
EN TEMPS RÉEL

Terrorisme et libertés

La voie française après le 11 septembre

Julien Cantegreil

Parce qu'elle y a été confrontée plus tôt que les autres démocraties, la France est probablement celle qui a le moins mal pensé le défi terroriste. Telle est l'hypothèse centrale et forte de ce texte qui constitue sans doute la synthèse la plus complète et la plus fine sur le rapport juridique complexe entre terrorisme et libertés publiques. Confrontée au terrorisme moyen-oriental dès le milieu des années 80 la France a imaginé un dispositif anti-terroriste relativement sophistiqué dont les principales caractéristiques sont l'importance donnée au renseignement humain, la centralisation des procédures, la spécialisation des magistrats, l'octroi de délégations judiciaires à la DST pour toutes les enquêtes touchant au terrorisme islamique, la mise en place enfin d'un régime dérogatoire au droit commun. Ce dispositif n'a guère été affecté par le 11 septembre, de sorte que l'on peut dire qu'il existe bel et bien une matrice française de l'anti-terrorisme.

Pour autant, ce dispositif, comme tous les dispositifs anti-terroristes, reste fragile. Car dans l'hypothèse où la menace terroriste perdurerait, elle placerait toutes les démocraties dans une situation d'exception durable. Or dans ce domaine, aucune société n'est à l'abri d'un réflexe sécuritaire pouvant conduire à l'adoption, à des fins de « réconfort » de l'opinion, de mesures pouvant être très restrictives des libertés sans pour autant être efficaces. On le voit aux Etats-Unis où le Patriot Act comme le Homeland Security Act ont réduit les libertés publiques, mais également en Grande Bretagne où la Cour d'appel de Londres a, en août 2004, accepté de reconnaître une valeur juridique aux preuves obtenues sous la torture.

En France, il n'y a pas d'atteintes flagrantes aux libertés publiques. Mais les risques existeront toujours. D'autant qu'au-delà des atteintes formelles aux libertés, s'ajoutent potentiellement toutes les stigmatisations ethniques ou raciales que des lois peuvent toujours contenir mais jamais faire disparaître.

D'où la question de savoir comment des démocraties peuvent se prémunir sur le long terme contre le terrorisme et réconforter leurs populations sans se détruire de l'intérieur en mettant en place des « états d'exception ».

Pour répondre à cette question, Julien Cantegreil sort alors du cadre français pour nous restituer les grands débats internationaux engagés depuis le 11 septembre.

L'expérience française et étrangère conduit ainsi à voir dans le terrorisme une situation qui, pouvant conduire la justice constitutionnelle à faire de facto allégeance à l'exécutif, peut nécessiter que soient définies des règles permettant de reconnaître des situations d'exception sans pour autant abandonner les protections que donne le contrôle de la constitutionnalité.

Ceci ne conduit donc pas à nier la nécessité de recourir, dans certains cas, à des situations d'exception mais conditionne cet accord à un encadrement législatif strict et « glissant » : plus l'état d'exception se prolongerait, plus les majorités qualifiées pour le maintenir deviendraient difficiles à obtenir. Il doit alors être possible de concilier le principe de « réconfort » avec les objectifs de sécurité et de respect des libertés publiques.

Julien Cantegreil est juriste, il animera au printemps 2005, le premier séminaire conjoint EN TEMPS REEL – Ecole Normale Supérieure sur le thème « Questions terroristes ».

Sommaire

INTRODUCTION	4
L'ANTITERRORISME FRANÇAIS : DE PARIS A MADRID VIA NEW YORK	7
La matrice française de l'antiterrorisme	7
Après le 11 septembre, l'approfondissement d'une stratégie	9
Madrid 2004, vers une relève européenne effective ?	12
DES LIBERTES RESTREINTES	16
Une répression affermie	17
Les nouvelles formes de la prévention	18
L'effet d'entraînement	22
LA SPECIFICITE DES LEGISLATIONS TERRORISTES	24
La tendance sécuritaire	25
La pérennisation	27
Vers un équilibre complexe	27
Le respect de la vie privée transformé	31
PARFAIRE NOTRE CADRE CONSTITUTIONNEL	34
Limitier les allégeances	35
Réformer l'article 16	38
LA FRANCE ET GUANTANAMO	41
Une question américaine	41
La France face à Guantanamo : généalogie des ambiguïtés	43
Les terrains sur lesquels il fallait défendre les droits	45
Quelle action préventive soutenir ?	46
CONCLUSION	49
GLOSSAIRE	53

INTRODUCTION

Il faut se réjouir qu'en Europe, trois ans après le 11 septembre 2001, la rhétorique compassionnelle de « la guerre contre le terrorisme » ait évolué au profit d'une réponse modulée, davantage centrée sur les « menaces » terroristes. La référence exclusive à la guerre détournait l'action de ce qu'elle devait être.

Dans le même temps, ces menaces se sont diversifiées, complexifiées, et techniquement perfectionnées. Madrid a levé les derniers doutes de l'opinion publique sur le fait que des frappes élaborées et destructrices peuvent désormais se loger au coeur même de l'Europe. Et face aux lacunes persistantes de l'expertise terroriste, largement soulignées par la polémique estivale entourant le rehaussement du niveau d'alerte américain, les derniers mois - avec leur cortège d'arrestations au Pakistan, aux Etats-Unis, en Arabie Saoudite et en Grande-Bretagne, divers attentats et le climat de crise générale au Moyen-Orient - ont confirmé que le terrorisme international a pris ses quartiers.

