⁷³. Elle s'applique ainsi aux personnes, groupes et entités impliquées dans des actes de terrorisme, lorsqu'une décision a été prise par une autorité compétente⁵⁷⁴ à leur égard. Une telle décision peut simplement concerner l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte de terrorisme, ou la tentative de commettre, ou la participation à, ou la facilitation d'un tel acte, basées sur des preuves ou des indices «sérieux et crédibles», ou une condamnation pour de tels faits. Cette liste est ainsi en partie établie par les Institutions de l'Union européenne sur la base des informations fournies par les Etats membres.

Le règlement (CE) n° 2580/2001, qui a été adopté sur base des articles 60, 301 et 308 du Traité instituant la Communauté européenne, ne s'applique qu'à l'égard des personnes et entités ayant des liens ou des relations avec des pays tiers⁵⁷⁵. Le règlement prévoit que c'est le Conseil de l'Union européenne, statuant à l'unanimité, qui établit, révisé et modifie la liste⁵⁷⁶ qui s'avère n'être que la «copie conforme» de la liste annexée à la position commune 2001/931/PESC.

⁵⁷² Proposition de règlement du Conseil *concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international*, 2 octobre 2001, COM(2001) 569 final.

⁵⁷³ Il convient de préciser que de nombreuses différences entre la version originale, en langue anglaise, et la version traduite, en langue française, rendent encore plus obscures les critères d'inscription. Ainsi, comme le mentionne justement Y. Moïny, le paragraphe 4 de la position commune dispose que «la liste à l'annexe est établie sur la base d'informations précises ou d'éléments du dossier qui montrent qu'une décision a été prise» alors que, dans la version anglaise, le même paragraphe a été mis au singulier («the list in the Annex shall be drawn on the basis of precise information or material in the relevant file which indicates that a decision has been taken»). De plus, alors que dans la version anglaise il peut être lu «relevant file», la version française se contente de «dossier». Voir MOÏNY Y., *Le règlement (CE) n° 280/2001 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités impliquées dans des actes de terrorisme – Un règlement communautaire à revoir en profondeur ?*, Revue du droit des technologies de l'information, numéro 28, 2007, p. 193.

⁵⁷⁴ Une autorité compétente étant une autorité judiciaire, ou, dans le cas où l'autorité judiciaire n'a pas compétence dans ce domaine, une autorité compétente équivalente.

⁵⁷⁵ En d'autres termes, les ressortissants européens liés à des activités terroristes n'entrent pas dans le champ d'application personnel du règlement. Ils sont soumis à des mesures nationales, prises au sein des Etats membres.

⁵⁷⁶ Il s'agit dans ce cas de la «liste 931», en référence à la position commune 2001/931/PESC.

Ce cadre juridique doit être enfin complété par la position commune 2002/402/PESC et son règlement (CE) n° 881/2002, déjà présentés, qui visent les personnes et entités liées à Oussama bin Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans⁵⁷⁷. Les règlements ordonnent le gel des fonds et autres ressources économiques appartenant à, ou détenues par, les personnes, groupes ou entités figurant sur les listes en annexe qui sont régulièrement modifiées complétées par la Commission européenne, «sur la base des recensements effectués soit par le Conseil de sécurité des Nations unies, soit par le Comité des sanctions»⁵⁷⁸. Or, la procédure relative à l'inscription sur la liste⁵⁷⁹ effectuée par le Comité des sanctions⁵⁸⁰ est très vivement critiquée. En effet, la lecture des directives régissant la conduite des travaux du Comité des sanctions⁵⁸¹ «ne permet pas de mettre en évidence des critères précis amenant une autorité à prendre la décision d'inscrire un individu ou une entité sur la liste en question» et, «les autorités publiques des Etats disposent d'un libre arbitre quasi total pour composer ces listes»⁵⁸².

2. Les droits fondamentaux pouvant être enfreints par l'inscription sur les listes

L'inscription sur les listes ainsi que le gel des fonds et autres ressources économiques à disposition des personnes physiques ou morales, groupes ou entités figurant sur la liste, a alimenté un contentieux non négligeable qui concerne de nombreux droits comme le droit à la propriété, la diffamation et le droit à un contrôle juridictionnel effectif.

⁵⁷⁷ En effet, le règlement (CE) n° 2580/2001 vient compléter les procédures administratives et judiciaires relatives aux organisations terroristes dans l'Union européenne et les pays tiers, puisque les personnes et entités couvertes par les résolutions 1267(1999) et 1390(2002) du Conseil de sécurité, telles que mises en œuvre par le règlement (CE) n° 881/2002 gelant les fonds de certaines personnes et entités liées au réseau Al-Qaida, ne sont pas visées.

⁵⁷⁸ Article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 881/2002.

⁵⁷⁹ Il s'agit dans ce cas de la «liste Taliban», en référence à la position commune 2002/402/PESC.

⁵⁸⁰ Il s'agit ici du «Comité des sanctions contre Al-Qaida et les Talibans» tel que créé par la résolution 1267(1999) du Conseil de sécurité des Nations unies. Il est l'un des trois organes de lutte contre le terrorisme créés par le Conseil de sécurité, les deux autres sont le «Comité contre le terrorisme» et le «Comité 1540».

⁵⁸¹ Comité du conseil de sécurité créé par la résolution 1267(1999) concernant Al-Qaida, les Talibans et les personnes et entités qui leur sont associées, *Directives régissant la conduite des travaux du Comité*, adoptées le 7 novembre 2002, modifiées les 10 avril 2003, 21 décembre 2005, 29 novembre 2006, 12 février 2007 et 9 décembre 2008.

⁵⁸² LAVAUX S. et PIETERS P., *Les listes nationales et internationales des organisations terroristes*, Revue de droit pénal et de criminologie, juillet-août 2008, p. 734. Les auteurs soulignent à ce propos que selon lesdites directives, «l'existence d'une accusation ou d'une condamnation pénale n'est pas nécessaire pour l'inscription sur la liste récapitulative, les sanctions devant avoir une fin préventive».

Le droit de propriété ne fait pas l'objet d'une reconnaissance «grandiloquente» au niveau européen. En effet, seulement défini dans le premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁵⁸³, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé dans l'arrêt *Möllendorf*⁵⁸⁴ que l'interdiction de mettre des ressources économiques à disposition de personnes physiques ou morales, groupes ou entités désignés par le Comité des sanctions et énumérés à l'annexe I du règlement s'oppose à la transcription définitive sur le registre foncier du transfert de propriété d'un bien immobilier, même si le contrat de vente a été conclu et le prix versé, avant que l'acquéreur n'ait été inscrit sur la liste. Dans le cas d'espèce, la personne concernée avait déjà payé le prix de vente avant son inscription sur la liste et ne pouvait plus recevoir le remboursement du prix de vente du fait du blocage de ses comptes intervenu entre-temps.

Comme cela est évoqué dans le rapport, de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, sur les «listes noires»⁵⁸⁵, «*les procédures d'inscription actuelles laissent place à une autre atteinte aux droits de l'homme : la diffamation*»⁵⁸⁶ puisque «*le seul fait d'inscrire une personne ou une entité sur la liste peut entacher sa réputation en suggérant qu'elle est associée à des terroristes, ou même qu'elle participe directement au terrorisme*».

⁵⁸³ L'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dispose :

«*Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou amendes.»

⁵⁸⁴ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 11 octobre 2007, *Möllendorf et Möllendorf-Niehuus*, C-117/06, Recueil 2007, p. I-8361.

⁵⁸⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations unies et de l'Union européenne*, 16 novembre 2007, Document 11454. Par ailleurs, dans ce rapport, d'autres droits, pouvant être enfreints par la pratique de l'inscription sur les «listes noires» et leurs conséquences, sont identifiés : le droit à la liberté de mouvement, le droit à la santé, le droit à la liberté de religion et le droit au travail.

⁵⁸⁶ L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que :

1. *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.*
2. *Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.*

Cependant, «*c'est sur le terrain du droit à une protection juridictionnelle effective qu'ont été rendues les solutions les plus marquantes, dans le cadre aussi bien du contentieux de la responsabilité que du contentieux de la légalité*»⁵⁸⁷. Le droit à une protection juridictionnelle effective⁵⁸⁸ qui a été consacré par la Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 15 mai 1986⁵⁸⁹, en tant que principe général du droit de l'Union européenne, est en effet le droit «phare» de la jurisprudence communautaire dans les affaires des listes.

Paragraphe 2 : Une jurisprudence communautaire différentielle

La jurisprudence communautaire à propos de l'inscription sur les listes terroristes diffère selon l'origine de la liste concernée, c'est-à-dire selon qu'il s'agit de la «liste 931» issue du règlement (CE) n° 2580/2001 pris sur base de la position commune 2001/931/PESC, qui met en œuvre la résolution 1373(2001) du Conseil de sécurité, ou de la «liste Taliban» issue du règlement (CE) n° 881/2002 pris sur base de la position commune 2002/402/PESC, qui met en œuvre la résolution 1390(2002) du Conseil de sécurité. Cette jurisprudence différentielle a toutefois un dénominateur commun, la mise en évidence des failles du contrôle juridictionnel, qui commence par ces deux questions dont la simplicité n'est qu'apparente : «*quel acte attaquer dans un contentieux de la légalité pour contrariété avec les principes généraux des droits de la défense ? Quelle institution décisionnelle mettre en cause dans un éventuel contentieux de la responsabilité ?*»⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ L'Institut de droit européen des droits de l'homme, SURREL H. (sous la direction de), *Droit communautaire et droits fondamentaux, Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* (2007), Revue trimestrielle des droits de l'homme, volume 75, 2008, p. 688.

⁵⁸⁸ L'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme prévoit que «*toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi*» et, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce que «*les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles*».

⁵⁸⁹ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 15 mai 1986, *Johnston*, Recueil 1986, p. I-1651.

⁵⁹⁰ MIRON A., *La jurisprudence du tribunal de première instance à propos de l'inscription sur les listes terroristes*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 511, septembre 2007, p. 527.

1. Jurisprudence communautaire dans le cas de la «liste 931» : limites au droit à une protection juridictionnelle effective

Il convient tout d'abord d'expliciter les deux catégories de terroristes visés dans la «liste 931». Comme cela a déjà été évoqué, la nature trans-Piliers de la position commune 2001/931/PESC⁵⁹¹ induit une protection juridictionnelle à des degrés différents. La liste annexée à la position commune opère en effet une distinction entre ce qu'il convient d'appeler les terroristes «sans astérisque», visés aux articles 2 et 3 et, les terroristes «avec astérisque», visés à l'article 4⁵⁹². Alors que les premiers qui relèvent du deuxième Pilier, dans le cadre duquel aucun contrôle juridictionnel n'existe, peuvent toutefois attaquer la mesure communautaire qui met en œuvre le règlement (CE) 2580/2001 qui contient la liste où leur nom apparaît, les seconds relèvent du troisième Pilier et uniquement du troisième Pilier.

En ce qui concerne le contentieux relatif à la catégorie des terroristes «avec astérisque», les affaires jointes *Gestoras Pro Amnistía*⁵⁹³ et *Segi*⁵⁹⁴, dans lesquelles les requérants demandaient l'annulation de la position commune 2001/931/PESC, offrent une démonstration éclatante des limites au droit à une protection juridictionnelle effective dans les affaires des listes terroristes. Dans deux arrêts⁵⁹⁵, rendus le même jour, la Cour, tout en reconnaissant que «les traités ont établi un système de voies de recours dans lequel les compétences de la Cour sont, en vertu de l'article 35 UE⁵⁹⁶, moins étendues dans le cadre du titre VI du traité sur

⁵⁹¹ La position commune 2001/931/PESC étant fondée à la fois sur l'article 15, deuxième Pilier, et l'article 34, troisième Pilier.

⁵⁹² Dans la liste annexée à la position commune, pour plus de clarté, il est indiqué dans une note de bas de page que seules «les personnes dont le nom est accompagné d'un * sont uniquement soumises à l'article 4 ».

⁵⁹³ Affaire C-354/04.

⁵⁹⁴ Affaire C-355/04.

⁵⁹⁵ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía*, Recueil 2007, p. I-01579, et Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 27 février 2007, *Segi*, Recueil 2007, p. I-1657.

⁵⁹⁶ La Cour rappelle à ce propos que le titre VI du Traité sur l'Union européenne, à son article 35, prévoit la compétence de la Cour dans trois hypothèses, qui n'incluent pas le recours en indemnité : «En premier lieu, en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 UE, elle est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres et des décisions, sur l'interprétation des conventions établies en vertu du titre VI du traité UE ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application. En deuxième lieu, le paragraphe 6 prévoit également la compétence de la Cour pour contrôler la légalité des décisions-cadres et des décisions lorsqu'un recours est formé par un État membre ou par la Commission des Communautés européennes pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité UE ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir. Enfin, le paragraphe 7 prévoit la compétence de la Cour pour statuer sur tout différend entre États membres concernant l'interprétation ou l'application des actes adoptés au titre de l'article 34, paragraphe 2, UE dès lors que ce différend n'a pu être réglé au sein du Conseil dans les six mois qui ont suivi la saisine de celui-ci par l'un de ses membres ».

l'Union européenne qu'elles ne le sont au titre du traité CE», a estimé que «les requérants ne peuvent toutefois valablement soutenir qu'ils sont privés de toute protection juridictionnelle». L'absence de méconnaissance du droit à une protection juridictionnelle effective est argumentée par une lecture particulièrement restrictive de l'article 35 du Traité sur l'Union européenne⁵⁹⁷. En effet, selon la Cour, «une position commune n'est pas censée avoir par elle-même d'effet juridique vis-à-vis des tiers», ce qui explique que «dans le système institué par le titre VI du traité UE, seules les décisions-cadres et les décisions peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour de justice». Cela signifie-t-il que «contrairement aux positions communes, toutes les décisions-cadres et les décisions produisent des effets juridiques vis-à-vis des tiers ou à tout le moins qu'elles ne sont attaquables que parce qu'elles produisent des effets juridiques à l'égard des tiers»⁵⁹⁸ ? Quoiqu'il en soit, la Cour «renvoie la balle» aux Etats membres puisque, d'une part, «une juridiction nationale qui aurait un doute sérieux sur la question de savoir si cette position commune viserait en réalité à produire des effets de droit vis-à-vis des tiers, pourrait demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel», et d'autre part, «il appartient aux États membres et, notamment, à leurs juridictions, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permette aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'élaboration ou à l'application à leur égard d'un acte de l'Union européenne et de demander réparation du préjudice le cas échéant subi». En résumé, même si la Cour reconnaît les lacunes du contrôle juridictionnel dans le cadre du troisième Pilier, elle conclut à l'absence d'un recours en indemnité dans ce Pilier et à celle d'une violation du principe de protection juridictionnelle effective. Comme cela a pu être titré au sujet de ces arrêts, «almost, but not quite»⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ BERRAMDANE A., *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, Revue du Droit de l'Union Européenne, volume 2, 2007, p. 439.

⁵⁹⁸ Ibid.

⁵⁹⁹ GARBAGNATI-KETVEL M.-G., *Almost, But Not Quite : The Court Of Justice And Judicial Protection Of Individuals In The Third Pillar*, European Law Reporter, numéro 6, juin 2007, p. 223.

Quant à la catégorie des terroristes «sans astérisque», l'affaire *PKK et KNK*⁶⁰⁰, dans laquelle les requérants demandaient l'annulation de deux décisions du Conseil mettant en œuvre le règlement (CE) 2580/2001, doit être présentée. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *PKK et KNK* en janvier 2007⁶⁰¹, la Cour s'est prononcée sur la recevabilité de deux recours en annulation intentés par des particuliers contre des actes dont ils n'étaient pas les destinataires. La Cour⁶⁰², en déclarant recevable le recours formé au nom du PKK, mais irrecevable celui formé au nom du KNK, avait, selon certains, inauguré «une nouvelle grille d'analyse des conditions de recevabilité des recours en annulation intentés par des particuliers» qui laissait entrevoir pour les personnes physiques ou morales des «promesses» dans les cas de violation de leurs droits fondamentaux par un acte communautaire dont elles ne sont pas destinataires⁶⁰³. Dans cet arrêt, la Cour ayant déclaré recevable le recours introduit au nom du PKK, a renvoyé l'affaire devant le tribunal de première instance des Communautés afin qu'il statue sur le fond. Ainsi, le tribunal de première instance⁶⁰⁴, se fondant entre autres sur l'arrêt dans l'affaire de l'*Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*⁶⁰⁵, a annulé la décision du Conseil litigieuse pour manque de motivation : «la motivation exigée par l'article 253 CE doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et du contexte dans lequel il a été adopté» et, «elle doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise, et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle de légalité». Par ailleurs, il convient de souligner que dans l'arrêt *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, le Tribunal a annulé la décision du Conseil litigieuse pour violation de l'obligation de motivation, mais aussi pour violation des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective⁶⁰⁶.

⁶⁰⁰ Affaire C-229/05.

⁶⁰¹ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 18 janvier 2007, *PKK et KNK*, Recueil 2007, p. I-439.

⁶⁰² La Cour a rappelé à cette occasion que «la Communauté européenne est une communauté de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux» et que «dès lors, les particuliers doivent pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire (...)».

⁶⁰³ MARCIALI S., *Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 509, juin 2007, p. 385.

⁶⁰⁴ Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 3 avril 2008, *PKK*, Recueil 2008, p. II-45.

⁶⁰⁵ Affaire T-228/02. Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, Recueil 2006, p. II-4665.

⁶⁰⁶ A ce propos, le tribunal précise que «d'une part, en effet, la garantie des droits de la défense contribue à assurer le bon exercice du droit à une protection juridictionnelle effective» et «d'autre part, il existe un rapport étroit entre le droit à un recours juridictionnel effectif et l'obligation de motivation ».

Il apparaît ainsi très clairement que le degré de protection juridictionnelle est fonction de l'article de la position commune 2001/931/PESC dont relèvent les personnes, groupes ou entités inscrites sur la «liste 931». Les garanties juridictionnelles sont considérablement moindres si leur nom est suivi par un astérisque puisque seuls ceux dont le nom n'est pas suivi d'un astérisque font l'objet d'une décision mettant en œuvre le règlement (CE) 2580/2001, décision qui, parce qu'elle les concerne directement et individuellement, peut être attaquée.

2. Jurisprudence communautaire dans le cas de la «liste Taliban» : immunité juridictionnelle

Jusqu'à un arrêt récent qui sera commenté ultérieurement, dans toutes les affaires concernant la «liste Taliban», le juge communautaire s'est incliné devant les actes onusiens. Ainsi, dans les arrêts du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans les affaires *Yusuf et Al Barakaat*⁶⁰⁷ et *Yassin Abdullah Kadi*⁶⁰⁸, dont le raisonnement sera appliqué à l'identique dans d'autres affaires comme celles de *Chafiq Ayadi*⁶⁰⁹ ou *Faraj Hassan*⁶¹⁰, le Tribunal a rejeté les demandes d'annulation des règlements communautaires litigieux qui mettaient en œuvre les fameuses sanctions «intelligentes», telles que prévues par la résolution 1390(2002) du Conseil de sécurité des Nations unies.

Le Tribunal a examiné en premier lieu *«l'articulation entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique national ou communautaire, ainsi que la mesure dans laquelle les compétences de la Communauté et de ses Etats membres sont liées par des résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies»*. Rappelant la primauté des obligations de la Charte des Nations unies en vertu de son article 103, qui s'étend *«aux décisions contenues dans une résolution du Conseil de sécurité, conformément à l'article 25 de la charte des Nations unies, aux termes duquel les membres de l'ONU sont tenus d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité»*, le Tribunal a considéré que *«la Communauté doit être considérée comme liée par les obligations résultant de la charte des Nations unies, de la même façon que le sont ses Etats membres, en*

⁶⁰⁷ Affaire T-306/01. Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat*, Recueil 2005, p. II-3533.

⁶⁰⁸ Affaire T-315/01. Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi*, Recueil 2005, p. II-3533.

⁶⁰⁹ Affaire T-253/02.

vertu même du traité l'instituant» et que, par conséquent c'est *«en vertu du traité CE lui-même, que la Communauté était tenue de donner effet aux résolutions en question du Conseil de sécurité, dans le domaine de ses compétences»*. Si, en vertu de l'article 103 de la Charte et de l'article 307 du Traité instituant la Communauté européenne, *«le voile de la personnalité morale d'une organisation internationale, distincte bien entendu de celle de ses Etats membres, est déchiré pour laisser apparaître les Etats membres eux-mêmes»⁶¹¹*, c'est donc également en vertu de ces mêmes articles que *«l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par l'ordre juridique communautaire, soit aux principes de cet ordre juridique ne saurait affecter la validité d'une résolution du Conseil de sécurité ou son effet sur le territoire de la Communauté»*. En conclusion, selon le Tribunal, les Institutions ne disposaient d'aucune marge d'appréciation autonome, elles ne pouvaient ni modifier les résolutions ni mettre en place un mécanisme susceptible de donner lieu à une telle modification.

Cependant, le Tribunal qui a ainsi considéré que *«les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent en principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire»*, s'est estimé *«tenu, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer ce droit d'une manière qui soit compatible avec les obligations des États membres au titre de la charte des Nations unies»*. En procédant de la sorte, le Tribunal a voulu tout de même souligner son attachement au fait que la Communauté européenne est une communauté de droit même si cet attachement doit être nuancé par l'importance significative de l'objectif poursuivi par les sanctions *«qui est notamment, aux termes de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, à laquelle renvoie le considérant 3 du règlement attaqué, de lutter par tous les moyens, conformément à la charte des Nations unies, contre les menaces à la paix et à la sécurité internationales que font peser les actes de terrorisme»*.

⁶¹⁰ Affaire T-49/04.

⁶¹¹ KARAGIANNIS S., *Certains comportements récents du Conseil de sécurité des Nations Unies en matière de droits de l'homme – A propos de la question des «listes noires» du Comité des sanctions*, document de travail, in Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, mémoire introductif de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations unies*, 19 mars 2007, Document AS/Jur (2007) 14*.

Cette solution de «soumission» de la Communauté européenne aux actes onusiens pose de sérieuses questions au regard de la jurisprudence et du droit communautaire. Les requérants demandaient l'annulation des actes communautaires par lesquels ils ont été inclus dans la liste, pas des résolutions du Conseil de sécurité et même si, ces actes ne sont qu'une transcription au niveau communautaire des résolutions onusiennes, ils n'en demeurent pas moins régis par le droit communautaire. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en avait déjà jugé autrement. En effet, dans l'arrêt *Bosphorus*⁶¹², la Cour qui devait examiner si un règlement adopté pour mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, imposant un embargo commercial sur la République fédérale de Yougoslavie, violait des droits fondamentaux et le principe de proportionnalité, a jugé qu'«*au regard d'un objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale qui consiste à mettre un terme à l'état de guerre dans la région et aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la république de Bosnie-Herzégovine, la saisie de l'aéronef en question qui est la propriété d'une personne ayant son siège dans la république fédérative de Yougoslavie ou opérant depuis cette république ne saurait passer pour inadéquate ou disproportionnée*». La Cour n'a suggéré à aucun moment qu'elle n'était pas compétente pour contrôler le règlement au motif que celui-ci était nécessaire pour mettre en œuvre le régime de sanctions adopté par le Conseil de sécurité⁶¹³. Un contrôle des actes communautaires ordonnant le gel des fonds au regard de l'obligation de respect des droits fondamentaux tel qu'érigés au rang de principes généraux du droit communautaire à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, ne revient pas à un contrôle indirect des mesures prises par le Conseil de sécurité des Nations unies.

Ces quelques commentaires sur la jurisprudence communautaire à propos des inscriptions sur les «listes Taliban» vont trouver un écho dans un arrêt récent de la Cour de justice des Communautés européennes qui a opéré un renversement de jurisprudence.

⁶¹² Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 30 juillet 1996, *Bosphorus*, Recueil 1996, p. I-03953. Voir les Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro, présentées le 23 janvier 2008, dans l'affaire C-415/05 P, *Al Barakaat*.

⁶¹³ Certes, dans l'affaire *Bosphorus*, il ne s'agissait que d'une question préjudicielle, contrairement aux affaires précitées, mais "*it is clear from the structure of both the Opinion of Advocate-General Jacobs and the judgment of the Court that the human rights claims advanced by Bosphorus concerned the Regulation's validity*". Cf. EECKHOUT P., *Community Terrorism Listing, Fundamental Rights, And UN Security Council Resolutions. In Search Of The Right Fit*, *European Constitutional Law Review*, volume 3, 2007, p. 200.

Sous-section 2 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes «Kadi» et «Al Barakaat» : un renversement de jurisprudence ?

Le 3 septembre 2008, la Cour de justice des Communautés européennes a statué sur les pourvois introduits par Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation⁶¹⁴. En déclarant et arrêtant que les arrêts du Tribunal de première instance sont annulés, tout comme le règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil, pour autant qu'il concerne les deux requérants, c'est un véritable «coup de tonnerre» qui a retenti dans le ciel européen, voire international. Pourtant, la Cour n'a pas innové, elle a seulement réaffirmé des principes qui auraient dû guider le Tribunal. Parmi ces principes, la Cour a rappelé «haut et fort» que le respect des droits de l'homme est une condition de la légalité des actes communautaires et, dans une autre mesure, que le juge communautaire n'est pas un juge international.

Paragraphe 1 : Le respect des droits de l'Homme est une condition de la légalité des actes communautaires

La Cour a débuté son analyse par le rappel, qui figurait également dans les arrêts du Tribunal, que «*la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE*»⁶¹⁵. Puis, elle a «exhumé» un principe, fondamental, selon lequel «*le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires et que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect de ceux-ci*». Elle en a alors déduit que «*les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre*

⁶¹⁴ Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P. Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, Recueil 2008. Pour mémoire, le Tribunal de première instance des Communautés européennes avait rejeté les demandes d'annulation des règlements communautaires litigieux. La Cour de justice des Communautés européennes a été saisie de deux pourvois contre les arrêts du Tribunal de première instance.

⁶¹⁵ Principe fondamental consacré par la Cour dans l'arrêt *Les Verts* en 1986. Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts*, Recueil 1986, p. I-1339.

du système complet de voies de recours qu'établit ce traité» et, elle en a conclu que le règlement litigieux ne respectait pas les droits fondamentaux invoqués⁶¹⁶.

Ainsi, selon la Cour, le contrôle de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme incontournable puisqu'il est l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du Traité, en tant que système juridique autonome, à laquelle un accord international ne peut porter atteinte. Deux éclaircissements s'imposent. Tout d'abord, bien que la Communauté ne dispose pas d'une constitution au sens formel, la Cour semble pourtant reconnaître l'existence d'une structure constitutionnelle liant les Etats membres⁶¹⁷ et constituant le «ciment» de la Communauté. Deuxièmement, la Cour légitime son contrôle par l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Cette autonomie, qui s'appuie sur une jurisprudence antérieure, *«implique en effet que la logique propre au système communautaire s'impose la cas échéant au détriment des conceptions du droit international et du droit interne des Etats membres»*⁶¹⁸.

L'arrêt de la Cour était toutefois particulièrement attendu quant à l'analyse de la question cruciale soulevée dans l'affaire *Kadi*, c'est-à-dire sur l'analyse des rapports entre l'ordre juridique international issu de l'Organisation des Nations unies et l'ordre juridique communautaire.

Paragraphe 2 : Le juge communautaire n'est pas un juge international

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes avait considéré qu'il n'avait, en principe, aucune compétence pour contrôler la légalité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies et du règlement communautaire litigieux, sauf au regard du *jus cogens*, étant donné que les Etats membres sont tenus de se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité selon les termes de la Charte des Nations Unies, Traité international qui prime sur le droit communautaire. La Cour a estimé que le Tribunal avait commis une erreur

⁶¹⁶ La Cour a en effet estimé que l'inscription des requérants sur la liste violait le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit de propriété tels qu'ils sont protégés dans l'ordre juridique communautaire.

⁶¹⁷ LE COTTIER D., *L'exception communautaire en matière de protection des droits fondamentaux : quelle hiérarchie entre le droit international et le droit communautaire ? Commentaire de l'arrêt Kadi*, article consultable à l'adresse suivante : <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/idie/index.php/tag/CEDH>

⁶¹⁸ GAUTIER M., *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la CJCE*, La semaine juridique, édition générale 2008, anno 82, numéros 45-46, 5 novembre 2008, p. 38.

de droit en jugeant que les juridictions communautaires n'avaient, en principe, aucune compétence pour contrôler la légalité interne du règlement attaqué.

Pour beaucoup, le contrôle opéré de l'acte communautaire revient à contrôler indirectement la résolution du Conseil de sécurité, puisqu'il retranscrit à la lettre l'acte onusien et le raisonnement développé par la Cour pour y procéder est apocryphe⁶¹⁹. Pourtant, la Cour se positionne en gardienne de l'Etat de droit européen et non en juge international dans la mesure où *«la compétence de la Cour se pose en effet dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté, dont relève le règlement litigieux, et dans lequel la Cour est compétente pour contrôler la validité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux»*. Ainsi, la Cour a mis en avant l'autonomie de l'ordre juridique européen par rapport à l'ordre international et justifie en partie sa compétence pour exercer le contrôle en raison de cette autonomie : l'acte communautaire litigieux relève du droit communautaire⁶²⁰.

De plus, en précisant que *«les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies»*, la Cour a indiqué également que le maintien de la paix et de la sécurité internationales, dont la lutte contre le terrorisme fait partie, ne peut déroger au respect *«de la liberté, de la démocratie ainsi que du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés à l'article 6, paragraphe 1, UE en tant que fondement de l'Union»*.

⁶¹⁹ GAUTIER M., *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la CJCE*, op. cit., p. 38.

⁶²⁰ La Cour a en effet constaté qu'une telle immunité juridictionnelle n'avait pas de fondement dans le Traité instituant la Communauté européenne. Elle a souligné qu'aucune disposition de celui-ci et, en particulier l'article 307, ne pouvait pas être comprise comme autorisant une dérogation aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés par l'article 6, paragraphe 1, du Traité sur l'Union européenne. Enfin, la Cour a constaté que la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique communautaire ne donnait pas la primauté absolue aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, cette primauté ne s'étendant pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux.

Toutefois, l'émancipation dont fait preuve le juge communautaire doit être nuancée. Reconnaisant que le gel pouvait effectivement être justifié et considérant les circonstances en cause et les conséquences que pourraient avoir cette annulation, la Cour a maintenu les effets des décisions de gel à l'égard des parties requérantes jusqu'au 3 décembre 2008.

Depuis lors, la Communauté s'est conformée aux exigences de l'arrêt et a communiqué aux parties concernées les motifs de leur inscription sur la liste et leur a donné la possibilité de formuler des observations. Compte tenu des observations reçues, la Commission a adopté le règlement (CE) n° 1190/2008 relatif à l'inscription de M. Kadi et d'Al Barakaat International Foundation sur la liste, qui est entrée en vigueur le 3 décembre 2008. La Commission a également invité les parties qui ont été inscrites sur la liste depuis la date de l'arrêt à entrer en contact avec elle afin qu'elle leur communique les motifs de leur inscription. Enfin, suite à l'arrêt de la Cour du 3 septembre 2008, une proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 881/2002 a été présentée par la Commission en avril 2009⁶²¹. Celui-ci prévoit de modifier la procédure d'inscription sur la liste afin d'«*offrir une procédure respectant les droits fondamentaux qui sera suivie pour les personnes et les entités inscrites récemment dans une liste par les Nations unies*»⁶²².

En annulant un règlement communautaire d'exécution de sanctions internationales à l'encontre de présumés terroristes, la juridiction communautaire a montré un important signe de résistance. La Cour veut ainsi tempérer la politique de lutte contre le terrorisme telle que «dirigée» par Les Etats-Unis d'Amérique depuis l'Organisation des Nations unies. Le 29 avril 2010, la Cour de justice de l'Union européenne s'est de nouveau penchée sur la question de l'exécution du règlement communautaire relatif aux *smart* sanctions. Dans cette affaire, le juge de l'Union a considéré que les sanctions financières ne s'appliquaient pas aux «*prestations de sécurité sociale ou d'assistance versées par l'Etat à l'épouse d'une personne désignée par le comité (...)*»⁶²³.

⁶²¹ Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, 22 avril 2009, document COM(2009) 187 final.

⁶²² Le quatrième considérant de la proposition de règlement prévoit en effet que «à la suite de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 3 septembre 2008 dans les affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, le règlement (CE) n° 881/2002 doit être modifié afin d'instituer une procédure d'inscription sur la liste garantissant que les droits fondamentaux de la défense et en particulier celui d'être entendu sont respectés ».

⁶²³ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 29 avril 2010, *M e.a. contre Her Majesty Treasury*, affaire C-340/08, Recueil 2010.

Chapitre II:

**Le juge communautaire et les mesures européennes de lutte contre le terrorisme confrontées au principe fondamental de non-discrimination:
une place à prendre**

Lorsque les mesures de lutte contre le terrorisme rencontrent le principe de non-discrimination, instrument privilégié et expression particulière de celui d'égalité⁶²⁴, ils se heurtent. Ce constat, qui vaut autant pour les mesures prises au niveau européen que celles prises par les Etats membres, devrait donner au juge communautaire une place centrale puisque, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, «*s'il existe un droit, il doit exister un recours*».

Si la Cour n'est pas compétente dans tous les domaines du droit de l'Union et pour tous les actes de droit communautaire, elle peut tout de même contrôler indirectement les actes du deuxième Pilier en portant son contrôle sur les actes du premier qui les mettent en œuvre, comme cela vient d'être exposé avec les affaires jointes *Kadi* et *Al Barakaat*. De plus, comme elle a eu l'occasion de le préciser dans l'arrêt *Pupino*⁶²⁵, le fait que ses compétences soient moins étendues dans le cadre du troisième Pilier qu'en droit communautaire ne s'oppose pas à l'existence de l'obligation d'interprétation conforme et qu'il est parfaitement compréhensible que les auteurs du Traité aient estimé utile de prévoir dans le cadre du troisième Pilier, le recours à des instruments juridiques comportant des effets analogues à ceux prévus par le Traité instituant la Communauté européenne, en vue de contribuer efficacement à la poursuite des objectifs de l'Union. Cet arrêt, qui a sonné comme une anticipation du Traité de Lisbonne⁶²⁶, amène à penser que le juge communautaire a toute sa place dans le contrôle du respect du principe fondamental de non-discrimination dans les affaires tirées de la lutte contre le terrorisme.

⁶²⁴ HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, L. G. D. J., Paris, 2003.

⁶²⁵ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 16 juin 2005, *Pupino*, Recueil 2005, p. I-05285.

⁶²⁶ Voir l'article de WEYEMBERGH A., *L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence d'interprétation conforme : la Cour de justice pose les jalons*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2007.

Section 1: La lutte contre le terrorisme et le principe fondamental de non-discrimination: mesures européennes

Bien que le principe de non-discrimination ait été élevé au rang de principe fondamental du droit communautaire par le juge, la «stratégie européenne de lutte contre le terrorisme», telle qu'adoptée par le Conseil de l'Union européenne, est porteuse de pratiques discriminatoires qui ne peuvent être justifiées par l'objectif de sécurité européenne.

Sous-section 1: Le principe fondamental de non-discrimination et les politiques européennes de lutte contre le terrorisme

Le droit à ne pas être discriminé est un droit fondamental garanti par de nombreux instruments juridiques européens et internationaux⁶²⁷. Pourtant, en matière de lutte contre le terrorisme et alors même que le caractère discriminant de certaines des mesures de cette lutte est avéré, le principe de non-discrimination n'occupe qu'une place récente et mineure.

Paragraphe 1: Le principe fondamental de non-discrimination en droit européen

Ce fut à l'occasion de l'affaire *Rückdeschel* que la Cour de justice des Communautés européennes déclara pour la première fois que «*l'interdiction de la discrimination énoncée [à l'article 40 du Traité CEE] n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire*»⁶²⁸. Deux remarques s'imposent: contrairement aux législations de certains Etats membres de l'Union européenne, l'égalité de traitement est définie ici de manière négative comme étant l'absence de toute discrimination et, le droit de non-discrimination est un principe fondamental du droit communautaire.

⁶²⁷ Parmi ces instruments, peuvent être citées les dispositions suivantes: l'article 14 de la Convention européenne des droits humains et son nouveau Protocole 12, la première partie de la Charte sociale européenne, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, des conventions internationales qui interdisent aussi spécifiquement la discrimination (Convention de l'Organisation des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention de l'Organisation des Nations unies sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, la Convention de l'Organisation des Nations unies sur les droits de l'enfant, la Convention de l'Organisation internationale du Travail sur la discrimination en matière de travail et d'emploi...).

⁶²⁸ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 19 octobre 1977, *Albert Rückdeschel & Co et al contre Hauptzollamt Itzehoe*, Recueil 1977, p. I-1753.

Avant le Traité d'Amsterdam, l'action communautaire dans le domaine de la lutte contre la discrimination portait principalement sur la prévention de la discrimination fondée sur la nationalité et le sexe⁶²⁹. L'article 6A, devenu l'article 13⁶³⁰, fut inséré dans le Traité instituant la Communauté européenne. Cet article octroie à la Communauté des compétences nouvelles en matière de lutte contre la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Il convient de souligner que l'article 13 ne constitue par une interdiction générale de discrimination, il n'est qu'une base juridique. Toutefois, «*l'applicabilité de l'article 13 CE est potentiellement illimitée 'ratione materiae' puisque le bénéfice non-discriminatoire de n'importe quel droit ou avantage est susceptible de rentrer dans le syncrétique 'champ communautaire'*»⁶³¹. Le Conseil de l'Union européenne, «*étonnamment prompt à faire usage de ses nouvelles prérogatives*»⁶³², adopta rapidement deux législations communautaires fondées sur l'article 13: la Directive 2000/43/CE⁶³³ qui met en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique en matière d'emploi et de formation, d'éducation, de protection sociale (sécurité sociale et soins de santé notamment), d'avantages sociaux, d'appartenance et de participation à des organisations de travailleurs et d'employeurs, et d'accès aux biens et aux services et, la Directive 2000/78/CE⁶³⁴ mettant en

⁶²⁹ Dans le cadre du Traité instituant la Communauté européenne, l'article 12 prévoit que toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite. Parallèlement, l'article 141 souligne le principe de non-discrimination entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'égalité de rémunération.

⁶³⁰ L'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne dispose que:

«*Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* »

⁶³¹ DUBOUT E., *Tu ne discrimineras pas...L'apport du droit communautaire au droit interne*, Droits fondamentaux, numéro 2, janvier-décembre 2002, p. 48. En effet, L'article 13 ne fixe aucune limite au champ matériel concernant les mesures juridiques de lutte contre les discriminations, dès lors que ces mesures restent dans le champ du droit communautaire. Ce qui importe n'est donc pas tant l'étendue du champ matériel, mais ses conséquences en termes d'ampleur de la réglementation des secteurs concernés. Tous les aspects du droit communautaire peuvent donc être couverts, mais le niveau de détails des dispositions anti-discrimination pourra varier selon que le secteur est réglementé en détail ou non au niveau communautaire.

Pour un exposé complet sur l'article 13, voir DUBOUT E., *L'article 13 du Traité CE – La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁶³² RINGELHEIM J., *L'Europe en quête d'égalité: Genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique*, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, Working Paper 2008/02. Article téléchargeable à partir de l'adresse suivante: <http://www.cpdr.ucl.ac.be/cridho>

⁶³³ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 180, 19 juillet 2000, p. 22 et s.

⁶³⁴ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 303, 2 décembre 2000, p. 16 et s. Il est à noter qu'une proposition de directive fondée sur l'article 13, visant à étendre le champ d'application matériel de la protection contre les discriminations fondées sur un handicap, l'âge,

œuvre le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation, indépendamment de la religion ou des convictions, d'un handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi, la formation et l'appartenance et la participation à des organisations de travailleurs et d'employeurs. Le champ d'application de la Directive 2000/43/CE incluant *«l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public»* et le neuvième considérant affirmant que la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique peut *«compromettre l'objectif de développer l'Union européenne en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice»*, certains avaient donc supposé que la directive couvrait les missions de police et de maintien de l'ordre et par conséquent, dans une certaine mesure, la lutte contre le terrorisme. Cependant, non seulement une telle interprétation n'a pas encore été évaluée devant la Cour de justice des Communautés européennes ou les tribunaux nationaux, mais, de plus, les experts en droit européen s'accordent à dire que cette directive ne s'applique qu'aux biens et services mentionnés dans le Traité d'Amsterdam, ce qui exclut les institutions policières.

Il faut aussi noter que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit la discrimination fondée notamment sur les six motifs de discrimination mentionnés à l'article 13 et à sept motifs de discrimination supplémentaires: les origines sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune et la naissance. Bien que toujours non contraignante, cette disposition s'adresse, en vertu de l'article 51, *«aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union»*.

Enfin, l'article 12 du Traité instituant la Communauté interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité et donne au Conseil la possibilité de prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.

Les discriminations sur base de la race ou de l'origine ethnique sont également reliées aux problèmes du racisme et de la xénophobie. Sur ce point, le Traité d'Amsterdam a élevé la lutte contre ces phénomènes au rang des objectifs de l'Union européenne. Ainsi, l'article 29 du Traité sur l'Union européenne considère l'élaboration d'une action en commun entre les Etats

la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle en dehors de la sphère de l'emploi, est actuellement débattue au Conseil de l'Union européenne.

membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes, comme un moyen de réaliser l'objectif de l'Union consistant à offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Paragraphe 2: La place du principe de non-discrimination dans les politiques européennes de lutte contre le terrorisme: une place mineure

Les messages du devoir de respect du droit à la non-discrimination en combattant le terrorisme s'adressent généralement aux Etats et non à l'Union, alors que ceux-ci, principalement, transposent des mesures européennes de lutte contre le terrorisme et que, comme cela vient d'être évoqué, la clause de non-discrimination contenue dans la Charte s'adresse aussi aux institutions et organes de l'Union.

Ainsi, la deuxième ligne directrice sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme énonce que *«les mesures prises par les Etats 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»*⁶³⁵. De même, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, dans sa huitième recommandation de politique générale sur les luttes contre le racisme et le terrorisme, recommande aux gouvernements des Etats membres *«d'examiner la législation et les réglementations adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme pour s'assurer qu'elles n'établissent pas de discrimination directe ou indirecte contre des personnes ou groupes de personnes, notamment pour des motifs de «race», de couleur, de langue, de religion, de nationalité ou d'origine nationale ou ethnique, et d'abroger toute législation discriminatoire de ce type»*⁶³⁶. Dans sa quatrième déclaration de politique générale⁶³⁷, le Réseau européen contre le racisme s'adresse certes aux Etats membres, mais aussi à l'Union européenne en tant qu'«élaboratrice de la réponse coordonnée au terrorisme»⁶³⁸ et l'appelle à

⁶³⁵ «Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme », adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002.

⁶³⁶ ECRI, *Recommandation de politique générale n° 8 de l'ECRI – pour lutter contre le racisme tout en combattant le terrorisme*, 17 mars 2004.

⁶³⁷ ENAR, *Déclaration de politique générale n° 4 – le contre-terrorisme et la lutte contre le racisme*, novembre 2007.

⁶³⁸ Le Réseau s'adresse également à l'Union au regard de sa «responsabilité importante consistant à respecter et protéger activement les droits fondamentaux au travers des normes adoptées pour l'Union et les Etats membres ». Voir le communiqué de presse de l'ENAR en date du 5 juillet 2009, *Programme de Stockholm: la*

«mettre pleinement en œuvre les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme».

Bien que les instruments européens de lutte contre le terrorisme rappellent tous qu'ils respectent les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par les normes européennes et internationales⁶³⁹, ils ne précisent pas pour autant qu'ils ne sauraient entraîner des pratiques discriminatoires⁶⁴⁰. Ce n'est que dans le Plan d'action de lutte contre le terrorisme «révisé» qu'il est prévu de «cibler les inégalités et les discriminations là où elles existent au sein de l'Union européenne et promouvoir l'intégration à long terme lorsque cela s'avère approprié»⁶⁴¹ et que, par ailleurs, il est fait référence aux directives communautaires 2000/43/CE et 2000/78/CE en ce qui concerne l'assistance aux victimes de terrorisme.

Les outils antiterroristes européens peuvent pourtant être porteurs de discriminations comme en témoignent les rapports annuels d'Europol. En effet, si, depuis les attentats perpétrés sur les sols américain et européen, l'accent est mis sur le «terrorisme islamiste»⁶⁴² en tant que menace majeure, Europol convient dans son dernier rapport sur le terrorisme que «*Islamist terrorism is still perceived as being the biggest threat worldwide, despite the fact that the EU only faced one Islamist terrorist attack in 2008*»⁶⁴³. Cette constatation se lit dans les données recueillies par Europol dans le rapport de 2007⁶⁴⁴: sur 498 attaques enregistrées pour l'année 2006, une

présidence suédoise se fera-t-elle la championne des droits fondamentaux? Il est par ailleurs indiqué au sujet des dernières priorités de l'Union européenne en matière de justice et affaires intérieures que «*la lutte contre le terrorisme soit menée dans le cadre des droits de l'homme et de l'anti-discrimination* ».

⁶³⁹ Il convient également de souligner que ce n'est que dans le second rapport de la Commission de 2007 fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme qu'il est rappelé que «*les mesures antiterroristes telles que la législation d'application doivent être appliquées dans le strict respect des droits fondamentaux et du principe de légalité*» et que «*plus il sera garanti que l'UE et les Etats membres respecteront les droits fondamentaux dans leur application du droit communautaire, plus l'Union aura de chances de faire des avancées décisives dans la lutte antiterroriste*» (de telles mentions n'apparaissent pas dans le premier rapport effectué en 2004). Voir la Rapport de la Commission du 6 novembre 2007 fondé sur l'article 11 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, COM(2007) 681 final.

⁶⁴⁰ Ils mettent surtout en avant que l'Union se fonde sur les valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres et que le terrorisme constitue l'une des plus sérieuses violations de ces principes.

⁶⁴¹ Commission staff working document, *Revised Action Plan on Terrorism*, document SEC(2006) 686.

⁶⁴² La définition suivante du «terrorisme islamiste» est reprise dans le rapport d'Europol de 2007: «*Islamist terrorism is motivated either in whole or in part by an extreme interpretation of Islam and the use of violence is regarded by its practitioners as a divine duty or sacramental act*». Cette définition est tirée de HOFFMAN B., *Inside Terrorism*, Columbia University Press, 2006, p. 83.

⁶⁴³ TE-SAT 2009, *EU Terrorism Situation and Trend Report*, Europol, consultable à l'adresse suivante: http://www.europol.europa.eu/publications/EU_Terrorism_Situation_and_Trend_Report_TE-SAT/TE-SAT2009.pdf

⁶⁴⁴ Il doit être précisé que des données chiffrées dans les rapports d'Europol sur la situation du terrorisme dans l'Union européenne, seules celles pour l'année 2006 relatives au nombre d'attaques terroristes ventilées par

seule appartiendrait à la mouvance islamiste, pourtant, sur le total des personnes suspectées de terrorisme, une large majorité a été arrêtée pour suspicion de terrorisme islamiste⁶⁴⁵. Bien sûr, ces données peuvent être interprétées comme étant une indication du "bien-fondé" des mesures de lutte contre le terrorisme, «*an indication of the amount of law enforcement activities*»⁶⁴⁶, mais elles peuvent aussi révéler «*une orientation déficiente*»⁶⁴⁷.

Cette «orientation déficiente» se retrouve en effet dans certaines mesures de la Stratégie européenne de lutte contre le terrorisme qui s'avèrent être, de surcroît, discriminatoires.

Sous-section 2: La Stratégie européenne de lutte contre le terrorisme: une stratégie porteuse de pratiques discriminatoires

Le Conseil de l'Union européenne a adopté en 2005 la «Stratégie de lutte contre le terrorisme»⁶⁴⁸. Cette stratégie est divisée en quatre axes intitulés «prévention», «protection», «poursuite» et «réaction»⁶⁴⁹. Les mesures de prévention, qui visent à lutter contre la radicalisation et le recrutement de terroristes en déterminant les méthodes, la propagande ainsi que tous les outils qu'ils utilisent, incluent l'identification de terroristes potentiels, c'est-à-dire l'élaboration de «profils terroristes». L'axe «protection» vise à réduire la vulnérabilité des cibles aux attentats et de limiter les conséquences de ces derniers et propose entre autres pour ce faire la mise en place d'une action collective au niveau de la protection des frontières. Certaines des mesures mises en place sous ces deux volets de la stratégie s'avèrent être discriminatoires dans la mesure où elles introduisent des inégalités de traitement principalement sur base de la nationalité, de la religion, de la «race» ou de l'origine ethnique.

mouvance sont précises. Pour les autres, c'est-à-dire les mêmes données pour les années suivantes et le nombre de personnes arrêtées, la Grande-Bretagne a communiqué des totaux non ventilés. Le rapport 2007 est consultable à l'adresse suivante:

http://www.europol.europa.eu/publications/EU_Terrorism_Situation_and_Trend_Report_TE-SAT/TE-SAT2007.pdf

⁶⁴⁵ Comme il peut être lu dans ce rapport, "*investigations into Islamist terrorism are clearly a priority for Member States' law enforcement as demonstrated by the number of arrested suspects reported by Member States*".

⁶⁴⁶ Voir le rapport d'Europol de 2009 susmentionné.

⁶⁴⁷ ENAR, *Déclaration de politique générale n° 4, op. cit.*

⁶⁴⁸ Conseil de l'Union européenne, *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, 30 novembre 2005, document 14469/4/05-REV 4.

⁶⁴⁹ Seuls les axes «prévention» et «protection» feront l'objet de développements. Les volets «poursuite» et «réaction» consistent quant à eux en la poursuite des terroristes au-delà des frontières, la lutte contre les sources de financement du terrorisme et, l'optimisation des moyens dont disposent les Etats membres pour faire face aux attaques terroristes.

Paragraphe 1: L'axe «prévention» de la stratégie européenne de lutte contre le terrorisme: élaboration de «profils terroristes»

Fin 2002, le Conseil de l'Union européenne, sur proposition du Groupe «terrorisme», a adopté une recommandation *relative à l'élaboration de profils terroristes*⁶⁵⁰. Comme son intitulé l'indique, ce document recommande l'élaboration de profils terroristes⁶⁵¹ sur base, notamment, de différents éléments comme la nationalité, l'âge, le sexe, le lieu de naissance, caractéristiques psychosociologiques et les documents de voyage⁶⁵² afin d'identifier des terroristes avant l'exécution d'une action terroriste. Par ailleurs, un groupe d'experts d'Europol et de certains Etats membres a été établi dans ce but⁶⁵³.

R. Badinter, dans son rapport *sur l'Union européenne et les droits de l'Homme*⁶⁵⁴, relève que, parmi «des motifs de préoccupation», «la recommandation adoptée par le Conseil en 2002 relative à l'élaboration de 'profils terroristes' présente un risque important de discrimination». En effet, ce type d'identification, qui se veut fondée sur le renseignement et donc distincte des techniques d'élaboration de profils selon la «race» ou l'origine ethnique⁶⁵⁵, revient en vérité à ces dernières puisque «cibler des personnes parce qu'elles correspondent à un certain stéréotype (le jeune musulman pratiquant qui, à un moment ou un autre, s'est rendu au Pakistan, par exemple), c'est bel et bien faire du profilage ethnique, racial et religieux»⁶⁵⁶. Cependant, cela n'est pas suffisant pour établir que l'élaboration de profils terroristes est une pratique discriminatoire. D. Moeckli, dans son ouvrage "*Human Rights and*

⁶⁵⁰ Conseil de l'Union européenne, *Projet de recommandation du Conseil relative à l'élaboration de profils terroristes*, 18 novembre 2002, document 11858/3/02 REV 3.

⁶⁵¹ Il est précisé dans ladite recommandation que «l'élaboration de profils terroristes consiste à réunir une série de paramètres physiques, psychologiques ou comportementaux qui ont été identifiés comme étant caractéristiques des personnes impliquées dans des activités terroristes, et qui peuvent présenter un intérêt prévisionnel à cet égard».

⁶⁵² La liste complète des éléments pouvant être inclus dans la présentation des profils terroristes est la suivante: nationalité, document de voyage, mode et moyen de transport, âge, sexe, signes physiques particuliers, éducation, identité d'emprunt, utilisation de techniques de contre-enquête et de contre-interrogatoire, résidences, méthodes de communication, lieu de naissance, caractéristiques psychosociologiques, situation familiale, compétences en technologies de pointe, compétences en matière de maniement d'armes non conventionnelles, participation à une formation paramilitaire aéronautique ou autre technique spécialisée.

⁶⁵³ Conseil de l'Union européenne, *Terrorist Profiling (Draft Reply to Written Question by Sarah Ludford)*, 30 mars 2004, document 7846/04.

⁶⁵⁴ BADINTER R., rapport d'information *sur l'Union européenne et les droits de l'Homme*, Parlement français, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, annexe au procès-verbal de la séance du 4 mars 2009.

⁶⁵⁵ Il est effectivement important de distinguer le "profilage racial" et le "profilage criminel", tels que communément appelés. Le "profilage criminel" se définit comme étant une technique d'enquête permettant, par recoupement d'un ensemble défini de caractéristiques, d'identifier des personnes susceptibles de se livrer à des activités criminelles. Il s'agit d'un outil légal au service des forces de l'ordre.

*Non-Discrimination in the 'War on Terror'*⁶⁵⁷, soumet certaines mesures de lutte contre le terrorisme à un «test de discrimination» dont les composants sont tirés de la jurisprudence internationale et nationale sur les droits de l'Homme et des textes internationaux pertinents. Il applique ainsi, à chaque mesure choisie, un test de «comparabilité», de légitimité de l'objectif et de proportionnalité.

Le même test peut être appliqué en droit communautaire, en ayant recours aux directives «anti-discrimination» préalablement citées, bien que ces dernières ne couvrent *a priori* pas les mesures de lutte contre le terrorisme. Une pratique est en effet discriminatoire, directement ou indirectement⁶⁵⁸, si une différence de traitement est établie et si cette différence ne peut être objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires⁶⁵⁹. L'élément comparatif ne fait aucun doute puisque des personnes sont effectivement traitées différemment selon qu'elles répondent ou non aux critères d'identification de terroristes tels que listés dans la recommandation du Conseil dans le but de lutter contre le terrorisme. L'objectif de lutte contre le terrorisme est en soi légitime mais il reste à vérifier si les moyens pour le réaliser sont appropriés et nécessaires, c'est-à-dire si l'établissement de profils est efficace⁶⁶⁰. Sur ce point, plusieurs experts s'accordent à dire que, d'une part, l'établissement de tels profils est davantage le reflet de préconceptions que d'analyses méthodiques de données sérieuses⁶⁶¹ et, d'autre part, qu'il n'existe pas de «profil

⁶⁵⁶ HAMMARBERG T., Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, *Lutte contre le terrorisme et protection du droit au respect de la vie privée*, 10 décembre 2008, CommDH/IssuePaper(2008)3.

⁶⁵⁷ MOECKLI D., *Human Rights and Non-Discrimination in the "War on Terror"*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁶⁵⁸ Les directives communautaires définissent la discrimination directe de la façon suivante: «une discrimination directe se produit lorsque, [sur base d'un des motifs visés], une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ». Elles définissent la discrimination indirecte de la façon suivante: «une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes [pour l'un des motifs visés] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ».

⁶⁵⁹ Pour reprendre les termes des directives européennes «anti-discrimination» au sujet de la discrimination indirecte comme précisé ci-dessus.

⁶⁶⁰ Il peut être noté que sur ce point, D. Moeckli traite de la proportionnalité et qu'il a recours à deux tests: le premier concerne également l'efficacité de la mesure et le deuxième porte sur ses effets négatifs produits. Voir MOECKLI D., *Human Rights and Non-Discrimination in the "War on Terror"*, *op. cit.*, p. 211 et s. Il pose ainsi la question dans les termes suivants: "Are there objectives and reasonable grounds for singling out people for special law enforcement scrutiny based on their racial or ethnic appearance, national origin, or religion? Is this, in other words, a proportionate means of achieving the legitimate aim of preventing terrorism?"

⁶⁶¹ HARRIS D. A., *Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work*, W. W. Norton & Company, 2003, p. 26 et s.

type» du terroriste⁶⁶². En définitive, l'efficacité de l'établissement de profils n'étant pas démontrée, bien au contraire, cette technique d'identification n'est ni appropriée, ni nécessaire et, par conséquent, discriminatoire. En d'autres termes : *“although it is difficult exactly to gauge the effectiveness of preventive law enforcement techniques, the available evidence suggests that profiling practices based on racial, ethnic, national origin, and/or religious characteristics are an unsuitable and ineffective, and therefore disproportionate, means of countering terrorism: they affect thousands of innocent people, without producing concrete results”*⁶⁶³.

Paragraphe 2: L'axe «protection» de la stratégie européenne de lutte contre le terrorisme: renforcement de la sécurité des frontières

La stratégie européenne de lutte contre le terrorisme prévoit de *«protéger les citoyens et les infrastructures et réduire notre vulnérabilité aux attentats, notamment en renforçant la sécurité des frontières, des transports et des infrastructures critiques»*. Dans le volet «protection» de la stratégie, il est donc mis en avant la nécessité d'*«améliorer la protection de nos frontières extérieures afin de rendre plus malaisée la tâche des terroristes connus ou présumés qui souhaitent entrer ou agir dans l'UE»*⁶⁶⁴ et, pour ce faire, s'appuyer sur *«les améliorations technologiques sur le plan tant de la saisie que de l'échange de données concernant les passagers et l'introduction de données biométriques dans les documents d'identité et de voyage»*. Parmi les bases de données informatisées récemment créées à l'échelle européenne, doivent être citées les bases *Visa Information System (VIS)*⁶⁶⁵,

⁶⁶² SAGEMAN M., *Understanding Terror Networks*, University of Pennsylvania Press, 2004. M. Sageman met en évidence dans son étude qui porte sur 382 terroristes avérés ou présumés et liés directement ou indirectement à Al Qaida, que 90% des personnes concernées n'ont pas suivi d'éducation religieuse et que 17,6% d'entre elles sont issues de classes sociales «favorisées» et 54,9% des classes dites «moyennes». Son étude met aussi en évidence que dans plus de sept cas sur dix, ces terroristes présumés sont mariés et pères de famille et, dans la majorité des cas, sans passé criminel. Voir aussi BURKE J., *Al-Qaeda: Casting a Shadow of Terror*, I. B. Tauris, 2004.

⁶⁶³ MOECKLI D., *Human Rights and Non-Discrimination in the "War on Terror"*, *op. cit.*, p. 216.

⁶⁶⁴ La stratégie reprend partiellement la Résolution 1373(2001) du Conseil de sécurité des Nations unies qui décidait que tous les Etats membres *«empêchent les mouvements de terroristes ou de groupes de terroristes en instituant des contrôles efficaces aux frontières, ainsi que des contrôles lors de la délivrance de documents d'identité et de documents de voyage et en prenant des mesures pour empêcher la contrefaçon, la falsification ou l'usage frauduleux de papiers d'identité et de documents de voyage»*(voir le paragraphe 2, g, de la Résolution).

⁶⁶⁵ Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour (Règlement VIS), Journal officiel de l'Union européenne, n° L218, 13 août 2008, p. 60 et s.

*Schengen Information System (SIS I et SIS II)*⁶⁶⁶, et *Eurodac*⁶⁶⁷ pour les demandeurs d'asile. Ces bases de données ne sont pas que des outils pour le contrôle des flux migratoires, mais servent également dans la lutte contre le terrorisme.

En novembre 2005, la Commission européenne a présenté une Communication «*sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures*»⁶⁶⁸. Dans cette Communication, divers défauts et lacunes sont identifiés, en particulier pour ce qui est de l'efficacité des ces bases de données dans la lutte contre le terrorisme, et plusieurs pistes, dont l'interopérabilité des bases, sont proposées. Toutefois, la partie qui retient le plus l'intention est sans conteste celle relative à la «*compatibilité des mesures envisageables avec les droits de l'homme*». En effet, seuls les principes de proportionnalité⁶⁶⁹ et de protection des données sont pris en compte et quand des articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont finalement cités, l'article 21, relatif à la non-discrimination, n'apparaît pas.

La lutte contre le terrorisme, dont le renforcement de la sécurité frontalière est une composante, est dangereusement associée à la lutte contre l'immigration. Ce lien entre terrorisme et immigration se retrouve dans de nombreux documents européens⁶⁷⁰. A titre d'exemple, il peut être lu dans le Programme de La Haye, adopté par le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, que «*la gestion des flux migratoires, y compris la lutte contre*

⁶⁶⁶ Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 205, 7 août 2005, p. 63 et s.

⁶⁶⁷ Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 316, 15 décembre 2000, p. 1 et s.

⁶⁶⁸ Commission européenne, Communication de la Commission européenne du 24 novembre 2005 sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, document COM(2005) 597 final. Le Parlement européen, dans une résolution adoptée en juin 2005, avait pourtant mis «*en garde le Conseil contre les risques entraînés par l'interopérabilité des systèmes d'information*», s'opposait «*au "principe de disponibilité", établi dans le programme de La Haye en ce qui concerne les systèmes SIS, VIS et Eurodac*» et invitait «*les institutions et les Etats membres à ne pas utiliser le nouveau système d'information Schengen (SIS II) ou le système d'information sur les visas (VIS) pour établir une base de données globales répressive*». Voir Parlement européen, Proposition de résolution du 20 juin 2005, Résolution du Parlement européen sur le Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 juin 2005.

⁶⁶⁹ «*Le principe de proportionnalité exige donc que ces bases de données ne soient interrogées que pour prévenir et enquêter sur des infractions pénales graves ou des infractions terroristes ou pour identifier l'auteur d'une infraction pénale ou d'un acte terroriste présumés dès que l'intérêt supérieur de la sécurité publique le commande, c'est-à-dire si l'acte commis par le criminel ou le terroriste à identifier est si répréhensible qu'il justifie des recherches dans une base de données où sont enregistrées les personnes ayant un casier judiciaire vierge*».

l'immigration clandestine, devrait être renforcée par la mise en place d'un ensemble de mesures de sécurité reliant efficacement les procédures de demande de visa et les procédures d'entrée et de sortie lors du franchissement des frontières extérieures», que «ces mesures revêtent également de l'importance pour la prévention et la répression de la criminalité, en particulier du terrorisme» et que, «à cette fin, l'Union européenne doit adopter une approche cohérente et des solutions harmonisées concernant les identificateurs et les données biométriques»⁶⁷¹.

De la même façon que cela vient d'être fait pour l'élaboration de profils terroristes, le «test de discrimination» révèle que les mesures européennes de renforcement de la sécurité des frontières, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, sont discriminatoires. En effet, l'élément comparatif ne fait encore une fois aucun doute puisque ces mesures vont essentiellement viser des personnes ayant une certaine nationalité ou origine et ces mesures ne peuvent constituer un moyen approprié et nécessaire dans la mesure où *«for the purpose of the fight against terrorism (...) a person's particular country of nationality, just like his or her citizenship or non-citizenship, is irrelevant»* car cette lutte n'est pas un conflit interétatique⁶⁷². En conséquence, les mesures européennes de renforcement de la sécurité des frontières sont discriminatoires.

Section 2: La lutte contre le terrorisme et le principe fondamental de non-discrimination: mesures prises par les Etats membres

Les Etats membres, à la fois impulseurs et exécuteurs des politiques européennes, sont également tenus au respect du principe de non-discrimination. Ainsi, leurs mesures de lutte contre le terrorisme, qu'elles soient ou non la résultante de celles prises au niveau européen, ne doivent pas créer de différences de traitement qui ne soient objectivement et

⁶⁷⁰ Il convient de rappeler que dans les Conclusions de la session extraordinaire du Conseil, «Justice et affaires intérieures», en date du 20 septembre 2001, apparaissent déjà des mentions de «mesures aux frontières».

⁶⁷¹ Comme le précise à ce sujet V. Mitsilegas, le concept de *security continuum*, qui a été traduit par «un ensemble de mesures de sécurité», «avait été introduit pour mettre en garde contre les dangers pour les libertés civiles d'une problématique seulement axée sur la discrimination et la répression, le continuum de sécurité apparaît dans le programme de la Haye comme un phénomène légitime, comme une réponse nécessaire au monde post-11 septembre». Voir MITSILEGAS V., *Contrôle des étrangers, des passagers, des citoyens: surveillance et anti-terrorisme*, Cultures et Conflits, numéro 58, 2005, p. 175.

raisonnablement justifiées par un objectif légitime et mises en œuvre de façon appropriée et nécessaire. Si l'impératif de sécurité publique, objectif légitime de la lutte contre le terrorisme, peut justifier des traitements discriminatoires, reste que les moyens de le réaliser ne sont pas toujours appropriés et nécessaires.

Sous-section 1: Le questionnaire de la Commission européenne aux Etats membres

Dans une résolution du 12 décembre 2007 sur la lutte contre le terrorisme, le Parlement européen demandait à la Commission européenne «*de procéder à une évaluation globale de l'impact de la législation antiterroriste, en mesurant l'efficacité de cette législation et en étudiant les effets positifs et négatifs de ces lois, tant en termes de sécurité qu'en termes de droits des citoyens*»⁶⁷³. Hasard du calendrier peut-être, la Commission semble exaucer la demande du Parlement six jours après seulement en adressant aux Etats membres un questionnaire «*sur le droit pénal, le droit administratif/procédural et les droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*»⁶⁷⁴. Parmi les seize groupes de questions posés aux Etats membres, deux retiennent particulièrement l'attention : un concerne les décisions d'expulsion et un autre, les règles particulières en matière de droits et de voies de recours. La Commission a rendu public une synthèse des réponses obtenues en précisant bien que la qualité ainsi que la précision de cette synthèse dépendait inévitablement des éléments fournis par les Etats membres⁶⁷⁵.

Paragraphe 1: Lutte contre le terrorisme et expulsion de ressortissants de pays tiers

Les paragraphes 9 et 10 du questionnaire sont rédigés comme suit :

9. Combien de fois les dispositions légales (si elles existent) qui régissent l'expulsion de ressortissants de pays tiers soupçonnés d'activités terroristes ou condamnées pour de tels faits ont-elles été appliquées entre 2003 et 2007 ?

⁶⁷² MOECKLI D., *Human Rights and Non-Discrimination in the "War on Terror"*, op. cit., p. 191.

⁶⁷³ Parlement européen, Résolution du 12 décembre 2007, Résolution du Parlement européen sur la lutte contre le terrorisme.

⁶⁷⁴ Document DG JLS D1/JNA/DH/km D(2007) 14184, consultable à l'adresse suivante:

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/terrorism/docs/questionnaire_fr.pdf

⁶⁷⁵ Commission européenne, *Commission Staff Working Document – Synthesis of the replies from the Member States to the Questionnaire on criminal law, administrative law/procedural law and fundamental rights in the fight against terrorism*, 19 février 2009, document SEC(2009) 225 final. Le document est consultable à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/terrorism/docs/sec_2009_225_en.pdf

10. En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers suspectés ou reconnu coupables d'activités terroristes, dans combien de cas la décision d'expulsion n'a-t-elle pu être arrêtée ou, si elle l'a été, combien de fois n'a-t-elle pu être exécutée, en raison d'obligations découlant des droits fondamentaux ? Comment votre Etat membre traite-t-il ces affaires ?

Dans la synthèse des réponses fournies par les Etats membres, la Commission conclut, pour la question posée au paragraphe 9, que des différences notables apparaissent en termes de nombre d'expulsions selon les Etats mais que ces dernières ne s'appliquent généralement qu'à des cas limités⁶⁷⁶. En ce qui concerne les questions posées au paragraphe 10 du questionnaire, la Commission semble plus réservée lorsqu'elle conclut que peu d'Etats membres ont fait mention de cas où une décision d'expulsion n'a pu être exécutée en raison d'obligations découlant des droits fondamentaux et que, pour les rares cas reportés, la raison principale étant le risque de torture ou de traitement inhumain ou dégradant⁶⁷⁷. Là où le bât blesse un peu plus c'est sur la question de savoir comment les Etats traitent ces cas. En effet, la Commission note tout d'abord que très peu d'Etats ont donné des explications et que, parmi celles-ci, figure l'expulsion sur assurances diplomatiques⁶⁷⁸ alors qu'elle est largement dénoncée.

L'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatif à la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition, prévoit en son paragraphe 2 que «nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants». Une formulation relativement similaire⁶⁷⁹ est par ailleurs reprise dans la

⁶⁷⁶ La conclusion étant que “the information provided shows significant differences between Member States on the application of expulsion measures but also that these measures are generally only applied in a limited number of cases”. S'il est clair que d'un point de vue strictement «quantitatif », la France, l'Italie et la Grande-Bretagne arrivent en tête du classement avec respectivement 91, 51 et 33 cas, Chypre a dénombré tout de même 27 cas.

⁶⁷⁷ La première partie de la conclusion étant que “only a few Member States report cases where a decision to expel a third-country national suspected or convicted of terrorist activities could not be taken, or such a decision not be enforced, because of fundamental rights obligations. Furthermore, those which referred to cases of this kind noted very few of them. The most common reason of preventing the expulsion of third country national is the risk of torture or inhuman or degrading treatment in the country of deportation”.

⁶⁷⁸ La seconde partie de la conclusion étant que “similarly, few Member States explain how they deal with these cases. Replies include searching for another safe third country to deport the suspect to, the use of diplomatic assurances to effect repatriation, always in accordance with international obligations, the granting of temporary work and residence permits or the adoption of coercitive measures such as assigned residence or reporting obligations”.

⁶⁷⁹ Le considérant 13 de la décision-cadre est effectivement formulé au conditionnel («nul ne devrait être... »).

décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux autres procédures de remise entre Etats membres.

L'expulsion des non-ressortissants de l'Union européenne, aussi appelée «refoulement»⁶⁸⁰ ou plus pudiquement encore «éloignement» et qui doit être distinguée de l'extradition ou de la remise en ce qu'elle ne s'inscrit pas dans un cadre juridique⁶⁸¹, est autorisée par le droit international⁶⁸². Cependant, il a été estimé que l'expulsion d'immigrés de longue durée s'avérait à la fois disproportionnée car elle «représente pour la personne concernée des conséquences à vie, entraînant souvent la séparation de sa famille et la rupture avec son environnement», et discriminatoire dans la mesure où «l'Etat ne dispose pas de ce moyen pour ses ressortissants ayant commis les mêmes actes»⁶⁸³. Au niveau de l'Union européenne, la Directive 2003/109/CE relative au statut de ressortissants de pays tiers résidents de longue durée⁶⁸⁴ stipule que les Etats membres ne peuvent prendre une décision d'éloignement à l'encontre d'un résident de longue durée que «lorsqu'il représente une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique» et qu'ils doivent nécessairement prendre en compte la durée de la résidence sur le territoire, l'âge de la personne, les conséquences de l'éloignement, les liens de la personne avec le pays de résidence ainsi qu'avec le pays d'origine. Cette Directive doit être lue en parallèle avec la «fausse» volonté de mise en place d'une politique commune européenne en matière d'expulsion de terroristes présumés. En effet, si certains Etats membres ont plaidé pour la rédaction de règles communes sur l'expulsion des personnes incitant à la haine ou prônant le terrorisme⁶⁸⁵, que l'adoption d'une résolution relative à l'échange d'informations sur l'éloignement de ressortissants de pays tiers en raison de comportements liés à des activités

⁶⁸⁰ Voir sur le sujet du principe de non-refoulement SCHABAS W. A., *Non-Refoulement, Background paper prepared for the Technical Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism*, Liechtenstein, 15-17 novembre 2006.

⁶⁸¹ Voir sur ce sujet CONTE A. et SCHEININ M., *Procedural Guarantees and the Due Process in the Context of the Transfer of Persons in the Fight Against Terrorism, Background paper prepared for the Technical Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism*, Liechtenstein, 15-17 novembre 2006.

⁶⁸² L'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit en effet qu'un étranger qui réside légalement dans un pays peut en être expulsé conformément à la loi et doit avoir le droit effectif de contester cette expulsion. De plus, il convient de souligner que le Comité des droits de l'homme des Nations unies a précisé que les dispositions de l'article 13 pouvaient souffrir d'exceptions en cas de «raisons impérieuses de sécurité nationale» dont la lutte contre le terrorisme fait bien évidemment partie.

⁶⁸³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1504 (2001) relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée. Document consultable à l'adresse suivante : <http://assembly.coe.int/MainF.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/FREC1504.htm>

⁶⁸⁴ Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 16, 23 janvier 2004, p. 44 et s.

⁶⁸⁵ Voir la Note de la Présidence de l'Union européenne, *JHA Council Declaration : Follow-Up*, document 11330 (2005), Conseil de l'Union européenne, 19 juillet 2005.

terroristes ou incitant à la violence et à la haine raciale a été proposée⁶⁸⁶ et qu'une Directive «retour» sur des normes et procédures communes dans les Etats membres pour renvoyer les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière a été adoptée⁶⁸⁷, force est de constater que les Etats membres continuent à faire comme bon leur semble.

En effet, de nombreux exemples témoignent du fait que les Etats membres, contrairement à leur volonté affichée au Conseil et aux réponses données au questionnaire de la Commission, s'affranchissent des règles en matière d'éloignement de non-ressortissants inculpés, ou seulement suspectés, d'activités terroristes. Ainsi, dans l'arrêt *Saadi contre Italie*⁶⁸⁸, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée en février 2008 contre la décision d'expulser Nassim Saadi, ressortissant tunisien, déclaré coupable d'association de malfaiteurs⁶⁸⁹ parce qu'il risquait d'être torturé s'il était renvoyé en Tunisie. En dépit de cet arrêt, Nassim Saadi a tout de même été expulsé en Tunisie. De plus, la pratique très controversée de l'éloignement sur assurances diplomatiques semble largement pratiquée. Les Etats membres, qui décident de l'éloignement de non-ressortissants simplement sur base de l'assurance par les autorités de l'Etat «d'accueil» que la personne faisant l'objet dudit éloignement sera traité dans le respect des droits internationaux, savent donc pertinemment que la personne qui va être éloignée risque de subir des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants. Non seulement cette pratique se base sur des garanties qui n'en sont pas, mais encore elle met tous les Etats qui y ont recours en position de violation des textes internationaux sur les droits de l'homme et en violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Peut enfin être mentionné le programme des «restitutions extraordinaires» mis en place par l'administration de G.W. Bush à partir de 2002 et dénoncé avec fermeté par D. Marty⁶⁹⁰. Ce programme consiste en des transferts «illégaux» effectués à travers le monde par la *Central Intelligence Agency* de personnes soupçonnées d'appartenance au réseau d'Al-Qaida vers des «sites noirs», c'est-à-dire des centres de détention secrets où

686 Conseil de l'Union européenne, Adoption d'une résolution du Conseil concernant l'échange d'informations sur l'éloignement de ressortissants de pays tiers en raison de comportements liés à des activités terroristes ou incitant à la violence et à la haine raciale, 22 mars 2007.

687 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, Journal officiel L 348, 24 décembre 2008, p. 98.

688 Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 28 février 2008, *Saadi contre Italie*, requête numéro 37201/06.

689 Monsieur Saadi avait été initialement arrêté et placé en détention provisoire en 2002 pour «terrorisme international». Cette infraction avait été requalifiée par la Cour d'assises de Milan en association de malfaiteurs.

des méthodes d'interrogatoires incluant la torture ou autres traitements inhumains ou dégradants sont pratiqués.

Paragraphe 2: Lutte contre le terrorisme et règles particulières: l'allongement de la période de garde à vue

Le paragraphe 11 du questionnaire est rédigé comme suit :

11. Votre droit national contient-il des règles particulières qui régissent les droits et les voies de recours (par exemple, mesures provisoires avec effet suspensif, recours juridictionnels spécifiques, etc.) dont bénéficient les détenus suspectés ou accusés d'activités terroristes, qui soient différentes des règles applicables aux personnes écrouées pour d'autres délits ?

Dans la synthèse des réponses fournies par les Etats membres, la Commission conclut que la plupart des Etats n'ont pas de règles particulières qui régissent les droits et les voies de recours et que les quelques Etats qui ont de telles provisions ne concernent pas les voies de recours et affectent généralement la durée de la garde à vue, l'accès à un avocat ou encore l'accès pour le détenu et son avocat aux documents relatifs à la procédure⁶⁹¹. En résumé, sur base des réponses données, les voies de recours seraient les mêmes qu'il s'agisse d'une affaire de terrorisme ou non, seuls, pour quelques Etats, les droits des détenus suspectés ou accusés d'activités terroristes différeraient. Ceci étant dit, les «quelques» Etats ayant reconnu appliquer des règles particulières sont tout de même le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Espagne et le Portugal auxquels la Commission ajoute la France⁶⁹².

⁶⁹⁰ MARTY D., *Allégations de détentions secrètes et transferts illégaux de détenus concernant des pays membres du Conseil de l'Europe*, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, document numéro 10957, 12 juin 2006.

⁶⁹¹ La conclusion étant que “*most Member States do not have any special rules governing rights and remedies (...) for detained persons who are suspected or accused of terrorist activities, which are different from the rules applicable to persons detained for other crimes. Member States which do have special rules for these cases clarify that these do not affect the remedies of the detainee. Most often, they affect the length of the detention, restrict communication by the detainee – including with the defence lawyer – or delay full access of the detainee and the defence lawyer to procedural requirements*”.

⁶⁹² La Commission note effectivement que même si la France a répondu négativement à la question posée au paragraphe 11 du questionnaire, celle-ci avait précisé dans une réponse précédente qu'elle pouvait appliquer des délais de détention plus longs en présence d'un risque sérieux d'attaque terroriste imminente.

Il ne fait aucun doute que l'allongement de la période légale de garde à vue d'une personne qui n'est encore que soupçonnée pour activités terroristes est une mesure, parmi les plus radicales, de lutte contre le terrorisme. Elle s'inscrit dans un cadre de lutte «préventive» du terrorisme puisque les personnes sont généralement détenues non pas à cause de ce qu'elles ont fait, mais pour ce qu'elles pourraient faire sur base d'un faisceau d'indices qui reprend des données similaires à celles utilisées pour l'élaboration de «profils terroristes». De plus, la catégorisation d'une personne en tant que «menace terroriste» est davantage le résultat d'une procédure administrative plutôt que judiciaire. Ainsi, comme le précise D. Moeckli, ce sont «*two critical elements that distinguish executive detention from imprisonment for criminal offences*»⁶⁹³.

L'exemple du Royaume-Uni est à ce titre «sans appel» : la période de garde à vue d'une personne non encore inculpée pour activités terroristes est passée de 7 jours en 2000 à 28 en 2005 et devrait encore être prolongée. Les témoignages de traitements inhumains ou dégradants pendant des périodes de détention, qui placent les personnes en position particulièrement vulnérable, sont nombreux : privation de sommeil, désorientation, interrogatoires constants et répétitifs, pressions psychologiques et même violences physiques⁶⁹⁴. Le 19 février 2009, la Cour européenne des droits de l'homme, en formation solennelle de Grande-Chambre, a condamné le Royaume-Uni pour diverses violations de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, relatif au droit à la liberté et à la sûreté, mais a rejeté les allégations de violation de l'article 3 portant interdiction des traitements inhumains et dégradants⁶⁹⁵. Dans cette affaire, différents ressortissants étrangers qui se trouvaient sur le territoire britannique avaient été placés, sans limites de temps, en détention, sur la base de la législation anti-terroriste post-11 septembre, sur le fondement de simples soupçons de liens avec une entreprise terroriste.

⁶⁹³ MOECKLI D., *Human Rights and Non-Discrimination in the "War on Terror"*, op. cit., p. 101.

⁶⁹⁴ Voir le rapport de *Human Rights Watch*, *La justice court-circuitée, lois et procédures anti-terroristes en France*, juillet 2008. Document consultable à l'adresse suivante : <http://www.hrw.org/fr/node/62153/section/4>

⁶⁹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *A. et autres contre Royaume-Uni*, Grande. Chambre, recueil n° 3455/05.

A la lecture de la synthèse des réponses fournies par les Etats membres au questionnaire de la Commission, il n'y aurait pas de violations graves et/ou systématiques des droits fondamentaux dans l'application des mesures de lutte contre le terrorisme. Cette lecture laisse bien évidemment perplexe. Non seulement, cela fait maintenant quelques années que de très nombreux organismes dénoncent de telles violations, mais encore, la synthèse de la Commission ne fait pas mention des «auteurs» des réponses envoyées, à savoir si les Etats ont bel et bien associé à la rédaction desdites réponses les «*organes et services nationaux compétents (...) chargés de la protection des droits fondamentaux*», comme cela était initialement demandé par la Commission.

Sous-section 2: Au delà du questionnaire de la Commission européenne aux Etats membres : quand l'étranger est un terroriste en puissance

L'association à portée discriminatoire entre la lutte contre le terrorisme et la politique d'immigration évoquée précédemment a malheureusement été reprise par les Etats membres. Deux exemples, qui reprennent les deux thématiques choisies parmi celles contenues dans le questionnaire adressé par la Commission européenne aux Etats membres, c'est-à-dire celle de l'expulsion d'étrangers soupçonnés ou accusés d'activités terroristes et celle des règles particulières qui régissent les droits des personnes détenues pour ces mêmes raisons, doivent être développés. Ces deux exemples, l'un suédois et l'autre britannique, font de l'étranger, le non-ressortissant, un terroriste «en puissance» auquel s'applique des règles clairement discriminatoires.

Paragraphe 1 : Non-respect du principe de non-refoulement pour les non-ressortissants suédois soupçonnés d'activités terroristes

Comme le soulignait le Réseau d'experts indépendants sur les droits fondamentaux pour l'Union européenne, certains Etats ont «*la tendance (...) à expulser ou à extraditer les 'étrangers suspects' vers des Etats où ils risquent d'être soumis à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*» et citait la Suède comme étant un cas «*particulièrement préoccupant*»⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ Réseau UE d'experts indépendants sur les droits fondamentaux (CFR-CDF), *L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'Union européenne et de ses Etats membres à la menace terroriste*, 31 mars 2003,

En effet, en vertu de la loi spéciale relative au contrôle des étrangers, aussi appelée loi anti-terrorisme, datant de 1991⁶⁹⁷, aucun droit de recours devant un organe indépendant n'était prévu, ni même l'accès aux informations motivant la décision, en cas d'expulsion d'un non-ressortissant pour des motifs de sécurité nationale, comme la lutte contre le terrorisme. Ainsi, la législation suédoise relative à la répression du terrorisme avait été mêlée à celle sur les étrangers. Cette loi, qui a été vivement critiquée⁶⁹⁸, l'a été, entre autres, à la lumière de l'article 19, paragraphe 8, de la Charte, relatif à la garantie contre l'expulsion des travailleurs migrants⁶⁹⁹. Le Comité européen des Droits sociaux de la Charte sociale européenne a en effet exprimé l'avis que l'ensemble des travailleurs migrants ne devraient pas souffrir des mesures anti-terroristes et qu'à cette fin, il convenait de soumettre les actes de l'administration à une possibilité de recours devant un organe indépendant afin d'éviter d'éventuels abus⁷⁰⁰.

La pratique de l'obtention d'assurances que les suspects transférés ne seront pas soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants telle qu'évoquée précédemment, est, selon le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, une pratique qui porte de plus en plus atteinte au principe de non-refoulement⁷⁰¹. Cela a été illustré par l'expulsion forcée de Suède le 18 décembre 2001 de deux Egyptiens qui prétendaient être persécutés dans leur pays natal et qui avaient demandé l'asile à leur arrivée en Suède. L'expulsion avait été décidée malgré le fait que les deux hommes risquaient de subir de graves violations des droits de l'homme à leur retour et qu'ils avaient été condamnés par contumace à la prison en Egypte aux motifs d'infractions de nature terroriste par un tribunal militaire. La décision suédoise reposait partiellement sur des assurances diplomatiques de traitement équitable émanant des autorités

p. 40. Rapport consultable à l'adresse suivante:

http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/obs_thematique_fr.pdf

⁶⁹⁷ Loi spéciale numéro 572, *Lag om särskild utlänningskontroll* (SFS 1991:572). Une nouvelle loi, qui prévoit un droit de recours, a depuis été adoptée et est entrée en vigueur en mars 2006.

⁶⁹⁸ Deux comités du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme et le Comité contre la torture, ont émis des recommandations dans lesquelles ils exprimaient leur vive inquiétude notamment pour la façon dont le gouvernement suédois a bafoué les droits de l'homme dans sa lutte contre le terrorisme.

⁶⁹⁹ L'article 19 de la Charte sociale européenne dispose que «*en vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance sur le territoire de toute autre Partie, les Parties s'engagent:*

(...)

8. à garantir à ces travailleurs résidant régulièrement sur leur territoire qu'ils ne pourront être expulsés que s'ils menacent la sécurité de l'Etat ou contreviennent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

⁷⁰⁰ Voir SAMUEL L., *Droits sociaux fondamentaux: jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Council of Europe, 2002, p. 460.

⁷⁰¹ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, UN Doc. A/59/324, 1^{er} septembre 2004, paragraphe 30, p. 10.

égyptiennes. Fin mars 2004, plus de deux ans après le retour d'un des deux hommes, les autorités égyptiennes ordonnaient cependant un nouveau procès devant un tribunal militaire au cours duquel les règles d'équité ne furent pas respectées.

Paragraphe 2 : Détention illimitée pour les non-ressortissants britanniques soupçonnés d'activités terroristes

En réaction aux attentats du 11 septembre 2001, le Royaume-Uni avait, parmi d'autres mesures, adopté des mesures exceptionnelles contre les étrangers soupçonnés d'avoir des liens avec Al-Qaïda présents sur le sol britannique. En vertu du paragraphe 21 de la loi de 2001, le «*Anti-terrorism, Crime and Security Act*»⁷⁰², les non-ressortissants britanniques soupçonnés de «terrorisme international» et non-expulsables, peuvent être incarcérés sans limite de temps et surtout, sans inculpation pénale, sur base d'un «certificat» délivré par le ministre des affaires intérieures. Le Royaume-Uni, afin de légitimer le recours à de telles procédures, a mis en avant une dérogation, telle que prévue à l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en application de la menace terroriste constitutive, selon le Royaume-Uni, d'une urgence publique⁷⁰³.

⁷⁰² Le paragraphe 21(1) de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* est rédigé comme suit:

21. *Suspected international terrorist: certification*

(1) *The Secretary of State may issue a certificate under this section in respect of a person if the Secretary of State reasonably—*

(a) *believes that the person's presence in the United Kingdom is a risk to national security, and*

(b) *suspects that the person is a terrorist.*

⁷⁰³ Le Royaume-Uni a adressé au secrétaire général du Conseil de l'Europe, la notification suivante : «(...) *il se peut que, nonobstant une intention continue de renvoyer ou d'expulser une personne détenue, il y ait des circonstances au regard desquelles on ne peut prétendre qu'une 'procédure d'expulsion soit en cours' au sens de l'interprétation donnée à l'article 5(1) (f) par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Chahal. Par conséquent, dans la mesure où l'exercice du pouvoir élargi de détention peut être non conforme aux obligations du Royaume-Uni en vertu de l'article 5 (1), le gouvernement a décidé de se prévaloir du droit de dérogation conféré par l'article 15 (1) de la Convention et cela, jusqu'à nouvel avis* ». Conseil de l'Europe, «*dérogation en vertu de l'article 15 CEDH exercée par le Royaume-Uni – Danger public après le 11 septembre 2001*, Revue universelle des droits de l'homme, 2002, p. 155.

Plusieurs recours furent introduits contre ces «certificats», notamment devant la *Special Immigration Appeal Commission*, pour non respect du devoir de non-discrimination, lié au droit à la liberté, tels que prévus respectivement aux articles 14 et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁷⁰⁴. La Commission spéciale estima que, dans la mesure où une telle législation ne pouvait pas s'appliquer aux citoyens britanniques, une application exclusive aux étrangers, dont il apparaît qu'un grand nombre furent suspectés d'être des terroristes internationaux du fait de leur association avec des citoyens britanniques, serait incompatible avec ladite Convention. Ce jugement fut malheureusement renversé par la Cour d'appel qui considéra que la position des étrangers et celle des citoyens britanniques n'étaient pas comparables dans le cadre de l'application de la règle contre la discrimination⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme disposant que:

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. . . »

⁷⁰⁵ Cependant, au terme d'une longue procédure, la juridiction suprême britannique a estimé que le gouvernement britannique s'était mis dans l'illégalité en maintenant en détention 17 non-ressortissants suspectés d'agissements terroristes et a même dénoncé le caractère discriminatoire du traitement appliqué uniquement à ces derniers.

Conclusion du Titre II

L'étendue du contrôle de l'application de certaines mesures de lutte contre le terrorisme opéré par le juge communautaire doit être actualisée. En effet, le juge «communautaire», devenu depuis peu «européen», a vu son champ d'action s'élargir. Le changement le plus important est lié aux mesures qui peuvent être adoptées dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans la mesure où le juge est désormais compétent pour connaître de ces mesures. De plus, une «procédure préjudicielle d'urgence» a été introduite en vertu de laquelle la Cour de justice de l'Union européenne peut, lorsque la procédure est applicable, statuer dans «les plus brefs délais» à la demande d'un Etat membre dans lequel un individu fait l'objet d'une mesure de détention.

De manière générale, la Cour continue cependant à souffrir de l'absence de compétence sur les mesures liées à l'ordre public et à la sécurité adoptées par les Etats membres comme sur celles prises par l'Union dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune, à une exception près : la Cour a obtenu l'extension de compétence juridictionnelle relativement aux mesures restrictives qui peuvent être prises contre les personnes physiques ou morales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. L'adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est également susceptible d'atténuer les effets de l'absence de compétence de la Cour à l'égard des mesures de la politique étrangère et de sécurité commune puisque la Convention refuse d'exclure ces actes de son contrôle.

Sur le papier, le juge disposerait enfin de pouvoirs, d'outils plus importants qui devraient enfin lui permettre de prendre la place qui lui revient, même s'il doit encore attendre cinq ans.

Conclusion de la Partie II

Le panorama déjà foisonnant d'acteurs européens dans le domaine de la sécurité s'est encore enrichi avec le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. L'article 71 crée en effet le Comité permanent de coopération opérationnelle en matière de sécurité intérieure⁷⁰⁶ afin d'assurer une coordination effective et une coopération efficace entre les services policiers et douaniers, incluant une harmonisation du contrôle, de la protection des frontières de l'Union européenne et, le cas échéant, une coopération judiciaire renforcée lors d'affaires relevant de la coopération européenne. La coopération entre les agences européennes de sécurité, dont Europol et Eurojust, et les organes policiers des Etats membres sera ainsi assurée par ce Comité. De plus, en vertu de la «Clause de solidarité» prévue par l'article 222 du Traité, le Comité aura également pour mission d'assister le Conseil dès lors que celui-ci requerra son aide afin de répondre à une situation rendant nécessaire le soutien à un Etat membre afin de prévenir une menace terroriste, de protéger les institutions démocratiques et la population civile ou plus généralement à porter assistance à un Etat subissant les affres d'une menace.

En sus des derniers développements d'Europol désormais devenu une organisation opérationnelle de «fichage systématique», la direction «sécuritaire» de l'Union européenne se confirme encore avec la mise en place de ce nouveau Comité qui contraste avec l'éventualité d'un Parquet européen. Le Traité dispose ainsi que le Conseil «peut instituer» un Parquet européen en statuant à l'unanimité, après approbation du Parlement européen⁷⁰⁷. Il convient de souligner que nonobstant le fait que l'institution d'un tel Parquet n'est qu'une simple possibilité, sa mission principale serait de combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, le cas échéant en liaison avec Europol, et que le Conseil européen pourrait étendre ses attributions à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière, dont le terrorisme : tout reste à faire !

⁷⁰⁶ Le «COSI» (*Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security*).

⁷⁰⁷ Article 86 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

Conclusion générale

Dans son rapport du 31 mai 2005⁷⁰⁸, Amnesty International critiquait sévèrement les mesures européennes de lutte contre le terrorisme: «*Certains argumentent que la menace "terroriste" justifie la limitation ou la suspension des droits de l'homme. Même l'interdiction de torture (...) a été remise en question. L'argument central de ce rapport est que la sécurité est mise en danger non pas par le respect des droits de l'homme mais bien par la violation de ceux-ci. (...) Malheureusement, dans le raz de marée des initiatives antiterroristes récentes, aussi bien dans l'Union européenne qu'ailleurs, le concept des droits de l'homme ainsi que celui de la nécessité de règles de droit comme base pour une vraie sécurité ont été réduits à une pure rhétorique. Dans sa politique et sa législation sur l'antiterrorisme, l'Union européenne n'a pas réussi jusqu'à ce jour de formuler des réponses adéquates en ce qui concerne le problème des droits fondamentaux (...)*». Le texte était présenté le jour même au coordinateur européen de la lutte contre le terrorisme du moment, Gijs de Vries, qui participait à un débat organisé par Amnesty International.

Dans sa stratégie de lutte contre le terrorisme, sous couvert d'un «euroterrorisme» surpassé par un terrorisme «global» incarné par les terribles attentats du 11 septembre 2001, l'Union européenne «tablait» sur des mesures «trans-Piliers» dont les lignes de force, indiscutablement concentrées dans le troisième Pilier, consistaient principalement en le rapprochement des législations pénales des Etats membres, le développement de certains mécanismes de coopération, le renforcement et/ou la mise sur pied d'acteurs européens opérant dans ce domaine et l'intensification du volet extérieur de l'espace pénal européen. Deux grandes lacunes du droit européen sont exacerbées par cette stratégie: les insuffisances des contrôles démocratiques et juridictionnels. Dans leur rapport pour 2002, le réseau d'experts indépendants mis en place par la Commission européenne pointait ces insuffisances⁷⁰⁹: l'imprécision de la définition du terrorisme qui figure dans la décision-cadre du 13 juin 2002, non levée par la transposition dans les droits nationaux, contient un risque d'atteinte au principe de légalité des délits et des peines inscrit à l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la recommandation adoptée par le Conseil en 2002 relative à l'élaboration de «profils terroristes» présente un risque important de discrimination, les mesures particulières adoptées par

⁷⁰⁸ Amnesty International AI Index IOR 61/013/2005, *Human Rights Dissolving at Borders? Counter-Terrorism and EU Criminal Law*, 31 mai 2005.

plusieurs Etats membres se traduisent par des immixtions dans la vie privée ou dans le secret des communications, par des restrictions aux droits de la défense ou par des formes exceptionnelles de détention.

Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, corrigerait ces lacunes en assurant un meilleur contrôle démocratique, en affirmant les droits fondamentaux et en veillant à la sanction juridictionnelle effective des atteintes qui leur sont portées par un vote à la majorité qualifiée au Conseil, la généralisation de la codécision, un rôle accru reconnu aux parlements nationaux, des mécanismes particuliers facilitant les coopérations renforcées, un contrôle accru de la Cour de justice, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ou encore le caractère obligatoire reconnu à la Charte européenne des droits fondamentaux; mais rien n'est moins sûr.

A y regarder de plus près, s'il est vrai que l'espace de liberté, sécurité et justice devient une politique de l'Union européenne au même titre que les autres et que par conséquent le troisième Pilier en tant que tel disparaît, l'ex-deuxième Pilier, lui, demeure. En effet, dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale, le nouveau Traité consacre le principe de reconnaissance mutuelle et établit en outre la possibilité d'édicter des règles minimales sur la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave et revêtant une dimension transfrontière comme le terrorisme. Cependant, l'institution d'un Parquet européen n'est qu'une possibilité offerte au Conseil et les pouvoirs d'examen de la Cour de justice de l'Union européenne ne s'étendront à l'ensemble de ces domaines que passé la période «transitoire» de cinq ans. Quant au domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, il reste largement soumis à l'unanimité et échappe au contrôle de la Cour, à deux exceptions près dont une en liaison directe avec la lutte contre le terrorisme. La Cour devient ainsi compétente pour connaître les recours en annulation dirigés contre les décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil⁷¹⁰. Il convient toutefois de nuancer la portée de cette «nouveau» qui codifie ce que la Cour faisait déjà, indirectement, en contrôlant les mesures communautaires qui mettaient en œuvre le règlement adopté sous l'ex-deuxième Pilier. Enfin,

⁷⁰⁹ Réseau UE d'experts indépendants sur les droits fondamentaux (CFR-CDF), *L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'Union européenne et de ses Etats membres à la menace terroriste*, op.cit.

⁷¹⁰ En vertu de l'article 275 du Traité sur l'Union européenne, tel qu'amendé par le Traité de Lisbonne.

si l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, tel qu'amendé par le Traité de Lisbonne, reconnaît le caractère juridiquement contraignant de la Charte des droits fondamentaux⁷¹¹, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales va nécessiter de délicates négociations⁷¹².

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ne saurait parer à toutes les atteintes aux droits fondamentaux identifiées dans la présente étude et l'état d'exception, dans lequel les mesures de lutte contre le terrorisme naissent, devient une limite à l'Etat de droit : «(...) *lorsque l'état d'exception, dans lequel [l'auctoritas et le potestas] se lient et s'indéterminent, devient la règle, le système juridico-politique se transforme alors en une machine de mort*»⁷¹³.

⁷¹¹ Cette disposition faisant l'objet de réserves dans le Protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni. La République a également conditionné la ratification du Traité de Lisbonne à la négociation des mêmes garanties relatives à la Charte que le Royaume-Uni et la Pologne.

⁷¹² L'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne offre enfin à l'Union une base juridique expresse qui non seulement l'autorise à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales mais impose une obligation de s'employer à négocier une telle adhésion. Cette obligation n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés notamment en raison du fait que la négociation du futur accord d'adhésion est soumise au respect d'exigences particulières qui se distinguent de celles prévues dans le cas de l'adhésion d'un Etat. Ainsi, il est prévu par exemple que l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention doit préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit.

⁷¹³ AGAMBEN G., *Etat d'exception*, Seuil, collection «L'ordre philosophique », Paris, 2003, p. 145.

ANNEXES

Annexe 1

Décision-cadre du Conseil

du 13 juin 2002

relative à la lutte contre le terrorisme

(2002/475/JAI)

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article 29, son article 31, point e), et son article 34, paragraphe 2, point b),

vu la proposition de la Commission(1),

vu l'avis du Parlement européen(2),

considérant ce qui suit:

(1) L'Union européenne se fonde sur les valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.

(2) Le terrorisme constitue l'une des plus sérieuses violations de ces principes. La déclaration de La Gomera adoptée lors de la réunion informelle du Conseil du 14 octobre 1995 condamne le terrorisme comme une menace pour la démocratie, le libre exercice des droits de l'homme et le développement économique et social.

(3) L'ensemble des États membres ou certains d'entre eux sont parties à un certain nombre de conventions en matière de terrorisme. La convention du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme ne considère pas les infractions terroristes comme des infractions politiques, des infractions connexes à une infraction politique ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. Les Nations unies ont adopté la convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 et la convention pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999. Actuellement, un projet de convention globale contre le terrorisme est négocié au sein des Nations unies.

(4) Au niveau de l'Union européenne, le Conseil a adopté, le 3 décembre 1998, le plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en oeuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice(3). Il convient également de tenir compte des conclusions du Conseil du 20 septembre 2001 ainsi que du plan d'action en matière de terrorisme du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001. Le terrorisme a été évoqué dans les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 et du Conseil européen de Santa Maria da Feira des 19 et 20 juin 2000. Il est également mentionné dans la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne (deuxième semestre 2000). En outre, le Parlement européen a adopté une recommandation le 5 septembre 2001, sur la lutte contre le terrorisme. Il y a lieu, par ailleurs, de rappeler que, le 30 juillet 1996, 25 mesures de lutte contre le terrorisme ont été préconisées par les pays les plus industrialisés (G7) et la Russie, réunis à Paris.

(5) L'Union européenne a pris de nombreuses mesures spécifiques pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée telles que: la décision du Conseil du 3 décembre 1998 chargeant Europol de traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités terroristes portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes, ainsi qu'aux biens(4), l'action commune 96/610/JAI du Conseil du 15 octobre 1996 portant sur la création et la tenue d'un répertoire des compétences, des connaissances et des expertises spécialisées en matière de lutte antiterroriste, destiné à faciliter la coopération antiterroriste entre les États membres de l'Union européenne (5), l'action commune 98/428/JAI du Conseil du 29 juin 1998 concernant la création d'un réseau judiciaire européen (6) ayant des compétences en matière d'infractions terroristes (notamment son article 2), l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne (7), et la recommandation du Conseil du 9 décembre 1999 sur la coopération en matière de lutte contre le financement du terrorisme (8).

(6) La définition des infractions terroristes devrait être rapprochée dans tous les États membres, y compris celle des infractions relatives aux groupes terroristes. D'autre part, des peines et des sanctions correspondant à la gravité de ces infractions devraient être prévues à l'encontre des personnes physiques et morales qui ont commis de telles infractions ou en sont responsables.

(7) Des règles juridictionnelles devraient être établies pour garantir que l'infraction terroriste peut faire l'objet de poursuites efficaces.

(8) Les victimes d'infractions terroristes sont vulnérables et, dès lors, des mesures spécifiques à leur égard devraient s'imposer.

(9) Étant donné que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante unilatéralement par les États membres, et peuvent donc, en raison de la réciprocité nécessaire, être mieux réalisés au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité. Conformément au principe de proportionnalité, la présente décision-cadre n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

(10) La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes du droit communautaire. L'Union observe les principes reconnus par l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et reflétés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache.

(11) La présente décision-cadre ne régit pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit, et les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION-CADRE:

Article premier

Infractions terroristes et droits et principes fondamentaux

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de:

- gravement intimider une population ou
 - contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou
 - gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale ;
- a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort ;
 - b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne ;
 - c) l'enlèvement ou la prise d'otage ;
 - d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables;
 - e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises;
 - f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement;
 - g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
 - h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
 - i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h).

2. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

Article 2

Infractions relatives à un groupe terroriste

1. Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par "groupe terroriste" l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes. Le terme "association structurée" désigne une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour rendre punissables les actes intentionnels suivants :

a) la direction d'un groupe terroriste ;

b) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe terroriste.

Article 3

Infractions liées aux activités terroristes

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme infractions liées aux activités terroristes les comportements suivants:

a) le vol aggravé commis en vue de réaliser l'un des comportements énumérés à l'article 1er, paragraphe 1;

b) le chantage en vue de réaliser un des comportements énumérés à l'article 1er, paragraphe 1;

c) l'établissement de faux documents administratifs en vue de réaliser l'un des comportements énumérés à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 2, point b).

Article 4

Incitation, complicité, tentative

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait d'inciter à commettre une infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, et aux articles 2 ou 3 ou de s'en rendre complice.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait de tenter de commettre une infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, et à l'article 3, à l'exclusion de la possession prévue à l'article 1er, paragraphe 1, point f), et de l'infraction visée à l'article 1er, paragraphe 1, point i).

Article 5

Sanctions

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 1er à 4 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles d'entraîner l'extradition.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions terroristes visées à l'article 1er, paragraphe 1, et celles visées à l'article 4, pour autant qu'elles se rapportent aux infractions terroristes, soient passibles de peines privatives de liberté plus sévères que celles prévues par le droit national pour de telles infractions en l'absence de l'intention spéciale requise en vertu de l'article 1er, paragraphe 1, sauf dans les cas où les peines prévues sont déjà les peines maximales possibles en vertu du droit national.

3. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 2 soient passibles de peines privatives de liberté maximales ne pouvant être inférieures à quinze ans pour l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), et à huit ans pour les infractions visées à l'article 2, paragraphe 2, point b). Dans la mesure où l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), ne concerne que l'acte visé à l'article 1er, paragraphe 1, point i), la peine maximale ne peut pas être inférieure à huit ans.

Article 6

Circonstances particulières

Chaque État membre peut prendre les mesures nécessaires pour que les peines visées à l'article 5 puissent être réduites lorsque l'auteur de l'infraction:

- a) renonce à ses activités terroristes, et
- b) fournit aux autorités administratives ou judiciaires des informations, qu'elles n'auraient pas pu obtenir autrement, les aidant à:
 - i) prévenir ou à limiter les effets de l'infraction;
 - ii) identifier ou à traduire en justice les autres auteurs de l'infraction;
 - iii) trouver des preuves ou
 - iv) empêcher que d'autres infractions prévues aux articles 1er à 4 soient commises.

Article 7

Responsabilité des personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables de l'une des infractions visées aux articles 1er à 4, lorsque ces dernières sont commises pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale en cause, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur l'une des bases suivantes:

- a) un pouvoir de représentation de la personne morale;
- b) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale;
- c) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale.

2. Abstraction faite des cas prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission de l'une des infractions visées aux articles 1er à 4, pour le compte de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité.

3. La responsabilité des personnes morales en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices d'une des infractions visées aux articles 1er à 4.

Article 8

Sanctions à l'encontre des personnes morales

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que toute personne morale déclarée responsable au sens de l'article 7 soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, notamment :

- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide public ;
- b) des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale;
- c) un placement sous surveillance judiciaire;
- d) une mesure judiciaire de dissolution;
- e) la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction.

Article 9

Compétence et poursuites

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 1er à 4 dans les cas suivants:

- a) l'infraction a été commise, en tout ou en partie, sur son territoire. Chaque État membre peut étendre sa compétence si l'infraction a été commise sur le territoire d'un État membre;
- b) l'infraction a été commise à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef y enregistré;
- c) l'auteur de l'infraction est l'un de ses ressortissants ou résidents;
- d) l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire,
- e) l'infraction a été commise contre ses institutions ou sa population, ou contre une institution de l'Union européenne ou d'un organisme créé conformément au traité instituant la Communauté européenne ou au traité sur l'Union européenne, et ayant son siège dans l'État membre concerné.

2. Lorsqu'une infraction relève de la compétence de plus d'un État membre et que n'importe lequel de ces États peut valablement engager des poursuites sur la base des mêmes faits, les États membres concernés coopèrent pour décider lequel d'entre eux poursuivra les auteurs de l'infraction avec pour objectif de centraliser, si possible les poursuites dans un seul État membre. À cette fin, les États membres peuvent se servir de tout organe ou mécanisme institué au sein de l'Union européenne aux fins de faciliter la coopération entre leurs autorités judiciaires et la coordination de leurs actions. Sont pris en compte, de façon successive, les éléments de rattachement suivants:

- l'État membre doit être celui sur le territoire duquel les faits ont été commis,
- l'État membre doit être celui dont l'auteur est un ressortissant ou un résident,
- l'État membre doit être l'État membre d'origine des victimes,
- l'État membre doit être celui sur le territoire duquel l'auteur a été trouvé.

3. Tout État membre prend les mesures nécessaires pour établir également sa compétence sur les infractions visées aux articles 1er à 4 dans les cas où il refuse de remettre ou d'extrader une personne soupçonnée ou condamnée d'une telle infraction vers un autre État membre ou vers un pays tiers.

4. Chaque État membre veille à ce que sa compétence couvre les cas dans lesquels une infraction visée aux articles 2 et 4 a été commise en tout ou en partie sur son territoire, quel que soit le lieu où le groupe terroriste est basé ou exerce ses activités criminelles.

5. Le présent article n'exclut pas l'exercice d'une compétence en matière pénale établie par un État membre conformément à sa législation nationale.

Article 10

Protection et assistance apportées aux victimes

1. Les États membres s'assurent que les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions visées par la présente décision-cadre ne dépendent pas de la déclaration ou de l'accusation émanant d'une personne victime de l'infraction, au moins si les faits ont été commis sur le territoire de l'État membre.

2. Outre les mesures prévues par la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (9), chaque État membre prend, si nécessaire, toutes les mesures possibles pour garantir une aide adéquate à la famille de la victime.

Article 11

Mise en oeuvre et rapports

1. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre au plus tard le 31 décembre 2002.

2. Les États membres communiquent, au plus tard le 31 décembre 2002, au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations que leur impose la présente décision-cadre. Sur la base d'un rapport établi à partir de ces informations et d'un rapport de la Commission, le Conseil vérifie, au plus tard le 31 décembre 2003, si les États membres ont pris les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre.

3. Le rapport de la Commission indique notamment la transposition dans le droit pénal des États membres de l'obligation visée à l'article 5, paragraphe 2.

Article 12

Champ d'application territoriale

La présente décision-cadre s'applique à Gibraltar.

Article 13

Entrée en vigueur

La présente décision-cadre entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel.

Fait à Luxembourg, le 13 juin 2002.

Par le Conseil

Le président

M. Rajoy Brey

(1) JO C 332 E du 27.11.2001, p. 300.

(2) Avis rendu le 6 février 2002 (non encore paru au Journal officiel).

(3) JO C 19 du 23.1.1999, p. 1.

(4) JO C 26 du 30.1.1999, p. 22.

(5) JO L 273 du 25.10.1996, p. 1.

(6) JO L 191 du 7.7.1998, p. 4.

(7) JO L 351 du 29.12.1998, p. 1.

(8) JO C 373 du 23.12.1999, p. 1.

(9) JO L 82 du 22.3.2001, p. 1.

Annexe 2

Décision-cadre du Conseil

du 13 juin 2002

relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres

(2002/584/JAI)

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article 31, points a) et b), et son article 34, paragraphe 2, point b),

vu la proposition de la Commission (1),

vu l'avis du Parlement européen (2),

considérant ce qui suit:

(1) Selon les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, et notamment le point 35, il convient de supprimer, entre les États membres, la procédure formelle d'extradition pour les personnes qui tentent d'échapper à la justice après avoir fait l'objet d'une condamnation définitive et d'accélérer les procédures d'extradition relatives aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction.

(2) Le programme de mesures destiné à mettre en oeuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales prévu par le point 37 des conclusions du Conseil de Tampere et adopté par le Conseil le 30 novembre 2000(3) mentionne la question de l'exécution mutuelle des mandats d'arrêt.

(3) La totalité ou certains des États membres sont parties à diverses conventions dans le domaine de l'extradition, parmi lesquelles la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et la convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme. Les pays nordiques ont des lois d'extradition de contenu identique.

(4) De surcroît, les trois conventions suivantes, portant en totalité ou en partie sur l'extradition, ont été approuvées par les États membres et font partie de l'acquis de l'Union: la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (4) du 19 juin 1990 (pour ce qui est des États membres qui sont parties à ladite convention), la convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'Union européenne (5) et la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne (6).

(5) L'objectif assigné à l'Union de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice conduit à supprimer l'extradition entre États membres et à la remplacer par un système de remise entre autorités judiciaires. Par ailleurs, l'instauration d'un nouveau système simplifié de remise des personnes condamnées ou soupçonnées, aux fins d'exécution des jugements ou de poursuites, en matière pénale permet de supprimer la complexité et les risques de retard inhérents aux procédures d'extradition actuelles. Aux relations de coopération classiques qui ont prévalu jusqu'ici entre États membres, il convient de substituer un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale, tant pré-sentencielles que définitives, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

(6) Le mandat d'arrêt européen prévu par la présente décision-cadre constitue la première concrétisation, dans le domaine du droit pénal, du principe de reconnaissance mutuelle que le Conseil européen a qualifié de "Pierre angulaire" de la coopération judiciaire.

(7) Comme l'objectif de remplacer le système d'extradition multilatéral fondé sur la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres agissant unilatéralement et peut donc, en raison de sa dimension et de ses effets, être mieux réalisé au niveau de l'Union, le Conseil peut adopter des mesures, conformément au principe de subsidiarité tel que visé à l'article 2 du traité sur l'Union européenne et à l'article 5 du traité instituant la Communauté européenne. Conformément au principe de proportionnalité, tel que prévu par ce dernier article, la présente décision-cadre n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

(8) Les décisions relatives à l'exécution du mandat d'arrêt européen doivent faire l'objet de contrôles suffisants, ce qui implique qu'une autorité judiciaire de l'État membre où la personne recherchée a été arrêtée devra prendre la décision de remise de cette dernière.

(9) Le rôle des autorités centrales dans l'exécution d'un mandat d'arrêt européen doit se limiter à un appui pratique et administratif.

(10) Le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les États membres. La mise en oeuvre de celui-ci ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des États membres des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7, paragraphe 1, dudit traité avec les conséquences prévues au paragraphe 2 du même article.

(11) Le mandat d'arrêt européen devrait remplacer, dans les relations entre États membres, tous les instruments antérieurs relatifs à l'extradition, y compris les dispositions du titre III de la convention d'application de l'accord de Schengen ayant trait à cette matière.

(12) La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne(7), notamment son chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons.

La présente décision-cadre n'empêche pas un État membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect du droit à un procès équitable, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias.

(13) Nul ne devrait être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

(14) Tous les États membres ayant ratifié la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, il convient que les données à caractère personnel traitées dans le cadre de la mise en oeuvre de la présente décision-cadre soient protégées conformément aux principes de ladite convention,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION-CADRE:

CHAPITRE 1er

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article premier

Définition du mandat d'arrêt européen et obligation de l'exécuter

1. Le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté.
2. Les États membres exécutent tout mandat d'arrêt européen, sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et conformément aux dispositions de la présente décision-cadre.
3. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

Article 2

Champ d'application du mandat d'arrêt européen

1. Un mandat d'arrêt européen peut être émis pour des faits punis par la loi de l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins douze mois ou, lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée, pour des condamnations prononcées d'une durée d'au moins quatre mois.
2. Les infractions suivantes, si elles sont punies dans l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans telles qu'elles sont définies par le droit de l'État membre d'émission, donnent lieu à remise sur la base d'un mandat d'arrêt européen, aux conditions de la présente décision-cadre et sans contrôle de la double incrimination du fait :
 - participation à une organisation criminelle,
 - terrorisme,
 - traite des êtres humains,
 - exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie,
 - trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes,
 - trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs,
 - corruption,
 - fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes,
 - blanchiment du produit du crime,
 - faux monnayage, y compris la contrefaçon de l'euro,

- cybercriminalité,
- crimes contre l'environnement, y compris le trafic illicite d'espèces animales menacées et le trafic illicite d'espèces et d'essences végétales menacées,
- aide à l'entrée et au séjour irréguliers,
- homicide volontaire, coups et blessures graves,
- trafic illicite d'organes et de tissus humains,
- enlèvement, séquestration et prise d'otage,
- racisme et xénophobie,
- vols organisés ou avec arme,
- trafic illicite de biens culturels, y compris antiquités et oeuvres d'art,
- escroquerie,
- racket et extorsion de fonds,
- contrefaçon et piratage de produits,
- falsification de documents administratifs et trafic de faux,
- falsification de moyens de paiement,
- trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance,
- trafic illicite de matières nucléaires et radioactives,
- trafic de véhicules volés,
- viol,
- incendie volontaire,
- crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale,
- détournement d'avion/navire,
- sabotage.

3. Le Conseil peut décider à tout moment, statuant à l'unanimité et après consultation du Parlement européen dans les conditions prévues à l'article 39, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, d'ajouter d'autres catégories d'infractions à la liste contenue au paragraphe 2 du présent article. Le Conseil examine, à la lumière du rapport soumis par la Commission au titre de l'article 34, paragraphe 3, s'il y a lieu d'étendre ou de modifier cette liste.

4. Pour les infractions autres que celles visées au paragraphe 2, la remise peut être subordonnée à la condition que les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen a été émis constituent une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de celle-ci.

Article 3

Motifs de non-exécution obligatoire du mandat d'arrêt européen

L'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution (ci-après dénommée "autorité judiciaire d'exécution") refuse l'exécution du mandat d'arrêt européen dans les cas suivants:

- 1) si l'infraction qui est à la base du mandat d'arrêt est couverte par l'amnistie dans l'État membre d'exécution lorsque celui-ci avait compétence pour poursuivre cette infraction selon sa propre loi pénale;
- 2) s'il résulte des informations à la disposition de l'autorité judiciaire d'exécution que la personne recherchée a fait l'objet d'un jugement définitif pour les mêmes faits par un État membre, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'État membre de condamnation;
- 3) si la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt européen ne peut, en raison de son âge, être tenue pénalement responsable des faits à l'origine de ce mandat selon le droit de l'État membre d'exécution.

Article 4

Motifs de non-exécution facultative du mandat d'arrêt européen

L'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen:

- 1) si, dans l'un des cas visés à l'article 2, paragraphe 4, le fait qui est à la base du mandat d'arrêt européen ne constitue pas une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution ; toutefois, en matière de taxes et impôts, de douane et de change, l'exécution du mandat d'arrêt européen ne pourra être refusée pour le motif que la législation de l'État membre d'exécution n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes, d'impôts, de douane et de change que la législation de l'État membre d'émission;
- 2) lorsque la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt européen est poursuivie dans l'État membre d'exécution pour le même fait que celui qui est à la base du mandat d'arrêt européen;
- 3) lorsque les autorités judiciaires de l'État membre d'exécution ont décidé, soit de ne pas engager des poursuites pour l'infraction faisant l'objet du mandat d'arrêt européen, soit d'y mettre fin, ou lorsque la personne recherchée a fait l'objet dans un État membre d'une décision définitive pour les mêmes faits qui fait obstacle à l'exercice ultérieur de poursuites;
- 4) lorsqu'il y a prescription de l'action pénale ou de la peine selon la législation de l'État membre d'exécution et que les faits relèvent de la compétence de cet État membre selon sa propre loi pénale;
- 5) s'il résulte des informations à la disposition de l'autorité judiciaire d'exécution que la personne recherchée a été définitivement jugée pour les mêmes faits par un pays tiers, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois du pays de condamnation;

6) si le mandat d'arrêt européen a été délivré aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, lorsque la personne recherchée demeure dans l'État membre d'exécution, en est ressortissante ou y réside, et que cet État s'engage à exécuter cette peine ou mesure de sûreté conformément à son droit interne;

7) lorsque le mandat d'arrêt européen porte sur des infractions qui :

a) selon le droit de l'État membre d'exécution, ont été commises en tout ou en partie sur le territoire de l'État membre d'exécution ou en un lieu considéré comme tel, ou

b) ont été commises hors du territoire de l'État membre d'émission et que le droit de l'État membre d'exécution n'autorise pas la poursuite pour les mêmes infractions commises hors de son territoire.

Article 5

Garanties à fournir par l'État membre d'émission dans des cas particuliers

L'exécution du mandat d'arrêt européen par l'autorité judiciaire d'exécution peut être subordonnée par le droit de l'État membre d'exécution à l'une des conditions suivantes :

1) lorsque le mandat d'arrêt européen a été délivré aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté prononcées par une décision rendue par défaut et si la personne concernée n'a pas été citée à personne ni autrement informée de la date et du lieu de l'audience qui a mené à la décision rendue par défaut, la remise peut être subordonnée à la condition que l'autorité judiciaire d'émission donne des assurances jugées suffisantes pour garantir à la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt européen qu'elle aura la possibilité de demander une nouvelle procédure de jugement dans l'État membre d'émission et d'être jugée en sa présence ;

2) lorsque l'infraction qui est à la base du mandat d'arrêt européen est punie par une peine ou une mesure de sûreté privatives de liberté à caractère perpétuel, l'exécution dudit mandat peut être subordonnée à la condition que le système juridique de l'État membre d'émission prévoie des dispositions permettant une révision de la peine infligée - sur demande ou au plus tard après vingt ans - ou l'application de mesures de clémence auxquelles la personne peut prétendre en vertu du droit ou de la pratique de l'État membre d'émission en vue de la non-exécution de cette peine ou mesure ;

3) lorsque la personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuite est ressortissante ou résidente de l'État membre d'exécution, la remise peut être subordonnée à la condition que la personne, après avoir été entendue, soit renvoyée dans l'État membre d'exécution afin d'y subir la peine ou la mesure de sûreté privatives de liberté qui serait prononcée à son encontre dans l'État membre d'émission.

Article 6

Détermination des autorités judiciaires compétentes

1. L'autorité judiciaire d'émission est l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission qui est compétente pour délivrer un mandat d'arrêt européen en vertu du droit de cet État.

2. L'autorité judiciaire d'exécution est l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution qui est compétente pour exécuter le mandat d'arrêt européen en vertu du droit de cet État.

3. Chaque État membre informe le secrétariat général du Conseil de l'autorité judiciaire compétente selon son droit interne.

Article 7

Recours à l'autorité centrale

1. Chaque État membre peut désigner une autorité centrale ou, lorsque son ordre juridique le prévoit, plusieurs autorités centrales, pour assister les autorités judiciaires compétentes.
2. Un État membre peut, si cela s'avère nécessaire en raison de l'organisation de son système judiciaire, confier à son ou ses autorités centrales la transmission et la réception administratives des mandats d'arrêt européens, ainsi que de toute autre correspondance officielle la ou les concernant.

L'État membre qui souhaite faire usage des possibilités visées au présent article communique au secrétariat général du Conseil les informations relatives à l'autorité centrale ou aux autorités centrales désignées. Ces indications lient toutes les autorités de l'État membre d'émission.

Article 8

Contenu et forme du mandat d'arrêt européen

1. Le mandat d'arrêt européen contient les informations suivantes, présentées conformément au formulaire figurant en annexe:

- a) l'identité et la nationalité de la personne recherchée ;
- b) le nom, l'adresse, le numéro de téléphone et de télécopieur et l'adresse électronique de l'autorité judiciaire d'émission ;
- c) l'indication de l'existence d'un jugement exécutoire, d'un mandat d'arrêt ou de toute autre décision judiciaire exécutoire ayant la même force entrant dans le champ d'application des articles 1er et 2 ;
- d) la nature et la qualification légale de l'infraction, notamment au regard de l'article 2 ;
- e) la description des circonstances de la commission de l'infraction, y compris le moment, le lieu et le degré de participation de la personne recherchée à l'infraction ;
- f) la peine prononcée, s'il s'agit d'un jugement définitif, ou l'échelle de peines prévue pour l'infraction par la loi de l'État membre d'émission ;
- g) dans la mesure du possible, les autres conséquences de l'infraction.

2. Le mandat d'arrêt européen doit être traduit dans la langue officielle ou dans une des langues officielles de l'État membre d'exécution. Tout État membre peut, au moment de l'adoption de la présente décision-cadre ou ultérieurement, indiquer, dans une déclaration auprès du secrétariat général du Conseil, qu'il acceptera une traduction dans une ou plusieurs autres langues officielles des institutions des Communautés européennes.

CHAPITRE 2

PROCÉDURE DE REMISE

Article 9

Transmission d'un mandat d'arrêt européen

1. Lorsque le lieu où se trouve la personne recherchée est connu, l'autorité judiciaire d'émission peut communiquer le mandat d'arrêt européen directement à l'autorité judiciaire d'exécution.
2. L'autorité judiciaire d'émission peut, dans tous les cas, décider de signaler la personne recherchée dans le Système d'Information Schengen (SIS).
3. Un tel signalement est effectué conformément aux dispositions de l'article 95 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990. Un signalement dans le SIS vaut mandat d'arrêt européen accompagné des informations prévues à l'article 8, paragraphe 1.

À titre transitoire, jusqu'au moment où le SIS aura la capacité de transmettre toutes les informations figurant à l'article 8, le signalement vaut mandat d'arrêt européen en attendant la réception de l'original en bonne et due forme par l'autorité judiciaire d'exécution.

Article 10

Modalités de transmission d'un mandat d'arrêt européen

1. Si l'autorité judiciaire d'émission ne connaît pas l'autorité judiciaire d'exécution compétente, elle effectue les recherches nécessaires, notamment par le biais des points de contact du Réseau judiciaire européen (8), en vue d'obtenir cette information de l'État membre d'exécution.
2. Si l'autorité judiciaire d'émission le souhaite, la transmission peut être effectuée par le biais du système de télécommunication sécurisé du Réseau judiciaire européen.
3. S'il n'est pas possible de recourir au SIS, l'autorité judiciaire d'émission peut faire appel aux services d'Interpol pour communiquer le mandat d'arrêt européen.
4. L'autorité judiciaire d'émission peut transmettre le mandat d'arrêt européen par tout moyen sûr permettant d'en obtenir une trace écrite, dans des conditions permettant à l'État membre d'exécution d'en vérifier l'authenticité.
5. Toutes les difficultés ayant trait à la transmission ou à l'authenticité de tout document nécessaire à l'exécution du mandat d'arrêt européen sont réglées au moyen de contacts directs entre les autorités judiciaires concernées ou, le cas échéant, de l'intervention des autorités centrales des États membres.
6. Si l'autorité qui reçoit un mandat d'arrêt européen n'est pas compétente pour y donner suite, elle transmet d'office le mandat d'arrêt européen à l'autorité compétente de son État membre et elle en informe l'autorité judiciaire d'émission.

Article 11

Droits de la personne recherchée

1. Lorsqu'une personne recherchée est arrêtée, l'autorité judiciaire d'exécution compétente informe cette personne, conformément à son droit national, de l'existence et du contenu du mandat d'arrêt européen, ainsi que de la possibilité qui lui est offerte de consentir à sa remise à l'autorité judiciaire d'émission.
2. Une personne recherchée qui est arrêtée aux fins de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, a le droit de bénéficier des services d'un conseil et d'un interprète conformément au droit national de l'État membre d'exécution.

Article 12

Maintien de la personne en détention

Lorsqu'une personne est arrêtée sur la base d'un mandat d'arrêt européen, l'autorité judiciaire d'exécution décide s'il convient de la maintenir en détention conformément au droit de l'État membre d'exécution. La mise en liberté provisoire est possible à tout moment conformément au droit interne de l'État membre d'exécution, à condition que l'autorité compétente dudit État membre prenne toute mesure qu'elle estimera nécessaire en vue d'éviter la fuite de la personne recherchée.

Article 13

Consentement donné à la remise

1. Si la personne arrêtée indique qu'elle consent à sa remise, ce consentement et, le cas échéant, la renonciation expresse au bénéfice de la "règle de la spécialité", visée à l'article 27, paragraphe 2, sont donnés devant l'autorité judiciaire d'exécution, conformément au droit interne de l'État membre d'exécution.
2. Tout État membre adopte les mesures nécessaires pour que le consentement et, le cas échéant, la renonciation visés au paragraphe 1 soient recueillis dans des conditions faisant apparaître que la personne les a exprimés volontairement et en étant pleinement consciente des conséquences qui en résultent. À cette fin, la personne recherchée a le droit de se faire assister d'un conseil.
3. Le consentement et, le cas échéant, la renonciation visés au paragraphe 1 sont consignés dans un procès-verbal, selon la procédure prévue par le droit interne de l'État membre d'exécution.
4. Le consentement est en principe irrévocable. Chaque État membre peut prévoir que le consentement et, le cas échéant, la renonciation peuvent être révocables, selon les règles applicables en droit interne. Dans ce cas, la période comprise entre la date du consentement et celle de sa révocation n'est pas prise en considération pour la détermination des délais prévus à l'article 17. Un État membre qui souhaite avoir recours à cette possibilité en informe le secrétariat général du Conseil lors de l'adoption de la présente décision-cadre et indique les modalités selon lesquelles la révocation du consentement est possible, ainsi que toute modification de celles-ci.

Article 14

Audition de la personne recherchée

Si la personne arrêtée ne consent pas à sa remise de la manière prévue à l'article 13, elle a le droit d'être entendue par l'autorité judiciaire d'exécution, conformément au droit de l'État membre d'exécution.

Article 15

Décision sur la remise

1. L'autorité judiciaire d'exécution décide, dans les délais et aux conditions définis dans la présente décision-cadre, la remise de la personne.
2. Si l'autorité judiciaire d'exécution estime que les informations communiquées par l'État membre d'émission sont insuffisantes pour lui permettre de décider la remise, elle demande la fourniture d'urgence des informations complémentaires nécessaires, en particulier en relation avec les articles 3 à 5 et 8, et peut fixer une date limite pour leur réception, en tenant compte de la nécessité de respecter les délais fixés à l'article 17.
3. L'autorité judiciaire d'émission peut, à tout moment, transmettre toutes les informations additionnelles utiles à l'autorité judiciaire d'exécution.

Article 16

Décision en cas de concours de demandes

1. Si plusieurs États membres ont émis un mandat d'arrêt européen à l'encontre de la même personne, le choix du mandat d'arrêt européen à exécuter est opéré par l'autorité judiciaire d'exécution en tenant dûment compte de toutes les circonstances et, en particulier, de la gravité relative et du lieu de commission des infractions, des dates respectives des mandats d'arrêt européens, ainsi que du fait que le mandat a été émis pour la poursuite ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté.
2. L'autorité judiciaire d'exécution peut demander l'avis d'Eurojust (9) en vue d'opérer le choix visé au paragraphe 1.
3. En cas de conflit entre un mandat d'arrêt européen et une demande d'extradition présentée par un pays tiers, la décision sur la priorité à donner au mandat d'arrêt européen ou à la demande d'extradition est prise par l'autorité compétente de l'État membre d'exécution, en tenant dûment compte de toutes les circonstances, en particulier celles visées au paragraphe 1, ainsi que de celles mentionnées dans la convention applicable.
4. Le présent article est sans préjudice des obligations des États membres découlant du statut de la Cour pénale internationale.

Article 17

Délais et modalités de la décision d'exécution du mandat d'arrêt européen

1. Un mandat d'arrêt européen est à traiter et exécuter d'urgence.
2. Lorsque la personne recherchée consent à sa remise, la décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen devrait être prise dans les dix jours suivant ledit consentement.

3. Dans les autres cas, la décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen devrait être prise dans un délai de soixante jours à compter de l'arrestation de la personne recherchée.

4. Dans des cas spécifiques, lorsque le mandat d'arrêt européen ne peut être exécuté dans les délais prévus aux paragraphes 2 ou 3, l'autorité judiciaire d'exécution en informe immédiatement l'autorité judiciaire d'émission, en indiquant pour quelles raisons. Dans un tel cas, les délais peuvent être prolongés de trente jours supplémentaires.

5. Aussi longtemps qu'aucune décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen n'est prise par l'autorité judiciaire d'exécution, celui-ci s'assurera que les conditions matérielles nécessaires à une remise effective de la personne restent réunies.

6. Tout refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen doit être motivé.

7. Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, un État membre ne peut pas respecter les délais impartis par le présent article, il en informe Eurojust, en précisant les raisons du retard. En outre, un État membre qui a subi, de la part d'un autre État membre, plusieurs retards dans l'exécution de mandats d'arrêt européens en informe le Conseil en vue de l'évaluation, au niveau des États membres, de la mise en oeuvre de la présente décision-cadre.

Article 18

Situation dans l'attente de la décision

1. Lorsque le mandat d'arrêt européen a été émis pour l'exercice de poursuites pénales, l'autorité judiciaire d'exécution doit :

a) ou accepter qu'il soit procédé à l'audition de la personne recherchée, conformément à l'article 19 ;

b) ou accepter que la personne recherchée soit temporairement transférée.

2. Les conditions et la durée du transfèrement temporaire sont fixées d'un commun accord entre l'autorité judiciaire d'émission et l'autorité judiciaire d'exécution.

3. En cas de transfèrement temporaire, la personne doit pouvoir retourner dans l'État membre d'exécution pour assister aux audiences la concernant, dans le cadre de la procédure de remise.

Article 19

Audition de la personne dans l'attente de la décision

1. Il est procédé à l'audition de la personne recherchée par une autorité judiciaire, assistée d'une autre personne désignée selon le droit de l'État membre dont relève la juridiction requérante.

2. L'audition de la personne recherchée est exécutée conformément au droit de l'État membre d'exécution et dans les conditions arrêtées d'un commun accord par l'autorité judiciaire d'émission et l'autorité judiciaire d'exécution.

3. L'autorité judiciaire d'exécution compétente peut charger une autre autorité judiciaire de l'État membre dont elle relève de prendre part à l'audition de la personne recherchée, afin de garantir l'application correcte du présent article et des conditions fixées.

Article 20

Privilèges et immunités

1. Lorsque la personne recherchée bénéficie d'un privilège ou d'une immunité de juridiction ou d'exécution dans l'État membre d'exécution, les délais visés à l'article 17 ne commencent à courir que si, et à compter du jour où, l'autorité judiciaire d'exécution a été informée du fait que ce privilège ou cette immunité ont été levés.

L'État membre d'exécution s'assure que les conditions matérielles nécessaires à une remise effective sont réunies au moment où la personne ne bénéficie plus d'un tel privilège ou d'une telle immunité.

2. Lorsque la levée du privilège ou de l'immunité relève d'une autorité de l'État membre d'exécution, l'autorité judiciaire d'exécution lui en fait la demande sans délai. Lorsque la levée du privilège ou de l'immunité relève d'une autorité d'un autre État ou d'une organisation internationale, il revient à l'autorité judiciaire d'émission de lui en faire la demande.

Article 21

Concours d'obligations internationales

La présente décision-cadre n'affecte pas les obligations de l'État membre d'exécution lorsque la personne recherchée a été extradée vers cet État membre à partir d'un pays tiers et que cette personne est protégée par des dispositions de l'arrangement, en vertu duquel elle a été extradée, relatives à la spécialité. L'État membre d'exécution prend toutes les mesures nécessaires pour demander immédiatement le consentement de l'État d'où la personne recherchée a été extradée, de manière à ce qu'elle puisse être remise à l'État membre d'émission. Les délais visés à l'article 17 ne commencent à courir qu'à dater du jour où ces règles de spécialité cessent de s'appliquer. En attendant la décision de l'État d'où la personne recherchée a été extradée, l'État membre d'exécution s'assurera que les conditions matérielles nécessaires à une remise effective restent réunies.

Article 22

Notification de la décision

L'autorité judiciaire d'exécution notifie immédiatement à l'autorité judiciaire d'émission la décision concernant la suite donnée au mandat d'arrêt européen.

Article 23

Délai pour la remise de la personne

1. La personne recherchée est remise dans les plus brefs délais à une date convenue entre les autorités concernées.

2. Elle est remise au plus tard dix jours après la décision finale sur l'exécution du mandat d'arrêt européen.

3. Si la remise de la personne recherchée, dans le délai prévu au paragraphe 2, s'avère impossible en vertu d'un cas de force majeure dans l'un ou l'autre des États membres, l'autorité judiciaire d'exécution et l'autorité judiciaire d'émission prennent immédiatement contact l'une avec l'autre et conviennent d'une nouvelle date de remise. Dans ce cas, la remise a lieu dans les dix jours suivant la nouvelle date convenue.

4. Il peut exceptionnellement être sursis temporairement à la remise, pour des raisons humanitaires sérieuses, par exemple lorsqu'il y a des raisons valables de penser qu'elle mettrait manifestement en danger la vie ou la santé de la personne recherchée. L'exécution du mandat d'arrêt européen a lieu dès que ces raisons ont cessé d'exister. L'autorité judiciaire d'exécution en informe immédiatement l'autorité judiciaire d'émission et convient avec elle d'une nouvelle date de remise. Dans ce cas, la remise a lieu dans les dix jours suivant la nouvelle date convenue.

5. À l'expiration des délais visés aux paragraphes 2 à 4, si la personne se trouve toujours en détention, elle est remise en liberté.

Article 24

Remise différée ou conditionnelle

1. L'autorité judiciaire d'exécution peut, après avoir décidé l'exécution du mandat d'arrêt européen, différer la remise de la personne recherchée pour qu'elle puisse être poursuivie dans l'État membre d'exécution ou, si elle a déjà été condamnée, pour qu'elle puisse purger, sur son territoire, une peine encourue en raison d'un fait autre que celui visé par le mandat d'arrêt européen.

2. Au lieu de différer la remise, l'autorité judiciaire d'exécution peut remettre temporairement à l'État membre d'émission la personne recherchée, dans des conditions à déterminer d'un commun accord entre les autorités judiciaires d'exécution et d'émission. L'accord est fait par écrit et toutes les autorités de l'État membre d'émission sont tenues d'en respecter les conditions.

Article 25

Transit

1. Chaque État membre permet, sauf lorsqu'il fait usage de la possibilité de refus lorsque le transit d'un de ses ressortissants ou d'un de ses résidents est demandé aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, le transit à travers son territoire d'une personne recherchée qui fait l'objet d'une remise, à condition d'avoir reçu des renseignements sur :

- a) l'identité et la nationalité de la personne faisant l'objet du mandat d'arrêt européen ;
- b) l'existence d'un mandat d'arrêt européen ;
- c) la nature et la qualification légale de l'infraction ;
- d) la description des circonstances de l'infraction, y compris la date et le lieu.

Lorsque la personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuite est ressortissante ou résidente de l'État membre de transit, le transit peut être subordonné à la condition que la personne, après avoir été entendue, soit renvoyée dans l'État membre de transit pour y purger la peine ou la mesure de sûreté privatives de liberté qui serait prononcée à son encontre dans l'État membre d'émission.

2. Chaque État membre désigne une autorité chargée de recevoir les demandes de transit et les documents nécessaires, de même que toute autre correspondance officielle concernant les demandes de transit. Les États membres communiquent cette désignation au secrétariat général du Conseil.

3. La demande de transit, ainsi que les renseignements prévus au paragraphe 1, peuvent être adressés à l'autorité désignée en vertu du paragraphe 2 par tout moyen permettant d'en conserver une trace écrite. L'État membre de transit fait connaître sa décision par le même procédé.

4. La présente décision-cadre ne s'applique pas en cas d'utilisation de la voie aérienne sans escale prévue. Toutefois, lorsque survient un atterrissage fortuit, l'État membre d'émission fournit à l'autorité désignée, conformément au paragraphe 2, les renseignements prévus au paragraphe 1.

5. Lorsqu'un transit concerne une personne qui doit être extradée d'un pays tiers vers un État membre, le présent article s'appliquera mutatis mutandis. En particulier, l'expression "mandat d'arrêt européen" est réputée être remplacée par "demande d'extradition".

CHAPITRE 3

EFFETS DE LA REMISE

Article 26

Déduction de la période de détention subie dans l'État membre d'exécution

1. L'État membre d'émission déduit de la durée totale de privation de liberté qui serait à subir dans l'État membre d'émission toute période de détention résultant de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, par suite de la condamnation à une peine ou mesure de sûreté privatives de liberté.

2. À cette fin, toutes les informations relatives à la durée de la détention de la personne recherchée au titre de l'exécution du mandat d'arrêt européen sont transmises par l'autorité judiciaire d'exécution ou par l'autorité centrale désignée en application de l'article 7 à l'autorité judiciaire d'émission au moment de la remise.

Article 27

Poursuite éventuelle pour d'autres infractions

1. Chaque État membre peut notifier au secrétariat général du Conseil que, dans ses relations avec d'autres États membres qui ont procédé à la même notification, le consentement est réputé avoir été donné pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise, autre que celle qui a motivé sa remise, sauf si, dans un cas particulier, l'autorité judiciaire d'exécution en dispose autrement dans sa décision statuant sur la remise.

2. Sauf dans les cas visés aux paragraphes 1 et 3, une personne qui a été remise ne peut être poursuivie, condamnée ou privée de liberté pour une infraction commise avant sa remise autre que celle qui a motivé sa remise.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans les cas suivants :

a) lorsque, ayant eu la possibilité de le faire, la personne n'a pas quitté le territoire de l'État membre auquel elle a été remise dans les quarante-cinq jours suivant son élargissement définitif, ou qu'elle y est retournée après l'avoir quitté ;

b) l'infraction n'est pas punie d'une peine ou mesure de sûreté privatives de liberté ;

c) la procédure pénale ne donne pas lieu à l'application d'une mesure restreignant la liberté individuelle de la personne ;

d) lorsque la personne est passible d'une peine ou une mesure non privatives de liberté, notamment une peine pécuniaire ou une mesure qui en tient lieu, même si cette peine ou mesure est susceptible de restreindre sa liberté individuelle ;

e) lorsque la personne a accepté d'être remise, le cas échéant en même temps qu'elle a renoncé à la règle de la spécialité, conformément à l'article 13 ;

f) lorsque la personne a expressément renoncé, après sa remise, à bénéficier de la règle de la spécialité pour des faits spécifiques antérieurs à sa remise. La renonciation est faite devant les autorités judiciaires compétentes de l'État membre d'émission et est consignée conformément au droit interne de cet État. Elle est rédigée de manière à faire apparaître que la personne concernée l'a faite volontairement et en étant pleinement consciente des conséquences qui en résultent. La personne a le droit, à cette fin, de se faire assister d'un conseil ;

g) lorsque l'autorité judiciaire d'exécution qui a remis la personne donne son consentement conformément au paragraphe 4.

4. La demande de consentement est présentée à l'autorité judiciaire d'exécution, accompagnée des informations mentionnées à l'article 8, paragraphe 1, ainsi que d'une traduction comme indiqué à l'article 8, paragraphe 2. Le consentement est donné lorsque l'infraction pour laquelle il est demandé entraîne elle-même l'obligation de remise aux termes de la présente décision-cadre. Le consentement est refusé pour les raisons mentionnées à l'article 3 et, sinon, il ne peut l'être que pour les raisons mentionnées à l'article 4. La décision est prise au plus tard trente jours après réception de la demande.

Pour les cas mentionnés à l'article 5, l'État membre d'émission doit fournir les garanties qui y sont prévues.

Article 28

Remise ou extradition ultérieure

1. Chaque État membre peut notifier au secrétariat général du Conseil que, dans ses relations avec d'autres États membres qui ont procédé à la même notification, le consentement pour la remise d'une personne à un État membre, autre que l'État membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant sa remise est réputé avoir été donné, sauf si, dans un cas particulier, l'autorité judiciaire d'exécution en dispose autrement dans sa décision de remise.

2. En tout état de cause, une personne qui a été remise à l'État membre d'émission en vertu d'un mandat d'arrêt européen peut, sans le consentement de l'État membre d'exécution, être remise à un autre État membre que l'État membre d'exécution en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant sa remise, dans les cas suivants :

a) lorsqu'ayant eu la possibilité de le faire, la personne recherchée n'a pas quitté le territoire de l'État membre auquel elle a été remise dans les quarante-cinq jours suivant son élargissement définitif, ou qu'elle y est retournée après l'avoir quitté ;

b) lorsque la personne recherchée accepte d'être remise à un État membre autre que l'État membre d'exécution en vertu d'un mandat d'arrêt européen. Le consentement est donné aux autorités judiciaires compétentes de l'État membre d'émission et est consigné conformément au droit interne de cet État. Il est rédigé de manière à faire apparaître que la personne concernée l'a donné volontairement et en étant pleinement consciente des conséquences qui en résultent. La personne recherchée a le droit, à cette fin, de se faire assister d'un conseil ;

c) lorsque la personne recherchée ne bénéficie pas de la règle de la spécialité, conformément à l'article 27, paragraphe 3, points a), e), f) et g).

3. L'autorité judiciaire d'exécution consent à ce que la personne concernée soit remise à un autre État membre conformément aux règles suivantes :

a) la demande de consentement est présentée conformément à l'article 9, accompagnée des informations mentionnées à l'article 8, paragraphe 1, ainsi que d'une traduction comme indiqué à l'article 8, paragraphe 2 ;

b) le consentement est donné lorsque l'infraction pour laquelle il est demandé entraîne elle-même l'obligation de remise aux termes de la présente décision-cadre ;

c) la décision est prise au plus tard trente jours après réception de la demande ;

d) le consentement est refusé pour les raisons mentionnées à l'article 3 et, sinon, il ne peut l'être que pour les raisons mentionnées à l'article 4.

Pour les cas mentionnés à l'article 5, l'État membre d'émission doit fournir les garanties qui y sont prévues.

4. Nonobstant le paragraphe 1, une personne qui a été remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen n'est pas extradée vers un État tiers sans le consentement de l'autorité compétente de l'État membre qui l'a remise. Ce consentement est donné conformément aux conventions par lesquelles cet État membre est lié, ainsi qu'à son droit interne.

Article 29

Remise d'objets

1. À la requête de l'autorité judiciaire d'émission ou de sa propre initiative, l'autorité judiciaire d'exécution saisit et remet, conformément à son droit national, les objets:

a) qui peuvent servir de pièces à conviction, ou

b) qui ont été acquis par la personne recherchée du fait de l'infraction.

2. La remise des objets visés au paragraphe 1 est effectuée même dans le cas où le mandat d'arrêt européen ne peut pas être exécuté par suite du décès ou de l'évasion de la personne recherchée.

3. Lorsque les objets visés au paragraphe 1 sont susceptibles de saisie ou de confiscation sur le territoire de l'État membre d'exécution, ce dernier peut, si les objets sont requis aux fins d'une procédure pénale en cours, les conserver temporairement ou les remettre à l'État membre d'émission sous réserve de restitution.

4. Sont réservés les droits que l'État membre d'exécution ou des tiers auraient acquis sur les objets visés au paragraphe 1. Si de tels droits existent, l'État membre d'émission renvoie les objets sans frais à l'État membre d'exécution, dès que la procédure pénale est terminée.

Article 30

Frais

1. Les dépenses encourues sur le territoire de l'État membre d'exécution pour l'exécution du mandat d'arrêt européen sont supportées par cet État membre.
2. Toutes les autres dépenses sont à charge de l'État membre d'émission.

CHAPITRE 4

DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET FINALES

Article 31

Relation avec d'autres instruments légaux

1. Sans préjudice de leur application dans les relations entre États membres et États tiers, la présente décision-cadre remplace, à partir du 1er janvier 2004, les dispositions correspondantes des conventions suivantes, applicables en matière d'extradition dans les relations entre les États membres :

a) la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, son protocole additionnel du 15 octobre 1975, son deuxième protocole additionnel du 17 mars 1978, et la convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 pour autant qu'elle concerne l'extradition;

b) l'accord du 26 mai 1989 entre les douze États membres des Communautés européennes relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition;

c) la convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'Union européenne;

d) la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne;

e) le titre III, chapitre 4, de la convention d'application du 19 juin 1990 de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

2. Les États membres peuvent continuer d'appliquer les accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux en vigueur au moment de l'adoption de la présente décision-cadre dans la mesure où ceux-ci permettent d'approfondir ou d'élargir les objectifs de celle-ci et contribuent à simplifier ou faciliter davantage les procédures de remise des personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen.

Les États membres peuvent conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux après l'entrée en vigueur de la présente décision-cadre, dans la mesure où ceux-ci permettent d'approfondir ou d'élargir le contenu de celle-ci et contribuent à simplifier ou faciliter davantage les procédures de remise des personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen, notamment en fixant des délais plus courts que ceux fixés à l'article 17, en étendant la liste des infractions prévues à l'article 2, paragraphe 2, en limitant davantage les motifs de refus prévus aux articles 3 et 4, ou en abaissant le seuil prévu à l'article 2, paragraphe 1 ou 2.

Les accords et arrangements visés au deuxième alinéa ne peuvent en aucun cas affecter les relations avec les États membres qui n'en sont pas parties.

Les États membres notifient au Conseil et à la Commission, dans les trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente décision-cadre, les accords ou arrangements existants visés au premier alinéa qu'ils souhaitent continuer d'appliquer.

Les États membres notifient également au Conseil et à la Commission, dans les trois mois de leur signature, tout nouvel accord ou arrangement tel que prévu au deuxième alinéa.

3. Dans la mesure où les conventions ou accords visées au paragraphe 1 s'appliquent à des territoires des États membres, ou à des territoires dont un État membre assume les relations extérieures, auxquels la présente décision-cadre ne s'applique pas, ces instruments continuent de régir les relations existantes entre ces territoires et les autres États membres.

Article 32

Disposition transitoire

Les demandes d'extradition reçues avant le 1er janvier 2004 continueront d'être régies par les instruments existants dans le domaine de l'extradition. Les demandes reçues à partir de cette date seront régies par les règles adoptées par les États membres en exécution de la présente décision-cadre. Cependant, tout État membre peut faire, au moment de l'adoption de la présente décision-cadre, une déclaration indiquant que, en tant qu'État membre d'exécution, il continuera de traiter selon le système d'extradition applicable avant le 1er janvier 2004 les demandes relatives à des faits commis avant une date qu'il indique. Cette date ne peut être postérieure au 7 août 2002. Ladite déclaration sera publiée au Journal officiel. Elle peut être retirée à tout moment.

Article 33

Dispositions relatives à l'Autriche et à Gibraltar

1. Tant que l'Autriche n'aura pas modifié l'article 12, paragraphe 1, de l'"Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz", et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2008, elle pourra autoriser ses autorités judiciaires d'exécution à refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen si la personne recherchée est un citoyen autrichien et si les faits qui sont à la base du mandat d'arrêt européen ne sont pas punissables en droit autrichien.

2. La présente décision-cadre s'applique à Gibraltar.

Article 34

Mise en œuvre

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente décision-cadre d'ici le 31 décembre 2003.

2. Les États membres communiquent au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations découlant de la présente décision-cadre. Ce faisant, chaque État membre peut indiquer qu'il appliquera immédiatement la présente décision-cadre dans ses relations avec les États membres qui ont procédé à la même communication.

Le secrétariat général du Conseil communique aux États membres et à la Commission les informations reçues en application de l'article 7, paragraphe 2, de l'article 8, paragraphe 2, de l'article 13, paragraphe 4, et de l'article 25, paragraphe 2. Il en assurera également la publication au Journal officiel.

3. Sur la base des informations transmises par le secrétariat général du Conseil, la Commission soumet le 31 décembre 2004 au plus tard, un rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la présente décision-cadre, accompagné, si nécessaire, de propositions législatives.

4. Au cours du deuxième semestre de 2003, le Conseil procède à l'évaluation, notamment de l'application pratique, des dispositions de la présente décision-cadre par les États membres, ainsi que du fonctionnement du SIS.

Article 35

Entrée en vigueur

La présente décision-cadre entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel.

Fait à Luxembourg, le 13 juin 2002.

Par le Conseil

Le président

M. Rajoy Brey

(1) JO C 332 E du 27.11.2001, p. 305.

(2) Avis rendu le 9 janvier 2002 (non encore paru au Journal officiel).

(3) JO C 12 E du 15.1.2001, p. 10.

(4) JO L 239 du 22.9.2000, p. 19.

(5) JO C 78 du 30.3.1995, p. 2.

(6) JO C 313 du 13.10.1996, p. 12.

(7) JO C 364 du 18.12.2000, p. 1.

(8) Action commune 98/428/JAI du Conseil du 29 juin 1998 concernant la création d'un Réseau judiciaire européen (JO L 191 du 7.7.1998, p. 4).

(9) Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité (JO L 63 du 6.3.2002, p. 1).

ANNEXE

MANDAT D'ARRÊT EUROPÉEN

Le présent mandat a été émis par une autorité judiciaire compétente. Je demande que la personne mentionnée ci-dessous soit arrêtée et remise aux autorités judiciaires aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté.

Le présent mandat doit être rédigé ou traduit dans une des langues officielles de l'État membre d'exécution, lorsque ce dernier est connu, ou dans toute autre langue acceptée par cet État.

Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre

Déclarations prévues à l'article 32

Déclaration de la France:

La France déclare, conformément à l'article 32 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et à la procédure de remise entre États membres, que, en tant qu'État d'exécution, elle continuera de traiter selon le système d'extradition applicable avant le 1er janvier 2004 les demandes relatives à des faits commis avant le 1er novembre 1993, date d'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992.

Déclaration de l'Italie:

L'Italie continuera de traiter selon les dispositions en vigueur en matière d'extradition toutes les demandes relatives à des faits commis avant la date d'entrée en vigueur de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, comme prévu dans son article 32.

Déclaration de l'Autriche:

L'Autriche déclare, conformément à l'article 32 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, que, en tant qu'État d'exécution, elle continuera de traiter les demandes relatives à des faits punissables commis avant la date d'entrée en vigueur de la décision-cadre selon le système d'extradition applicable avant cette date.

Déclarations prévues à l'article 13, paragraphe 4

Déclaration de la Belgique:

Le consentement de la personne concernée à sa remise peut être révoqué, et ce jusqu'au moment de la remise.

Déclaration du Danemark:

Le consentement donné à la remise et la renonciation expresse au bénéfice de la "règle de la spécialité" peuvent être révoqués conformément aux règles du droit danois en vigueur dans ce domaine.

Déclaration de l'Irlande:

En Irlande, le consentement donné à la remise et, le cas échéant, la renonciation expresse au bénéfice de la "règle de la spécialité", visée à l'article 27, paragraphe 2, peuvent être révoqués. Conformément au droit national, le consentement peut être révoqué jusqu'à l'exécution de la remise.

Déclaration de la Finlande:

En Finlande, le consentement donné à la remise et, le cas échéant, la renonciation expresse au bénéfice de la "règle de la spécialité", visée à l'article 27, paragraphe 2, peuvent être révoqués. Le consentement peut, conformément au droit national, être révoqué jusqu'à l'exécution de la remise.

Déclaration de la Suède :

Le consentement ou la renonciation au sens de l'article 13, paragraphe 1, peuvent être révoqués par celui dont la remise a été demandée. La révocation doit avoir lieu avant l'exécution de la décision sur la remise.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

AGAMBEN G., *Etat d'exception*, Seuil, collection «L'ordre philosophique», Paris, 2003, 153 p.

ALEXANDER Y. and MYERS K. A. (editors), *Terrorism in Europe*, Canberra, Croom Helm, London, 1982, 216 p.

ALEXANDER Y. and NANES A. S., *Legislative Responses to Terrorism*, Martus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston, 1986, 327 p.

AL-MIDANI M. A., *Les droits de l'homme et l'Islam – Textes des organisations arabes et islamiques*, Marc-Bloc, Strasbourg, 2003, 141 p.

ANDRE C., *Droit pénal spécial*, Dalloz, Paris, 2010, 441 p.

ARNAUD A. J., *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, collection Les voies du droit, 1991, 304 p.

ASCENCIO H., DECAUX E., PELLET A. (sous la direction de), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, 1053 p.

BAUD J., *Encyclopédie des terrorismes et violences politiques*, Lavauzelle, Paris, 2003, 752 p.

BAYATI H., *The terrorism game: 11 September attacks and the new alliances*, AL Rafid, London, 2001, 484 p.

BEAUFAYS J. (éditeur), *La démocratie après le 11 septembre*, Editions de l'université de Liège, Liège, 2003, 261p.

BIGO D., *Polices en réseaux : l'expérience européenne*, Presse de Science Politique, Paris, 1996, 358 p.

BLIN A., *11 septembre 2001, la terreur démasquée*, le Cavalier bleu, Paris, 2006, 160 p.

BLIN A. et CHALIAND G., *Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Qaïda*, Bayard, Paris, 2006, 718 p.

BONIFACE P., *Les guerres de demain*, Seuil, Paris, 2001, 211 p.

BONIFACE P., *Les leçons du 11 septembre*, PUF, Collection Enjeux Stratégiques, Paris, 2001, 134 p.

BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *Le terrorisme et les droits fondamentaux*, Collection Droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2002, 306 p.

BURKE J., *Al-Qaeda: Casting a Shadow of Terror*, I. B. Tauris, 2004, 304 p.

CAMUS C., *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Le Félin Kiron, Paris, 2007, 151 p.

CARPANO E., *Etat de droit et droits européens – L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'europeanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan, Paris, 2005, 662 p.

CARRE DE MALGERG R., *La distinction de l'Etat légal et de l'Etat de droit*, in *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, Sirey, Paris, 1920, 488 p.

CETTINA N., *Terrorisme, l'histoire de sa mondialisation*, L'Harmattan, Paris, 2001, 352 p.

CETTINA N., *Les enjeux organisationnels de la lutte contre le terrorisme*, LGDJ, Paris, 1994, 216 p.

CHALIAND G. et BLIN A. (sous la direction de), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Al Qaïda*, Bayard, Paris, 2004, 718 p.

CHEVALLIER – GOVERS C., *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 450 p.

CHRISTAKIS T., BANNELIER K., CORTEN O. et DELCOURT B. (sous la direction de), *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, Cahiers internationaux n°7, CEDIN-Paris I, Paris, 2002, 356 p.

CRABIT E., *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1988, 588 p.

CRAIG P. et DE BURCA G., *EU Law – Text, cases, and materials*, Oxford University Press, seconde édition, Great Britain, 1998, 1302 p.

DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, éditions de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2000, 373 p.

DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, 255 p.

DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, 305 p.

DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen – Mutual Trust in the European Criminal Area*, éditions de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2005, 337 p.

DELMAS-MARTY M. (sous la direction de), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Travaux du colloque international organisé par l'Association de recherches pénales européennes, 23 et 24 octobre 1992, Economica, Paris, 361 p.

- DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G. et LAMBERT-ABDELGAWAD E. (sous la direction de), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Société de Législation comparée, Collection de l'UMR de Droit comparé de Paris (Paris I - CNRS, Vol. V), Paris, 2003, 592 p.
- DELMAS-MARTY M., *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, 1ère édition, PUF, Paris, 1989, 512 p.
- DESPORTES F. et LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal*, Tome 1, Droit pénal général, Economica, 7^{ème} édition, Paris, 2000, 975 p.
- DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité de droit criminel*, 3^{ème} édition, Paris, 1947, 1059 p.
- DUBOUT E., *L'article 13 du Traité CE – La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 845 p.
- FARSON A. S. (sous la direction de), *Security and Intelligence in a Changing World: New Perspectives for the 1990s*, Routledge, 1991, 202 p.
- FURET F., LINIERS A. et RAYNAUD P., *Terrorisme et Démocratie*, Fayard, Paris, 1985, 232 p.
- GALLI G., *Il partito armato. Gli anni di piombo in Italia, 1968-1986*, Kaos Edizioni, Milano, 1993, 388 p.
- GARCIN-MARROU I., *Terrorisme: médias et démocratie*, Presses universitaires de Lyon, collection Passerelles, Lyon, 2001, 148 p.
- GARRIGOS M., *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme: étude de droit interne et international*, Thèse de doctorat, Paris –I, 2004.
- GAYRAUD J.-F. et SENAT D., *Le terrorisme*, Que-sais-je?, n° 1768, Paris, 2002, 128 p.
- GILLIGAN C. et TONGE J. (sous la direction de), *Peace or War ? Understanding the Peace Process in Northern Ireland*, Aldershot, Ashgate Publishing, 1997, 167 p.
- GIOVAGNOLI A., *Il Caso Moro. Una Tragedia Repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2005, 382 p.
- GOUNELLE M., *Introduction au droit public français*, Montchrestien, Paris, 1979, 336 p.
- GOZZI M.-H., *Le terrorisme*, Collection "Mise au point", Ellipses, Poitiers, 2003, 158 p.
- GUILLAUME G., *Terrorisme et droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, Tome III, 1989, 416 p.
- HARDING C. and SWART B., *Enforcing European Community Rules: Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*, Aldershot editors, Brookfield, Dartmouth (USA), 1996, 214 p.

HARRIS D. A., *Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work*, W. W. Norton & Company, 2003, 303 p.

HEISBOURG F., *Hyperterrorisme: la nouvelle guerre*, Odile Jacob, Villeneuve d'Ascq, 2003, 304 p.

HENKIN, CRAWFORD PUGH, SCHACHTER et SMIT, *International law, cases and materials*, 3^{ème} édition, 1993, 1596 p.

HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, L. G. D. J., Paris, 2003, 568 p.

HOFFMAN B., *La mécanique terroriste*, Calman-levy, 1999, 302 p.

HOFFMAN D., *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, Venice: Federal House Place of Publication, 1998, 645 p.

HUET A. et KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, PUF, 2^{ème} édition, Paris, 2001, 452 p.

KRIEKEN P. J. van, *Terrorism and international legal order: with special reference to the U.N., the E.U. and crossborder aspects*, The Hague, 2002, 482 p.

LAMBERT J. J., *Terrorism and Hostages in International Law: a Commentary on the Hostages Convention 1979*, Grotius publications Ltd., Cambridge, 1990, 263 p.

LAMBERT M., *La crise du 11 septembre : la manifestation de lacunes dans l'espace normatif international*, Mémoire de DEA, Lille II, 2002.

LAQUEUR W., *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, Oxford University Press, New York, 1999, 320 p.

LE GOFF J. et NORA P. (sous la direction de), *Faire de l'histoire*, 3 tomes, Folio, Paris, 1974, 992 p.

LEJEUNE P., *La coopération policière européenne contre le terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, 1992, 281 p.

LEJEUNE P., *La politique européenne de lutte contre le terrorisme*, Thèse de doctorat, Lyon, 1991.

LITS M., *Du 11 septembre à la riposte. Les débuts d'une nouvelle guerre médiatique*, De Boeck, Bruxelles, 2004, 154 p.

MAGNETTE P. et REMACLE E. (éditeurs), *Le nouveau modèle européen*, vol. 2, PUB, Bruxelles, 2000, 416 p.

MANACORDA S., *L'infraction d'organisation criminelle en Europe : Allemagne, Espagne, France, Italie, Union européenne*, PUF, ARPE, collection Faculté de droit de Poitiers, 2002, 327 p.

MARCHETTI M.-R., *Istituzioni europee e lotta al terrorismo*, Thèse, Università degli studi di Trieste, 1986.

MAYAUD Y., *Le terrorisme*, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1997, 146 p.

MOCKLE D. (sous la direction de), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 411 p.

MOECKLI D., *Human Rights and Non-Discrimination in the "War on Terror"*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 304 p.

MONTAIN – DOMENACH J., *L'Europe de la sécurité intérieure*, Montchrestien, collection «Clefs», Paris, 1999, 158 p.

MOREILLON L. et WILLI-JAYET A. (éditeurs), *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2005, 796 p.

PANSA G., *L'utopia armata*, Sperling & Kupfer éditeurs, Milano, 2007, 320 p.

PAYE J. C., *La fin de l'Etat de droit – La lutte antiterroriste et l'Etat d'exception à la dictature*, La Dispute, SNEDIT, 2004, 215 p.

PEKELDER J., *Sympathie voor de RAF*, Mets & Schilt, Amsterdam, 2007, 366 p.

PRADEL J. et GEERT CORTENS, *Droit pénal européen*, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, Paris, 2002, 609 p.

REINARES F., *European Democracies Against Terrorism*, Onati, Dartmouth, Ashgate, 2001, 250 p.

RENAR M., *Infractions de terrorisme contemporain au regard du droit pénal*, Thèse, 1996.

RENOUX T., *Indemnisation publique des victimes d'attentats*, Economica, Paris, 1988, 318 p.

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 4^{ème} édition, Paris, 2010, 478 p.

RODINSON M., Préface à LEWIS B., *Les Assassins, terrorisme et politique dans l'islam médiéval*, Bruxelles, Editions Complexe, 2001, 208 p.

SABATIER M., *La coopération policière européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001, 510 p.

SAGEMAN M., *Understanding Terror Networks*, University of Pennsylvania Press, 2004, 232 p.

SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001, 393 p.

SALMON J. (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, 1198 p.

SAMUEL L., *Droits sociaux fondamentaux: jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Council of Europe, 2002, 500 p.

SATTA V., *Il Caso Moro e i suoi falsi misteri*, Rubbettino editore, Milano, 2006, 514 p.

SCHATER O. and JOYNER C. C. (editors), *United Nations legal order*, volume 2, 1995, 1165 p.

SCHMID A. P. et JONGMAN A. I., *Political Terrorism: a research guide to concepts, theories and data bases*, North-Holland Publishing Co, Amsterdam, 1983, 701 p.

SIDEL M., *"More Secure, Less Free? Antiterrorism Policy and Civil Liberties After September 11"*, University of Michigan Press, 2007, 238 p.

SOMMIER I., *Le terrorisme*, collection «Dominos», Flammarion, Paris, 2000, 128 p.

STERBA J. P. (editor), *Terrorism and International Justice*, Oxford University Press, New York, 2003, 252 p.

SUR S., *Le Conseil de sécurité dans l'après-11 septembre*, LGDJ, Paris, 2005, 164 p.

TOUCHOT O., *Etude comparative des législations antiterroristes en France, au Royaume-Uni, et aux Etats-Unis*, Thèse de doctorat, Paris –II, 2004.

TULKENS F. et BOSLY H.-D., *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 540 p.

VERCHER A., *Terrorism in Europe: an International Legal Analysis*, Oxford, Clarendon Press, Oxford University Press, New York, 1992, 454 p.

VERMEULEN G., VANDER BEKEN T., DE RUYVER B. (éditeurs), *Droit pénal international : développements actuels en Belgique et en Europe*, Van Den Broele, Bruges, 1998, 116 p.

WILKINSON P., *Technology and Terrorism*, Frank Cass and Co, London, 1993, 153 p.

WILKINSON P., *Terrorism versus Democracy*, Taylor and Francis, London, 2006, 254 p.

Académie de droit international de La Haye, *The legal aspects of international terrorism*, Peace Palace library, The Hague, 1988.

Guidelines on Human Rights and the Fight Against Terrorism, Committee of Ministers, 11 July 2002, Council of Europe Publications, Strasbourg, 2002.

Centre de Droit international et Association belge des juristes démocrates, *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, Actes du Colloque des 19 et 20 mars 1973 à l'ULB sous la Présidence d'honneur de ROLIN H., éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1974.

II. ARTICLES

ACKERMAN B., *Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme*, Revue Esprit, août-septembre 2006, p. 156 et s.

ADAM A., *L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis : Entre souci de protection et volonté de coopération*, Revue trimestrielle de droit européen 2006, volume 42, numéro 3, juillet-septembre, p. 413 et s.

AMANN D. M., *Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 4, 1er oct. 2002, pp. 745 et s.

ANDREANI G., *La guerre contre le terrorisme. Le piège des mots*, Annuaire Français de Relations Internationales, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 102 et s.

BADINTER R., *L'Europe pénale en quête de confiance*, Journal des sociétés, n° 34, juillet 2006, p. 15 et s.

BARBE E., *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne : mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, janvier 2002, p.5 et s.

BARBE E., *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne*, La documentation Française, 2002, p. 143.

BENOIT L., *La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier : un nouveau volet des relations extérieures de l'Union européenne*, Revue du droit de l'Union européenne, 2002, n° 2, p. 283 et s.

BENOIT L., *Le mandat d'arrêt européen*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, février 2003, p. 106 et s.

BERNARDI A., *Europe sans frontières et droit pénal*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2002-1, p. 1 et s.

BERRAMDANE A., *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, Revue du Droit de l'Union Européenne, volume 2, 2007, p. 439 et s.

BERTHELET P., *L'impact des événements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Cultures et Conflits, été 2002, n°46, p. 27 et s.

BIGO D. et HERMANT D., *La relation terroriste*, Etudes polémologiques, n° 30-31, 1984.

BRAMMERTZ S. et BERTHELET P., *Eurojust et le réseau judiciaire européen : concurrence ou complémentarité ?*, Revue de droit pénal et de criminologie, 2002, Tome I, p. 389 et s.

BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A., *Extradition et asile : vers un espace judiciaire européen ?*, Revue belge de droit international, 1997, vol. 1, p. 72 et s.

BRODEUR J. P., *Countering terrorism in Canada*, in FARSON A. S. (direction), *Security and Intelligence in a Changing World*, Or. : Frank Cass., 1991, p. 184 et s.

BRUEY P., *Editorial: l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005*, La lettre des magistrats de l'Union européenne, Le journal de l'Association des magistrats de l'Union européenne (AMUE), octobre 2005, numéro 16 (<http://www.amue.ejpa.org>).

BUNYAN T., *The War on Freedom and Democracy*, Statewatch analysis n°13. Article consultable à l'adresse suivante : <http://www.statewatch.org/news/2002/sep/analy13.pdf>

BUZELAY A. et VIGNES D., *L'Union européenne au-delà de la riposte armée, de la prévention des crises à leur gestion civile*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, octobre-novembre 2001, n° 452, p. 608 et s.

CADOPPI A., *Towards a European Criminal Code?*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 1996, p. 2 et s.

CAILLE P., *L'état d'urgence*, Revue du droit public, 2007, n° 2, mars 2007, p. 323 et s.

CARTIER M. E., *Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1995, pp 225 et s.

CASSESE A., *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, 1999, p. 144 et s.

CESONI M. L., *Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 153 et s.

CHALIAND G. et BLIN A., *Zélotes et Assassins*, in CHALIAND G. et BLIN A. (sous la direction de), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Al Qaïda*, Bayard, Paris, 2004, p. 59 et s.

CHARPENTIER J., *Vers un espace judiciaire européen*, Annuaire français de Droit international, 1978, p. 927 et s.

CHAUVAUX D., GIRARDOT T.X. et LABAYLE H., *Le juge, la Constitution et l'extradition*, Revue française de Droit administratif, 1996, p. 906 et s.

CHEVALIER J., *L'Etat de droit*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1988, numéro 2, p. 347 et s.

CHOCQUET C., *Le terrorisme est-il une menace de défense?*, Cultures et Conflits, numéro 44, 2001, p.19 et s.

CLAISSE S. et JAMART J. J., *La lutte contre l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne: enjeux et perspectives de l'harmonisation pénale*, Revue de droit pénal et de criminologie, janvier 2002, p. 49 et s.

CLOSS J., *L'Union a-t-elle besoin d'une politique européenne de sécurité ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, octobre-novembre 2001, n° 452, p. 581 et s.

COHEN E. et PISANI-FERRY J., *Les paradoxes de l'Europe-puissance : un détour par l'économie*, Esprit, août-septembre 2002, n° 287, p. 208 et s.

COMBEAUD S., *Premier bilan du mandat d'arrêt européen*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 495, février 2006, p. 123 et s.

CONDORELLI L., *Les attentats du 11 septembre et leur suite : où va le droit international ?*, Revue générale de droit international public, 2001, p. 829 et s.

CONDORELLI L., *Présentation de la IIème partie*, in ASCENCIO H., DECAUX E., PELLET A. (sous la direction de), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 256 et s.

CONTE A. et SCHEININ M., *Procedural Guarantees and the Due Process in the Context of the Transfer of Persons in the Fight Against Terrorism, Background paper prepared for the Technical Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism*, Liechtenstein, 15-17 novembre 2006.

DE BIOLLEY S., *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale : cristallisation de la tension sous présidence belge*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 177 et s.

DE LA HOUGUE C., *La Chambre des Lords, gardienne de la liberté individuelle face à la détention arbitraire des étrangers*, Revue Droits fondamentaux, n° 4, janvier - décembre 2004, p. 7 et s.

DELCOURT B., *L'Union européenne et l'État de droit : portée et limites d'une notion à géométrie variable*, in MAGNETTE P. et REMACLE E. (éditeurs), *Le nouveau modèle européen*, vol. 2, PUB, Bruxelles, 2000, p. 207 et s.

DELCOURT B., *De quelques paradoxes liés à l'invocation de l'État et du droit*, in CHRISTAKIS T., BANNELIER K., CORTEN O. et DELCOURT B. (sous la direction de), *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, Cahiers internationaux n°7, CEDIN-Paris I, Paris, 2002, p. 203 et s. .

DELMAS-MARTY M., *Synthèse: Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G. et LAMBERT-ABDELGAWAD E. (sous la direction de), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Société de Législation comparée, Collection de l'UMR de Droit comparé de Paris (Paris I - CNRS, Vol. V), Paris, 2003.

- DELMAS-MARTY M., *Union européenne et droit pénal*, Cahiers de droit européen, 1997, p. 607 et s.
- DELPECH T., *Quatre regards sur le 11 septembre : Etats-Unis, Europe, Russie, Chine*, Esprit, août-septembre 2002, n° 287, p. 18 et s.
- DE KERCHOVE G., *L'Europe pénale: bilan et perspectives*, Rapport au XXIème Congrès de la FIDE de Dublin, 2-5 juin 2004, p. 352 et s.
- DE SCHUTTER B., *La Convention européenne pour la répression du terrorisme, un (faux) pas en avant*, Journal des tribunaux, n° 4991, 26 mars 1977, p. 217 et s.
- DE SCHUTTER O., *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'espace judiciaire pénal européen*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *Vers un espace judiciaire pénal européen*, éditions de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2000, p. 55 et s.
- DOUCET J.-P., *Terrorisme : recherche de définition ou dérive liberticide ?* in DOUCET G. (sous la direction de), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy, Paris, 2003, p. 389 et s.
- DOUGLAS-SCOTT S., *The rule of law in the European Union – putting the security into the 'area of freedom, security and justice'*, European Law Review, 2004, v. 29, p. 235 et s.
- DUBOUT E., *Tu ne discrimineras pas...L'apport du droit communautaire au droit interne*, Droits fondamentaux, numéro 2, janvier-décembre 2002, p. 48 et s.
- DUEZ D., *De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale*, in CHRISTAKIS T., BANNELIER K., CORTEN O. et DELCOURT B. (sous la direction de), *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, Cahiers internationaux n°7, CEDIN-Paris I, Paris, 2002, p. 105 et s.
- DUKE S., *CESDP and the EU Response to 11 September: Identifying the Weakest Link*, European Foreign Affairs Review, été 2002, volume 7 (issue 2), p. 153 et s.
- DUMORTIER F. et POULLET Y., *La protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en piliers de l'Union européenne*, article rédigé en novembre 2006 et mis à jour au 1^{er} février 2007, disponible sur le site de l'Agence de protection des données de la région autonome de Catalogne (Espagne) à l'adresse suivante : <http://www.apcat.net>
- DUMOULIN A., *Vers une autonomisation de l'Europe en matière stratégique ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 499, juin 2006, p. 360 et s.
- DWORKIN R., *George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain*, Esprit, juin 2002, p.6 et s.
- ECKHOUT P., *Community Terrorism Listing, Fundamental Rights, And UN Security Council Resolutions. In Search Of The Right Fit*, European Constitutional Law Review, volume 3, 2007, p. 200 et s.

FERRAJOLI L., *Terrorismo e guerra: L'alternativo del diritto*, La Revista del Manifesto, no. 23, 2001.

FLORE D., *Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, Journal des tribunaux, 13 avril 2002, n° 6050, p. 273 et s.

FLORE D. dans *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, JTDE, 1999, p. 122 et s.

FLORE D., *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 64 et s.

FLORE D., *La notion de confiance mutuelle: l'«alpha» ou l'«oméga» d'une justice pénale européenne?*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éditeurs), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen – Mutual Trust in the European Criminal Area*, éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2005, p. 20 et s.

FRAGNON J., *Le 11 septembre réécrit l'Histoire, Interrogations ?*, Revue pluridisciplinaire en sciences humaines, décembre 2005, numéro 1.

FRAGNON J., *Quand le 11-Septembre s'approprie le onze septembre. Entre dérive métonymique et antonomase*, Violence et Démocratie en Amérique Latine, volume 85, novembre 2007, p. 83 et s.

FRAYSSE-DRUESNE G., *La Convention européenne pour la répression du terrorisme*, Revue générale de droit international public, 1978, p. 969 et s.

FREESTONE D., *The EEC Treaty and Common Action on Terrorism*, Yearbook of European Law, 1984, vol. 4, p. 207 et s.

FREESTONE D., *The European Community and Terrorism : political and legal aspects*, in ALEXANDER Y. and MYERS K. A. (editors), *Terrorism in Europe*, Canberra, Croom Helm, London, 1982.

GARTON ASH T., *Is there a good terrorist ?*, New York Review of Books, 29 novembre 2001, cité dans HUBRECHT J., *Comment distinguer un «combattant de la liberté» d'un terroriste ?*, Esprit, janvier 2002.

GAYRAUD J.F., *Définir le terrorisme : est-ce possible, est-ce souhaitable ?*, Revue internationale de criminologie et de police technique, 1988, p. 185 et s.

GARAPON A., *Désaccords euro-atlantiques. A propos de la justice internationale et de la lutte contre le terrorisme*, Esprit, août-septembre 2002, n° 287, p. 195 et s.

GARBAGNATI-KETVEL M.-G., *Almost, But Not Quite : The Court Of Justice And Judicial Protection Of Individuals In The Third Pillar*, European Law Reporter, numéro 6, juin 2007, p. 223 et s.

GAUTIER Y., *La Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne*, Juris-Classeur «Europe», décembre 1996, p. 1 et s.

GAUTIER M., *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la CJCE*, La semaine juridique, édition générale 2008, anno 82, numéros 45-46, 5 novembre 2008, p. 38 et s.

GENSON R. et ZANDERS P., *Le développement de la coopération policière dans l'Union européenne – Quel avenir pour Europol ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 504, janvier 2007, p. 6 et s.

GRANGER M. A., *Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité"?*. Document disponible à l'adresse suivante: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/GrangerTXT.pdf>

GREEN L.C., *International Crimes and the Legal Process*, The International and Comparative Law Quarterly, volume 29, Octobre 1980, p. 567 et s.

GUILD E., *International Terrorism and EU Immigration, Asylum and Borders Policy: The Unexpected Victims of 11 September 2001*, European Foreign Affairs Review, 8, number 3, 2003, p. 331 et s.

HAINÉ J.-Y., *Otan : l'Alliance superflue ?*, Esprit, août - septembre 2003, n°8-9, p.5 et s.

HANON J. P., *Militaires et lutte antiterroriste*, Cultures et Conflits, numéro 56, 2004, p. 121 et s.

HASSNER P. (entretien avec), *L'action préventive est-elle une stratégie adaptée ?*, Esprit, août-septembre 2002, n° 287, p. 72 et s.

HASSNER P., *La signification du 11 septembre, divagations politico-philosophiques sur l'événement*, Esprit, novembre 2002, n° 289, p. 153 et s.

HERMANT D. et BIGO D., *Les politiques de lutte contre le terrorisme en France ou le pouvoir de définir*, in REINARES F., *European Democracies Against Terrorism*, Onati, Dartmouth, Ashgate, 2001, p. 74 et s.

HOFFMANN S., *Régression américaine*, Esprit, juillet 2003, n°7, p. 44 et s.

HUBRECHT J., *Comment distinguer un «combattant de la liberté» d'un terroriste ?*, Esprit, janvier 2002, p. 30 et s.

JOYNER C., *The United Nations and Terrorism: Rethinking Legal Tensions between National Security, Human Rights, and Civil Liberties*, International Studies Perspectives 5, number 3, 2004, p. 240 et s.

KARAGIANNIS S., *Certains comportements récents du Conseil de sécurité des Nations Unies en matière de droits de l'homme – A propos de la question des «listes noires» du Comité des sanctions*, document de travail, in Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, mémoire introductif de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations unies*, 19 mars 2007, Document AS/Jur (2007) 14.

KELLENS G., *Quelle utilité pour l'harmonisation des sanctions au niveau européen ?*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 148 et s.

KRIEGK J.-F., *Le mandat d'arrêt européen et les projets de lutte contre le terrorisme*, Les Petites Affiches, 22 mai 2002, n° 102, p. 12 et s.

LABAYLE H., *Instruments et procédures de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques*, Jurisclasseur «Europe», janvier 2003, n°1, p. 3 et s.

LABAYLE H., *Droit international et lutte contre le terrorisme*, Annuaire français de droit international, 1986, p. 124 et s.

LANIEL L., / PIAZZA P., *Une carte nationale d'identité biométrique pour les Britanniques : l'antiterrorisme au cœur des discours de justification*, Cultures et Conflits, n° 64, 2006.

LAVAUX S. et PIETERS P., *Les listes nationales et internationales des organisations terroristes*, Revue de droit pénal et de criminologie, juillet-août 2008, p. 734 et s.

LE COTTIER D., *L'exception communautaire en matière de protection des droits fondamentaux : quelle hiérarchie entre le droit international et le droit communautaire ? Commentaire de l'arrêt Kadi*, article consultable à l'adresse suivante : <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/idie/index.php/tag/CEDH>

LENOIR N., *Les imperfections de l'espace pénal européen: des réponses dans la future Constitution européenne ?*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 469, juin 2003, p. 350 et s.

LETTERON R., *L'Etat de droit face au terrorisme*, Institut des hautes études de la Défense nationale, 2007, p. 247 et s.

MANACORDA S., *Union européenne et droit pénal : esquisse d'un système*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2000, p. 35 et s.

MANGENOT M., *Jeux européens et innovation institutionnelle. Les logiques de la création d'Eurojust (1996-2004)*, Cultures & Conflits, n°62, février 2006, p. 43 et s.

MARCIALI S., *Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 509, juin 2007, p. 385 et s.

MARGUE T.-L., *Les initiatives menées par l'Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justice et affaires intérieures)*, Revue du droit de l'Union européenne, 2002, n° 2, p. 261 et s.

MARIATTE F., *La sécurité intérieure des Etats-Unis...ne relève pas des compétences externes des Communautés*, Europe, 2006, volume 16, numéro 7, p. 5 et s.

MARTIN M., *Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté, et sécurité*, Cultures & Conflits, n° 62, février 2006, p. 68 et s.

MASSE M., *La décision-cadre*, in CARTIER M. E. (sous la direction de), *Le mandat d'arrêt européen*, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 49 et s.

MELLON C., *Face au terrorisme, quelques repères*, article consultable sur le site Internet «Esprit et Vie» à l'adresse suivante : http://www.esprit-et-vie.com/breve.php?id_breve=100

MIRON A., *La jurisprudence du tribunal de première instance à propos de l'inscription sur les listes terroristes*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, numéro 511, septembre 2007, p. 527 et s.

MITSILEGAS V., *Contrôle des étrangers, des passagers, des citoyens: surveillance et anti-terrorisme*, Cultures et Conflits, numéro 58, 2005, p. 155 et s.

MOINY Y., *Le règlement (CE) n° 280/2001 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités impliquées dans des actes de terrorisme – Un règlement communautaire à revoir en profondeur ?*, Revue du droit des technologies de l'information, numéro 28, 2007, p. 193 et s.

MONGIN O., *Une entrée brutale dans l'après-guerre froide*, Esprit, août-septembre 2002, n° 287, p. 13 et s.

MONGIN O., *Terrorisme d'Etat, Etat terroriste*, Esprit, octobre-novembre 1994, p. 169 et s.

MORIN J. Y., *La mondialisation, l'éthique et le droit*, in MOCKLE D. (sous la direction de), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 81 et s.

MOUCHERON M., *Le terme terrorisme et la construction européenne: une histoire obscure*, Revue de droit pénal et de criminologie, 2004, p. 889 et s.

MUSCHWIG M., *European Security and Defense Policy : European Union vs. United States : Crisis of transatlantic relations : Nato and the future European Security and Defense Identity*, Miami International and Comparative Law Review, fall, 2002.

NAUD F., *L'embargo : une valse à trois temps*, Nations unies, Union européenne et Etats membres, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, janvier 1997, n° 404, p. 25 et s.

NOGUIER A., *La gestion civile des crises par l'Union européenne, l'intégration des Etats-majors et des forces de police*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, octobre-novembre 2001, n° 452, p. 614 et s.

NORA P., *Le retour de l'événement*, in LE GOFF J. et NORA P. (sous la direction de), *Faire de l'histoire*, tome 1, *Nouveaux Problèmes*, Folio, Paris, 1974, p. 287 et s.

NOTEBOOM A. J., *Terrorism: I know it when I see it*, Oregon Law Review, summer, 2002.

ONDOUA A., *L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen*, Actualité juridique de Droit administratif, 2003, p. 1 368 et s.

ORTEGA M., *L'intervention militaire et l'Union européenne*, Cahiers de Chaillot, numéro 45, mars 2001, p. 120 et s.

OSCHINSKY S., *Espace judiciaire européen et terrorisme*, Journal des tribunaux, n° 5124, 3 mai 1980, p. 289 et s.

PAYE J.-C., *Lutte antiterroriste : la fin de l'Etat de droit*, Revue trimestrielle des droits de l'Homme, n° 57, janvier 2004.

PAYE O., *Approche socio-politique de la production législative : le droit comme indicateur de processus de décision et de représentation politique*, in COMMAILLE J., DUMOULIN L. et ROBERT C. (sous la direction de), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, réseau européen droit et société, 2000, p. 222 et s.

PEERS S., *Europol : The Final Step In The Creation Of An "Investigate And Operational" European Police Force*, Statewatch Analysis, janvier 2007. Cet article est disponible à l'adresse suivante: <http://www.statewatch.org/news/2007/jan/europol-analysis.pdf>

PEERS S., *The Exchange of Personal Data Between Europol and the USA*, analyse Statewatch numéro 15 consultable sur Internet à l'adresse suivante: <http://www.statewatch.org/news/2002/nov/analy15.pdf>

PEREZ S., *La disparition du troisième Pilier de l'Union européenne dans le projet de Constitution pour l'Europe*, *pie*, Perspectives internationales et européennes, n° 2, Document consultable à l'adresse suivante: <http://revel.unice.fr/pie/index.html?id=294>

PLANTEY A., *Réponses européennes au terrorisme international*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1983, p. 379 et s.

PLANTEY A., *Le terrorisme contre les droits de l'Homme*, Revue du droit public et de la science politique, 1985, p. 5 et s.

PRADEL J., *La mondialisation du droit pénal: enjeux et perspectives*, Revue juridique Thémis, (2001) 35 R.J.T., p. 241 et s.

PRADEL J., *Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal*, Recueil Dalloz, Volume I, 1987, p 39 et s.

REDOR M. J., *Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux*, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, numéro 1, 2002, p. 92 et s.

RENAULDON H., *L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme*, Les Petites affiches, 27 janvier 1987.

RENAULT G., *Schengen un modèle pour l'Europe pénale ?*, Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, 1995, n°6, p. 28 et s.

RINGELHEIM J., *L'Europe en quête d'égalité: Genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique*, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, "Working Paper" 2008/02. Article téléchargeable à partir de l'adresse suivante: <http://www.cpd.r.ucl.ac.be/cridho>

ROBERT J., *Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques*, Revue du droit public et de la science politique, 1986, p. 1651 et s.

ROSAND E., *Current development: Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the fight against terrorism*, The American Journal of International Law, April 2003.

ROUJOU de BOUBEE, *La Convention européenne pour la répression du terrorisme et le droit de l'extradition*, Revue de droit pénal et criminel, 1980, p. 68 et s.

SALAZAR L., *Le rôle des nouveaux acteurs dans la définition d'une politique criminelle européenne*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 58 et s.

SALMON J., *La Convention européenne pour la répression du terrorisme, un vrai pas en arrière*, Journal des tribunaux, 24 septembre 1977, n°5007, p. 497 et s.

SANCHEZ W., *Legislative development : Council framework decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States*, Columbia Journal of European Law, fall, 2002.

SCHABAS W. A., *Non-Refoulement, Background paper prepared for the Technical Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism*, Liechtenstein, 15-17 novembre 2006.

SIEBER U., *Union européenne et droit pénal européen Proposition pour l'avenir du droit pénal européen*, Rev. sc. crim., 1993-2, p. 249 et s.

SIEBER U., *A propos du Code pénal type européen*, Revue de droit pénal et de criminologie, 1999, p. 3 et s.

SIEBER U., *European Unification and European Criminal Law*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 1994, p. 86 et s.

SLAUGHTER A.-M., *Judicial globalisation*, Virginia Journal of International Law, 2000, p. 1103 et s.

SOLANA J., *La politique européenne de sécurité et de défense (PESD) est devenue opérationnelle*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, avril 2002, n° 457, p. 213 et s.

J. M. SOREL, *Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ?*, in BANNELIER K., CHRISTAKIS T., CORTEN O., DELCOURT B. (sous la direction de), *Le droit international face au terrorisme*, Cahiers internationaux n°17, Pedone, Paris, 2002, p. 36 et s.

SOULIER G., *Lutte contre le terrorisme et droits de l'Homme*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1987, p. 663 et s.

STESSENS G., *The Principle of Mutual confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, édité par DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A., *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 93 et s.

SURREL H. (sous la direction de), *Droit communautaire et droits fondamentaux, Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (2007)*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, volume 75, 2008, p. 688 et s.

SWACK C., *Building a bridge for defense : the European Union's Common Foreign and Security Policy*, Yearbook of International Law, 1997/1998.

TETU J. F., «*L'émotion dans les medias : dispositifs, formes et figures*» in *Emotion dans les medias*», Mots, n°75, juillet 2004, p. 17 et s.

THIBAUD P., *L'Europe interpellée*, Esprit, juillet 2003, n°7, p.32 et s.

TROPER M., "Sur le concept d'Etat de droit ", Droits, 1992, numéro15, p. 59 et s.

TSITSOURA A., *Faut-il un droit pénal européen ?*, Revue Pouvoirs, 1990, p. 133 et s.

TSOUKALA A., *Democracy against Security: The Debates About Counter-Terrorism in the European Parliament*, September 2001-June 2003, *Alternatives. Global, Local, Political. Special English Language Issue of Cultures & Conflits*, number 4, 2004, p. 417 et s.

VALLEE C., *La Convention européenne pour la répression du terrorisme*, Annuaire français du droit international, 1976, p. 756 et s.

VARSTOS C., *Transport aérien, contrôles de sûreté*, Revue du droit de l'Union européenne, 2001, n° 4, p. 982 et s.

VERMEULEN G., *Where do we currently stand with harmonization in Europe?*, in *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, KLIP A. and VANDER WILT H. (editors), Amsterdam, 2002, p. 65 et s.

VOGELSON J. M., *Multinational approaches to eradicating international terrorism*, The International Lawyer, Spring, 2002.

WEYEMBERGH A., *Droit pénal et reconnaissance des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne*, JTDE, 2001, p. 193 et s.

WEYEMBERGH A., L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence d'interprétation conforme : la Cour de justice pose les jalons, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007.

WEYEMBERGH A., *L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen*, in BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A. (direction), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 169 et s.

WEYEMBERGH A., *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences*, in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 132 et s.

WIEVIORKA M., *Un nouveau paradigme de la violence*, *Cultures et conflits*, n° 29-30, 1998, p. 9 et s.

Numéro spécial d'«International Security Review», hiver 2001/02, vol. 26.

III. JURISPRUDENCE

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 19 octobre 1977, *Albert Rückdeschel & Co et al contre Hauptzollamt Itzehoe*, affaire 117/16, Recueil 1977, p. I-1753.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, affaire 120/78, Recueil 1979, p. 649.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 11 novembre 1981, *Casati*, affaire 203/80, Recueil 1981, p. 2595.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, affaire 294/83, Recueil 1986, p. 1339.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 15 mai 1986, *Johnston*, Recueil 1986, p. I-1651.

Cour européenne des droits de l'homme, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume Uni*, requête no 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 1989, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, Affaire 68/88, Recueil 1989, p. 2965.

Cour européenne des droits de l'homme, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 3/1992/348/421.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 30 juillet 1996, *Bosphorus*, Recueil 1996, p. I-3953.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 16 juin 1998, *Lemmens*, affaire C-226/97, Recueil 1998, p. I-4.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 16 juin 2005, *Pupino*, Recueil 2005, p. I-05285.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 13 septembre 2005, *Commission contre Conseil*, affaire C-176/03, Recueil 2005, p. I-7879.

Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaa*, Affaire T-306/01, Recueil 2005, p. II-3533.

Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi*, Affaire T-315/01, Recueil 2005, p.II-3533.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 30 mai 2006, *Parlement européen c. Commission et c. Conseil*, C-317/04 et C-318/04, Recueil 2006, p. I-4721.

Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, Affaire T-228/02, Recueil 2006, p. II-4665.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 18 janvier 2007, *PKK et KNK*, affaire C-229/05, Recueil 2007, p. I-439.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía*, affaire C-354/04, Recueil 2007, p. I-1579

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 27 février 2007, *Segi*, affaire C-355/04, Recueil 2007, p. I-1657.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 11 octobre 2007, *Möllendorf et Möllendorf-Niehuus*, affaire C-117/06, Recueil 2007, p. I-8361.

Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 28 février 2008, *Saadi contre Italie*, requête numéro 37201/06.

Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 3 avril 2008, *PKK*, affaire T-229/02, Recueil 2008, p.II-45.

Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, affaires jointes C-402/05 et C-415/05, Recueil 2008, p. 10.

Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 19 février 2009, *A. et autres contre Royaume-Uni*, requête n° 3455/05.

Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 29 avril 2010, *M e.a. contre Her Majesty Treasury*, affaire C-340/08, Recueil 2010.

IV. TEXTES ET DOCUMENTS INSTITUTIONNELS

Textes et documents institutionnels

Directives

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 281, 23 novembre 1995, p. 31 et s.

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 180, 19 juillet 2000, p. 22 et s.

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 303, 2 décembre 2000, p. 16 et s.

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 201, 31 juillet 2002, p. 37 et s.

Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 16, 23 janvier 2004, p. 44 et s.

Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 261, 6 août 2004, p. 24 et s.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98 et s.

Règlements

Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 316, 15 décembre 2000, p. 1 et s.

Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 8, 12 janvier 2001, p. 1 et s.

Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 70 et s.

Règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama bin Laden, au réseau Al-Qaïda et aux Talibans, et abrogeant le règlement (CE) n° 467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Talibans d'Afghanistan, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 139, 29 mai 2002, p. 9 et s.

Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (Règlement VIS), Journal officiel de l'Union européenne, n° L218, 13 août 2008, p. 60 et s.

Traités, Conventions

Traité de Nice modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains Actes connexes, signé le 26 février 2001, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 80, 10 mars 2001, p. 1 et s.

Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 325, 24 décembre 2002, p. 33 et s.

Traité instituant une Constitution pour l'Europe, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 310, 16 décembre 2004, p. 1 et s.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 306, 17 décembre 2007, p. 1 et s.

Traité sur l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 83, 30 mars 2010, p. 13 et s.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 83, 30 mars 2010, p. 47 et s.

Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), Journal officiel de l'Union européenne, n° C 84, 30 mars 2010, p. 1 et s.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Nice, 7 décembre 2000, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 83, 30 mars 2010, p. 389 et s.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, Recueil des Traités des Nations unies, 1955, volume 213, p. 221 et s.

Décisions-cadres, décisions et autres documents

Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 164, 22 juin 2002, p. 3 et s.

Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 et s.

Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 330, 9 décembre 2008, p. 21 et s.

Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 350, 30 décembre 2008, p. 60 et s.

Décision du Conseil du 27 mars 2000 autorisant le directeur d'Europol à engager des négociations concernant des accords avec des Etats tiers et des instances non liées à l'Union européenne, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 106, 13 avril 2000, p. 1 et s.

Décision 2000/799/JAI du Conseil du 14 décembre 2000 instituant Pro-Eurojust, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 324, 21 décembre 2000, p. 1 et s.

Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de lutter contre les formes graves de criminalité, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 63, 6 mars 2002, p.67 et s.

Décision 2002/996/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 349, 24 décembre 2002, p. 1 et s.

Décision 2004/496/CE du Conseil du 17 mai 2004 portant conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis relatif au traitement et au transfert de données PNR par les transporteurs aériens au CBP, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 83, 20 mai 2004, p. 83 et s.

Décision d'adéquation 2004/535/CE de la Commission du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers passagers PNR, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 235, 6 juillet 2004, p. 11 et s.

Décision 2006/729/PESC/JAI du Conseil du 16 octobre 2006 relative à la signature d'un accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données contenues dans les dossiers des passagers (PNR) par des transporteurs aériens au DHS, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 298, 27 octobre 2006, p. 27 et s.

Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 205, 7 août 2007, p. 63 et s.

Décision 2007/551/PESC/JAI du Conseil du 23 juillet 2007 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, d'un accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données contenues dans les dossiers des passagers (PNR) par des transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure (DHS) (accord PNR 2007), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 204, 4 août 2007, p. 16 et s.

Décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), Journal officiel de l'Union européenne, n° L 121, 15 mai 2009, p.37 et s.

Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, Journal officiel de l'Union européenne, n° L 138, 4 juin 2009, p. 14 et s.

Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police (convention Europol), Journal officiel des Communautés européennes, n° C 316, 27 novembre 1995, p. 7 et s.

Action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil, sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 191, 7 juillet 1998, p. 7 et s.

Action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1 et s.

Position commune 2001/56/PESC du Conseil du 22 janvier 2001 relative à l'Afghanistan, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 21, 23 janvier 2001, p. 1 et s.

Position commune 2001/930/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 90 et s.

Position commune 2001/931/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 93 et s.

Position commune 2002/42/PESC du Conseil du 21 janvier 2002 abrogeant la position commune 2001/56/PESC relative à l'Afghanistan, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 20, 23 janvier 2002, p. 1 et s.

Position commune 2002/340/PESC du Conseil du 2 mai 2002 portant mise à jour de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 116, 3 mai 2002, p. 75 et s.

Position commune 2002/402/PESC du Conseil du 27 mai 2002 concernant des mesures restrictives à l'encontre d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Qaida ainsi que des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant les positions communes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC et 2001/771/PESC, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 139, 27 mai 2002, p. 1 et s.

Position commune 2002/462/PESC du Conseil du 17 juin 2002 portant mise à jour de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme et abrogeant la position commune 2002/340/PESC, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 160, 18 juin 2002, p. 32 et s.

Stratégie commune 2000/458/PESC du Conseil du 19 juin 2000 à l'égard de la région méditerranéenne, Journal officiel des Communautés européennes, n° L 183, 27 juillet 2000, p. 5 et s.

Conseil de l'Union européenne, Projet de recommandation du Conseil relative à l'élaboration de profils terroristes, 18 novembre 2002, document 11858/3/02 REV 3.

Proposition de décision-cadre relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (*Passenger Name Record* – PNR) à des fins répressives, 6 novembre 2007, COM(2007) 654 final.

Proposition de règlement du Conseil concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international, 2 octobre 2001, COM(2001) 569 final.

Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, 22 avril 2009, document COM(2009) 187 final.

Proposition de décision du Conseil portant création de l'Office européen de police (Europol), 20 décembre 2006. COM(2006) 817 final.

Projet de décision du Conseil sur le renforcement d'Eurojust portant modification de la décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, telle que modifiée par la décision 2003/659/JAI du Conseil.

Projet de décision du Conseil concernant le Réseau judiciaire européen du 7 janvier 2008 et Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, Journal officiel L 348, 24 décembre 2008.

Programme d'action relatif à la criminalité organisée, adopté par le Conseil le 28 avril 1997, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 251, 15 août 1997, p. 1 et s.

Résolution 428(1970) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 23 janvier 1970 portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme.

Résolution du Parlement européen du 12 décembre 2007 sur la lutte contre le terrorisme.

Communication de la Commission intitulée «Exercice d'un contrôle démocratique sur Europol» du 26 février 2002, COM(2002) 95 final.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 19 mai 2005: Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres, COM (2005) 195 final.

Contribution complémentaire de la Commission à la conférence intergouvernementale sur les réformes institutionnelles – La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un Procureur européen, COM (2000) 608.

Commission européenne, *Commission Staff Working Document – Synthesis of the replies from the Member States to the Questionnaire on criminal law, administrative law/procedural law and fundamental rights in the fight against terrorism*, 19 février 2009, document SEC(2009) 225 final.

Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002, texte consultable à l'adresse suivante: [http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf\(2002\)8fre.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8fre.pdf)

Avis 1/2002 du Commissaire aux droits de l'Homme, M. Alvaro Gil-Robles, *Sur certains aspects de la dérogation à l'article 5 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, adoptée par le Royaume-Uni en 2001*, Doc.CommDH(2002)7.

Avis du Conseil d'Etat du Luxembourg du 26 novembre 2002 sur le projet de loi portant *répression du terrorisme et de son financement, et, approbation de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, ouverte à la signature à New York en date du 10 janvier 2000*.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1504 (2001) *relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée*.

HAMMARBERG T., Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, *Lutte contre le terrorisme et protection du droit au respect de la vie privée*, 10 décembre 2008, CommDH/IssuePaper(2008)3.

La Convention européenne, *Mandat du Groupe de travail X «Liberté, sécurité et justice»*, 12 septembre 2002, CONV 258/02.

RAPPORTS

Rapport d'information du 7 octobre 1999 sur *l'espace judiciaire européen*, présenté par BARRAU A., Assemblée nationale, rapport n° 1838, <http://www.assembleenationale.fr>

Rapport d'information du 16 mars 2000 sur *la politique étrangère, de sécurité et de défense commune de l'Union européenne*, présenté par BARRAU A., Assemblée nationale, rapport n° 2254, <http://www.assembleenationale.fr>

SCHEFFER D., *Options for prosecuting international terrorists*, Washington, D. C.: U.S. Institute of Peace, 2001. Special report, 78, <http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr78.pdf>

Institut d'Etudes de Sécurité de l'UEO, *L'intervention militaire de l'Union européenne*, Par ORTEGA M., Cahier de Chaillot 45, mars 2001, consultable à l'adresse suivante: <http://www.iss-eu.org>

KALLIOPI K. K., Rapport intérimaire sur le *Terrorisme et droits de l'homme*, Commission des droits de l'homme – Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, Conseil Economique et Social des Nations Unies, 27 juin 2001, document E/CN.4/Sub.2/2001/31, p. 10; disponible sur le site : <http://www.un.org/french/documents/ecosoc/docs/2001/ecn4sub2200131f.pdf>

Rapport d'information du 15 octobre 2001 sur *les mesures prises par l'Union européenne à la suite des attentats terroristes aux Etats-Unis*, présenté par BARRAU A., Assemblée nationale, rapport n° 3332, <http://www.assembleenationale.fr>

Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale, Assemblée européenne intérimaire de la sécurité et de la défense, *La sécurité de l'Europe face au terrorisme international*, 18 octobre 2001, doc. A/1754, rapport présenté au nom de la Commission de politique par MARSHALL M., <http://www.weu.int/assembly>

Rapport de la Commission sur la transposition juridique de la décision du Conseil, du 28 février 2002, instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, 6 juillet 2004, SEC(2004)884.

Réseau UE d'experts indépendants sur les droits fondamentaux (CFR-CDF), *L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'Union européenne et de ses Etats membres à la menace terroriste*, observation thématique établie à la demande de la Commission européenne, Unité A5, «Citoyenneté, Charte des droits fondamentaux, Racisme et Xénophobie, Programme Daphné», de la DG Justice et Affaires Intérieures, remise le 31 mars 2003. Rapport consultable à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/obs_thematique_fr.pdf

Rapport d'information de l'Assemblée nationale française n° 1730 sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne (COM(2004)334 final/E 2587), du 13 juillet 2004.

Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, UN Doc. A/59/324, 1^{er} septembre 2004, paragraphe 30, p. 10.

MARTY D., *Allégations de détentions secrètes et transferts illégaux de détenus concernant des pays membres du Conseil de l'Europe*, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, document numéro 10957, 12 juin 2006.

BADINTER R., rapport d'information *sur l'Union européenne et les droits de l'Homme*, Parlement français, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, annexe au procès-verbal de la séance du 4 mars 2009.

Rapport TE-SAT 2009, *EU Terrorism Situation and Trend Report*, Europol, consultable à l'adresse suivante:

http://www.europol.europa.eu/publications/EU_Terrorism_Situation_and_Trend_Report_TE-SAT/TE-SAT2009.pdf

Rapport TE-SAT 2010", *Terrorism Situation and Trend Report*, Europol, consultable à l'adresse suivante:

http://www.europol.europa.eu/publications/EU_Terrorism_Situation_and_Trend_Report_TE-SAT/Tesat2010.pdf

Table des matières

Introduction générale	13
------------------------------------	-----------

<u>PARTIE I</u> : La lutte contre le terrorisme, moteur des avancées vers la concrétisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ?	31
--	-----------

<u>Titre I</u> : La lutte contre le terrorisme en tant qu'accélératrice du rapprochement des législations pénales des Etats membres.	33
---	-----------

<u>Chapitre 1</u> : La dangereuse adoption d'une définition commune sur le terrorisme	35
--	-----------

<u>Section 1</u> : Le terrorisme, premières approches	37
--	-----------

<i>Sous-section 1 : Approche historique du terrorisme</i>	37
---	-----------

Paragraphe 1 : Le fait a préexisté au mot	37
---	-----------

Paragraphe 2 : Premières qualifications de terrorisme, des «terrorismes» d'Etat	39
---	-----------

<i>Sous-section 2 : Approche «littéraire» du terrorisme</i>	40
---	-----------

Paragraphe 1 : La «littérature» comme support pour le juriste	40
---	-----------

Paragraphe 2 : A défaut d'une définition consensuelle, des lignes directrices	43
---	-----------

<u>Section 2</u> : Le droit et la définition du terrorisme	46
---	-----------

<i>Sous-section 1 : La définition du terrorisme selon le droit international public</i>	46
---	-----------

Paragraphe 1 : La définition du terrorisme dans les textes internationaux	46
---	-----------

Paragraphe 2 : La définition du terrorisme dans les textes régionaux	49
--	-----------

Paragraphe 3 : La définition du terrorisme selon la doctrine	51
--	-----------

1. La définition du terrorisme selon le Dictionnaire de droit international public

2. La définition du terrorisme selon la doctrine

<i>Sous-section 2 : La définition du terrorisme selon le droit interne des Etats membres de l'Union européenne</i>	54
Paragraphe 1 : Le terrorisme en tant que subversion de l'ordre constitutionnel et atteinte à l'ordre public	55
1. La définition de l'infraction terroriste selon le droit français	
2. La définition de l'infraction terroriste selon le droit portugais	
3. La définition de l'infraction terroriste selon le droit espagnol	
4. La définition de l'infraction terroriste selon le droit italien	
Paragraphe 2 : La définition du terrorisme selon le droit du Royaume-Uni : le terrorisme en tant qu'action ou menace d'action	63
 <i>Sous-section 3 : La définition du terrorisme selon l'Union européenne</i>	67
Paragraphe 1 : La définition de l'infraction terroriste selon l'Union européenne : le principe de légalité bafoué	68
1. La finalité de l'acte : un élément très subjectif	
2. Les actes intentionnels énumérés : un élément objectif à interprétations variables	
Paragraphe 2 : La définition de l'infraction terroriste selon l'Union européenne : un aveu de ses propres faiblesses	74
1. La décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme et ses «considérants précautions»	
2. Les «Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme» du Conseil de l'Europe	
Paragraphe 3 : La définition de l'infraction terroriste selon l'Union européenne : le «terrorisme d'Etat», un éliminé ou un oublié ?	76
1. Le terrorisme d'Etat, une réalité	
2. Le terrorisme d'Etat, une réalité non prise en considération dans la définition donnée par l'Union européenne de l'infraction terroriste	
 Section 3 : Trouver une définition commune du terrorisme, un «vrai-faux» obstacle ?	80
 <i>Sous-section 1 : Trouver une définition commune du terrorisme : un vrai obstacle</i>	80
Paragraphe 1 : «Terroriste pour l'un, combattant de la liberté pour l'autre»	80

Paragraphe 2 : Exhaustivité des mentions nécessaires à l'élaboration d'une définition du terrorisme la plus précise possible	82
1. Quelle motivation au terrorisme ?	
2. Le polymorphisme du terrorisme	
<i>Sous-section 2 : Trouver une définition commune du terrorisme : un faux obstacle ?</i>	<i>86</i>
Paragraphe 1 : Existe-t-il un modèle de définition de l'infraction terroriste satisfaisant ?	86
Paragraphe 2 : La définition de l'infraction terroriste est-elle condamnée à l'incompatibilité avec le principe de légalité ?	87
<u>Chapitre 2</u> : La difficile harmonisation des sanctions de l'infraction terroriste .	91
<u>Section 1</u> : Des peines «proportionnées, effectives et dissuasives» : précisions et divergences quant à l'application du standard européen en matière de sanctions pénales	93
<i>Sous-section 1 : Précisions sur le standard européen en matière des sanctions pénales</i>	<i>93</i>
Paragraphe 1 : Des sanctions à caractère effectif, proportionné et dissuasif, origine du standard européen	93
Paragraphe 2 : le caractère proportionné des sanctions pénales	95
Paragraphe 3 : Des sanctions effectives et dissuasives	96
<i>Sous-section 2 : Des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives: divergences parmi les Etats membres</i>	<i>97</i>
Paragraphe 1 : Principe de proportionnalité et fonction utilitaire de la peine : divergences parmi les Etats membres	97
1. Terrorisme, principe de proportionnalité et divergences	
2. Terrorisme, fonction utilitaire de la peine et divergences	
Paragraphe 2 : Multiplicité des systèmes nationaux concernant l'exercice des poursuites ..	100
<u>Section 2</u> : L'harmonisation des sanctions pénales de l'infraction terroriste : une harmonisation en «trompe l'œil»	101

Sous-section 1 : De la proposition de sanctions pour une Union «sécuritaire» à l'adoption de sanctions pour une Union «à la carte» 101

Paragraphe 1 : Echelle des sanctions proposées au lendemain des attentats et premières réflexions menées 101

1. Echelle des sanctions proposées au lendemain des attentats

2. Travaux menés par les présidences belge et espagnole du Conseil de l'Union européenne sur le rapprochement des législations pénales et première révision de l'échelle des sanctions

Paragraphe 2 : Echelle des sanctions adoptées et décalage entre volonté politique initiale et protectionnisme des Etats membres 105

1. Echelle des sanctions adoptée

2. Décalage entre volonté politique initiale et protectionnisme des Etats membres

Sous-section 2 : L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne ou l'atteinte à un des bastions de la souveraineté des Etats membres 107

Paragraphe 1 : L'harmonisation pénale face à l'équation «droit pénal, attribut essentiel de la souveraineté» des Etats membres 107

Paragraphe 2 : Quelle compétence de l'Union européenne pour légiférer dans le domaine des sanctions pénales ? 108

Section 3 : L'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen, une «vraie - fausse» utilité ? 109

Sous-section 1 : Débat autour des arguments en faveur de l'harmonisation des sanctions pénales au niveau européen 110

Paragraphe 1 : L'argument de l'harmonisation des sanctions pénales comme outil de la mise en place de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice 110

1. L'argument du principe de reconnaissance mutuelle, «pierre angulaire» de la coopération judiciaire en Europe

2. L'argument d'un «sentiment commun de justice»

Paragraphe 2 : L'argument des problèmes posés par les différences notables entre les systèmes pénaux des Etats membres	112
1. L'argument de la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales	
2. L'argument de l'éventuelle mise à profit par les auteurs d'infractions des différences entre les systèmes judiciaires des Etats membres	
<i>Sous-section 2 : Des contractions aux buts inavoués de l'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne</i>	<i>114</i>
Paragraphe 1 : L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne : des contradictions	114
1. L'harmonisation des sanctions : un objectif en soi	
2. L'harmonisation des sanctions ou le non respect du principe de subsidiarité	
Paragraphe 2 : L'harmonisation des sanctions pénales dans l'Union européenne : témoin d'une Union européenne comme Etat en formation ?	118
1. L'harmonisation, vecteur d'appropriation du droit pénal par l'Union européenne	
2. Un déficit démocratique certain	
Conclusion du Titre I	122
<u>Titre II</u> : La lutte contre le terrorisme en tant qu'initiatrice de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales	123
<u>Chapitre 1</u> : L'adoption prématurée du mandat d'arrêt européen	125
<u>Section 1</u> : L'apport «textuel» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen : une révolution dans le domaine de l'extradition ?	127
<i>Sous-section 1 : Ce qui fait du mandat d'arrêt européen un instrument juridique à portée positive</i>	<i>127</i>
Paragraphe 1 : Brève présentation des instruments européens du droit de l'extradition	127
1. Instruments européens du droit de l'extradition applicables au niveau européen	
2. Instruments européens du droit de l'extradition applicables au niveau régional	

Paragraphe 2 : Rapidité des procédures de remise	129
1. «Judiciarisation» des procédures de remise	
2. Fixation de délais pour statuer et remettre	
Paragraphe 3 : Amélioration de la coopération pénale entre les Etats membres	131
1. Encadrement des motifs de refus de remise	
2. Remise des nationaux	
 <i>Sous-section 2 : Ce qui fait du mandat d'arrêt européen un instrument juridique à portée nuancée</i>	133
Paragraphe 1 : Retours en arrière et «laissés-pour-compte» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen	133
1. Suppression du principe de double incrimination : un pas en avant et deux en arrière	
2. Les «laissés-pour-compte» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen	
Paragraphe 2 : Les zones d'ombre du mandat d'arrêt européen	136
1. Le mandat d'arrêt européen, un instrument non autosuffisant	
2. Le mandat d'arrêt européen, un instrument «sur mesure» pour une application «démesurée» ?	
 <u>Section 2</u> : L'apport «instrumental» de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen : une première application du principe de reconnaissance mutuelle	139
 <i>Sous-section 1 : La fonction «pratique» de l'instrument de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen : une adoption précipitée</i>	139
Paragraphe 1 : Présentation du principe de reconnaissance mutuelle	139
1. Genèse du principe de reconnaissance mutuelle	
2. Principaux aspects du principe de reconnaissance mutuelle	
Paragraphe 2 : Adoption du premier instrument de reconnaissance mutuelle en matière pénale ou la rupture de la technique des «petits pas»	142
1. Mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle : ce qui était prévu	
2. Première mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle : ce qui s'est passé	

Sous-section 2 : La fonction «affichée» de l'instrument de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen ou la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle : premiers écueils 145

Paragraphe 1 : Les acteurs de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen 146

1. Transposition à géométrie variable de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen par les législateurs nationaux

2. Application inégale du mandat d'arrêt européen par les autorités judiciaires nationales

Paragraphe 2 : Le contexte de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen 148

1. Mandat d'arrêt européen, garanties fondamentales et manque de confiance

2. Le mandat d'arrêt européen, un dispositif trop en avance

Chapitre 2 : Le principe de reconnaissance mutuelle, condition nécessaire mais non suffisante au développement d'un espace pénal européen 151

Section 1 : En amont du principe de reconnaissance mutuelle, la confiance mutuelle 152

Sous-section 1 : La confiance mutuelle, un concept qui se cherche 153

Paragraphe 1 : Premières apparitions sans réelle consécration 153

1. Premières apparitions timides du concept de confiance mutuelle...

2. ...et toujours pas de réelle consécration

Paragraphe 2 : Contradictions sur le sens donné au concept de confiance mutuelle en relation avec le principe de reconnaissance mutuelle 156

1. Le concept de confiance mutuelle, un concept en marge du principe de reconnaissance mutuelle

2. Le concept de confiance mutuelle, un concept «opportuniste» ?

Sous-section 2: La confiance mutuelle, base «bancale» du principe de reconnaissance mutuelle 159

Paragraphe 1: Mise à mal de la confiance mutuelle par l'existence de différences indéniables. 159

1. L'existence de différences de systèmes juridiques

2. L'existence de différences «culturelles»

Paragraphe 2 : Quand confiance rime avec méfiance	162
1. Tentatives européennes pour renforcer la confiance mutuelle	
2. Confiance mutuelle et respect des droits fondamentaux: quand la méfiance devient un mot d'ordre	
<u>Section 2</u> : En aval du principe de reconnaissance mutuelle, un espace pénal européen	165
<i>Sous-section 1 : Instruments d'un espace pénal européen: des instruments encore à l'état d'ébauche</i>	166
Paragraphe 1 : Un code pénal européen	166
1. Quel code pénal pour l'Union européenne?	
2. Quels obstacles au code pénal européen?	
Paragraphe 2 : Un procureur européen	168
1. Quel procureur pour l'Union européenne?	
2. Quels obstacles au procureur européen?	
<i>Sous-section 2: Les insuffisances du troisième Pilier: éléments de blocage au développement de l'espace pénal européen</i>	171
Paragraphe 1 : Les instruments et procédures du troisième Pilier	171
1. Les instruments du troisième Pilier, un droit dérivé virtuel	
2. La règle de l'unanimité, source du droit dérivé virtuel	
Paragraphe 2 : Le manque de légitimité du troisième Pilier	174
1. Compétences quasi inexistantes du Parlement européen	
2. Compétences largement insuffisantes de la Cour de justice des Communautés européennes	
Conclusion du titre II	177
Conclusion de la partie I	178

**PARTIE II : La lutte contre le terrorisme: révélateur des acteurs de
demain ? 179**

**Titre I : Les acteurs des deuxième et troisième Piliers de la lutte contre
le terrorisme 1781**

**Chapitre 1 : Les acteurs du troisième Pilier de la lutte contre le terrorisme :
un acteur policier privilégié 183**

**Section 1: Europol et Eurojust : bref historique de leur mise en place et compétences
respectives 185**

*Sous-section 1 : Historique des mises en place d’Europol et Eurojust : une mise en place
«mûrie» contre une mise en place «opportune» 185*

Paragraphe 1 : la mise en place d’Europol : un projet politique 185

Paragraphe 2 : la mise en place d’Eurojust : un projet opportun 186

*Sous-section 2 : Mandats, compétences et pouvoirs d’Europol et d’Eurojust : entre la
«fausse» montée en puissance de l’un et la «vraie» limitation de l’autre 189*

**Paragraphe 1 : la «fausse» montée en puissance d’Europol comme réponse aux attentes
politiques 189**

1. Montée en puissance

2. «Fausse» montée en puissance

Paragraphe 2 : Eurojust, un instrument *a minima* 192

1. Composition, compétences et tâches d’Eurojust

2. L’adoption d’une nouvelle décision Eurojust

Paragraphe 3 : Les rapports entre Europol et Eurojust, des rapports de complémentarité ? 195

**Section 2 : Contrôles exercés sur les activités d’Europol et d’Eurojust et échanges de
données: deux préoccupations 197**

<i>Sous-section 1 : Faiblesses et lacunes des contrôles des activités d'Europol et d'Eurojust</i>	197
Paragraphe 1 : Les faibles procédures de contrôle prévues par la Convention Europol et la décision Eurojust	197
Paragraphe 2 : Le très lacunaire contrôle démocratique des activités d'Europol et d'Eurojust	199
 <i>Sous-section 2 : Foison d'accords sur l'échange de données dans le cadre de la lutte contre le terrorisme</i>	201
Paragraphe 1 : Les accords d'Eurojust avec Europol et les Etats-Unis dans le cadre de la lutte transfrontalière	202
Paragraphe 2 : L'accord entre Europol et les Etats-Unis sur l'échange de données dans le cadre de la lutte contre le terrorisme	204
 <u>Chapitre II</u> : Les acteurs du deuxième Pilier dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : «bras armé» de l'Organisation des Nations unies	207
 <u>Section 1</u> : Les acteurs du deuxième Pilier dans le cadre de la lutte contre le terrorisme: un acteur «global» contre un acteur «inexistant»	209
 <i>Sous-section 1 : La PESD, acteur inexistant de la lutte contre le terrorisme</i>	209
Paragraphe 1: La menace terroriste en tant que «menace de défense»	209
Paragraphe 2: La réactualisation des missions de Petersberg	211
 <i>Sous-section 2 : la PESC, acteur «global» de la lutte contre le terrorisme</i>	214
Paragraphe 1 : Le contrôle des exportations d'armes et la lutte préventive contre le terrorisme	214
Paragraphe 2 : le renforcement du dialogue avec les pays tiers et l'inclusion de clauses «anti-terrorisme»	216
 <u>Section 2</u> : La PESC et les attentats terroristes de septembre 2001 : alignement avec le Conseil de sécurité de l'ONU	218

<i>Sous-section 1 : La crise afghane, l'ONU et la PESC</i>	218
Paragraphe 1 : les prémices de la crise afghane : la PESC et l'ONU «de concert»	219
Paragraphe 2 : la crise afghane : la PESC «sous mandat» de l'ONU	219
 <i>Sous-section 2 : Les positions communes PESC adoptées ou l'approche trans-Piliers «absolue»</i>	222
Paragraphe 1 : la position commune 2001/930/PESC : transcription du cadre général onusien de la lutte contre le terrorisme	222
Paragraphe 2 : la position commune 2001/931/PESC : mise en pratique des mesures onusiennes de lutte contre le financement du terrorisme	223
 Conclusion du titre I	223

**Titre II : Le juge communautaire et la lutte contre le terrorisme:
une légitimité acquise, mais encore à construire** **227**

Chapitre I : L'intervention du juge communautaire dans des affaires issues
d'activités «trans-piliers» liées à la lutte contre le terrorisme: une intervention
qui se construit **231**

Section 1 : L'intervention du juge communautaire dans les affaires des données «PNR» ... **232**

<i>Sous-section 1 : Les affaires dites des données «PNR» : données du problème et cadre juridique européen applicable</i>	232
Paragraphe 1 : Les données du problème	233
1. Qu'est-ce que la protection des données à caractère personnel ?	
2. Qu'est-ce que l'affaire des données «PNR» ?	
Paragraphe 2 : Cadre juridique européen de la protection des données	236
1. Au moment de l'affaire des données «PNR» : l'absence de cadre juridique général	
2. Après l'affaire des données «PNR» : la nouvelle proposition de décision-cadre	

<i>Sous-section 2 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes dites «PNR» : une victoire en demi-teinte</i>	240
Paragraphe 1 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes des données «PNR» : une annulation sans surprise ?	240
Paragraphe 2 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes des données «PNR» : une portée très limitée	242
 <u>Section 2</u> : L'intervention du juge communautaire dans les affaires des «listes»	244
 <i>Sous-section 1 : Les affaires des «listes» : données du problème et jurisprudence communautaire établie</i>	245
Paragraphe 1 : Les données du problème	245
1. Le contexte du contentieux de l'inscription sur les listes	
2. Les droits fondamentaux pouvant être enfreints par l'inscription sur les listes	
Paragraphe 2 : Une jurisprudence communautaire différentielle	249
1. Jurisprudence communautaire dans le cas de la «liste 931» : limites au droit à une protection juridictionnelle effective	
2. Jurisprudence communautaire dans le cas de la «liste Taliban» : immunité juridictionnelle	
 <i>Sous-section 2 : L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes «Kadi» et «Al Barakaat» : un renversement de jurisprudence ?</i>	256
Paragraphe 1 : Le respect des droits de l'homme est une condition de la légalité des actes communautaires	256
Paragraphe 2 : Le juge communautaire n'est pas un juge international	257
 <u>Chapitre II</u> : Le juge communautaire et les mesures européennes de lutte contre le terrorisme confrontées au principe fondamental de non-discrimination : une place à prendre	261
 <u>Section 1</u> : La lutte contre le terrorisme et le principe fondamental de non-discrimination : mesures européennes	263

<i>Sous-section 1 : Le principe fondamental de non-discrimination et les politiques européennes de lutte contre le terrorisme</i>	263
Paragraphe 1 : Le principe fondamental de non-discrimination en droit européen	263
Paragraphe 2 : La place du principe de non-discrimination dans les politiques européennes de lutte contre le terrorisme : une place mineure	266
 <i>Sous-section 2: La Stratégie européenne de lutte contre le terrorisme: une stratégie porteuse de pratiques discriminatoires</i>	268
Paragraphe 1 : L'axe «prévention» de la stratégie européenne de lutte contre le terrorisme: élaboration de "profils terroristes"	269
Paragraphe 2 : L'axe «protection» de la stratégie européenne de lutte contre le terrorisme: renforcement de la sécurité des frontières	271
 Section 2: La lutte contre le terrorisme et le principe fondamental de non-discrimination: mesures prises par les Etats membres	273
 <i>Sous-section 1: Le questionnaire de la Commission européenne aux Etats membres</i>	274
Paragraphe 1: Lutte contre le terrorisme et expulsion de ressortissants de pays tiers	274
Paragraphe 2: Lutte contre le terrorisme et règles particulières: l'allongement de la période de garde à vue	278
 <i>Sous-section 2: Au delà du questionnaire de la Commission européenne aux Etats membres : quand l'étranger est un terroriste en puissance</i>	280
Paragraphe 1 : Non-respect du principe de non-refoulement pour les non-ressortissants suédois soupçonnés d'activités terroristes	280
Paragraphe 2 : Détention illimitée pour les non-ressortissants britanniques soupçonnés d'activités terroristes	282
 Conclusion du titre II	284
 Conclusion de la partie II	285
 Conclusion générale	287

Annexes	291
Bibliographie	321

RESUMES

L'ETAT DE DROIT ET LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME DANS L'UNION EUROPEENNE - Mesures européennes de lutte contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001

La lutte contre le terrorisme, ainsi que ses conséquences sur la sphère des droits de l'Homme, n'est pas un thème nouveau en Europe. Cependant, depuis les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés sur le sol des Etats-Unis, «confirmés» par ceux de Madrid en 2004 et Londres en 2005, elle n'a jamais incarné une telle priorité. La majeure partie des mesures prises par l'Union européenne tombe sous le titre de la coopération en matière pénale, c'est-à-dire sous l'ex-troisième Pilier, parmi lesquelles la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme, la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen et les accords entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur l'extradition et l'assistance juridique mutuelle. Sur base des mesures européennes, certains Etats, historiquement non concernés par ce phénomène, ont été pressés à adopter des mesures anti-terroristes alors que d'autres y ont vu une légitimation pour renforcer leur corpus juridique déjà existant. Quel est l'impact des mesures européennes et de celles prises par les Etats sur le délicat équilibre entre la sécurité et la liberté ? En d'autres termes, quel est le rôle de l'Etat de droit : une limitation à ces mesures ou, un principe visant au renforcement du combat contre le terrorisme?

Mots clés: droit européen de la lutte contre le terrorisme - Etat de droit - définition de l'infraction terroriste - mandat d'arrêt européen - espace judiciaire pénal européen - Cour de justice de l'Union européenne - souveraineté - PESC - PESD - Conseil de sécurité de l'ONU

THE RULE OF LAW AND THE EVOLUTION OF THE FIGHT AGAINST TERRORISM IN THE EUROPEAN UNION - European measures to fight against terrorism following the attacks of September the 11th 2001

The fight against terrorism, as well as its consequences in the field of Human Rights, is not a new theme for Europe. However, since the terrorist attacks of September the 11th 2001 in the United States of America, "confirmed" by the ones of Madrid in 2004 and London in 2005, it has never embodied such a priority. The larger part of the measures taken by the European Union falls under the heading of cooperation in criminal matters, i.e. within the scope of the former Third Pillar, among which the framework decision on combating terrorism, the framework decision on the European arrest warrant and the agreements between the European Union and the United States of America on extradition and mutual legal assistance. On basis of the European measures, some States, not historically concerned by terrorism, have been compelled to carry out counter-terrorism measures whereas, others have seen a legitimation to reinforce their existing body of law. What is the impact of the European measures and the ones taken by States on the delicate balance between security and liberty? In other words, what is the role of the Rule of Law: a limitation to those measures or, a principle aiming to the strengthening of the fight against terrorism?

Keywords: European law to fight terrorism - Rule of Law - definition of terrorist offence - European arrest warrant - European judicial criminal area - Court of Justice of the European Union - sovereignty - Common Foreign and Security Policy - European Security and Defence Policy - United Nations Security Council

Unité de recherche/Research unit : *CRD&P- ERDP, 1 place Déliot, 59000 Lille,*
<http://erdp.univ-lille2.fr>

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr,* <http://edoctore74.univ-lille2.fr>

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille,*
<http://www.univ-lille2.fr>