Nos démocraties y ont paré diversement. Aux Etats-Unis, cette nouvelle donne a conduit à l'érosion du jeu des contrôles et des contre-pouvoirs, à la généralisation des mesures d'exception et à une re-légitimation du concept de guerre préventive. Les barrières psychologiques contre l'usage de la violence s'y sont dégradées. Les pays européens ont réagi dans leur ensemble avec plus de mesure, sans qu'il soit sûr qu'ils aient fait preuve de plus de sagesse. Ils pratiquent des dérogations aux droits parfois douteuses. En pérennisant des mesures adoptées dans l'urgence, ils esquivent de nécessaires débats publics. Trois ans après les attentats, ils tergiversent encore entre une logique bilatérale et une stratégie résolument européenne.

A tout prendre, ces réactions pâtiennent d'une faiblesse commune et inextricable : avoir défini les stratégies antiterroristes comme l'établissement de barycentres entre la sécurité et la liberté, alors qu'en réalité, elles reviennent à conjointre trois principes : un principe d'efficacité, au sens où ces mesures doivent effectivement réduire le terrorisme. Un principe de réconfort car, face à une menace durable, on ne peut concevoir, et aucun responsable politique ne le concevra, que les mesures ne cherchent pas aussi à réduire l'anxiété des populations. Un principe de liberté enfin, au sens où ces mesures doivent préserver les droits et libertés constitutifs des pactes républicains. Cette grille de lecture et d'action permet de comprendre pourquoi les trois années écoulées, enfermées qu'elles étaient dans l'alternative entre sécurité et liberté, n'ont pas permis d'adapter la défense des libertés à l'hypothèse d'un terrorisme international massif et durable. Le schéma suivant qui en est issu, proposé par Philipp B. Heymann, ancien Attorney General adjoint sous Clinton et professeur de droit à Harvard, devrait nous aider à renouveler notre regard sur les choix que nous devons opérer².

à Sir Jeremy Lever QC

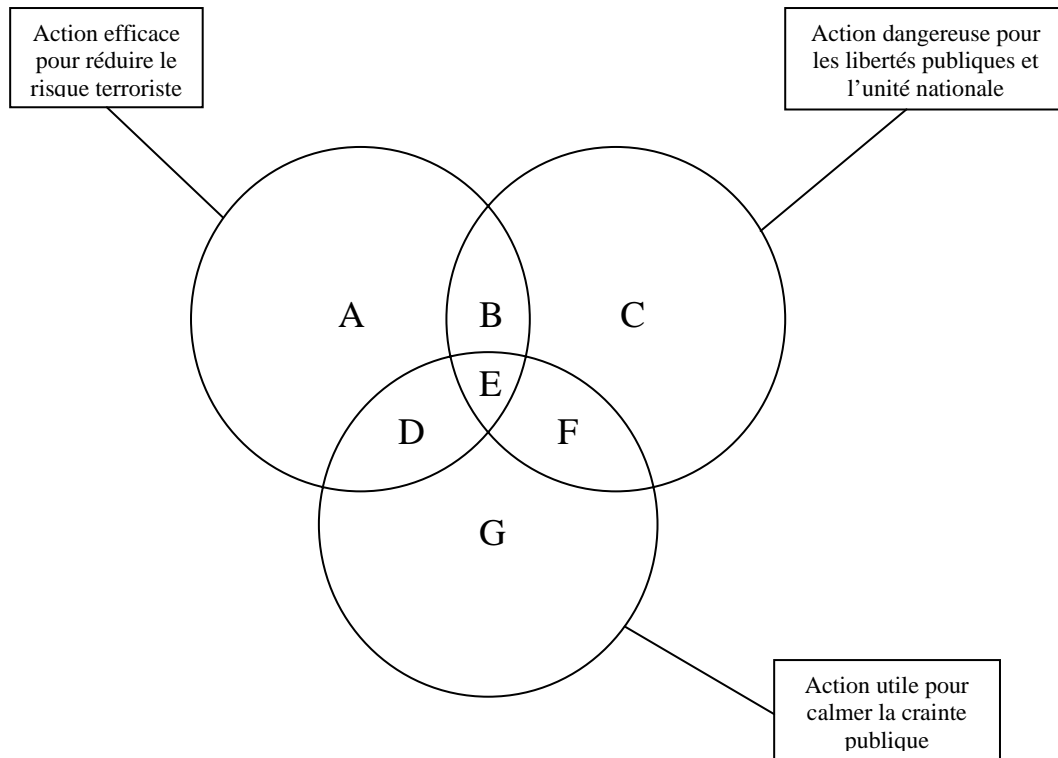
à Meta van Adelberg

Ces lignes doivent aux discussions, critiques et suggestions de Mads Andenas, Giovanni d'Arezzo, Sandra Lagumina, Hélène Landemore, Georg Nolte, Marc-Olivier Padis, Otto Pfersmann, Daniel Sabbagh, David Siritzky, Sara Tagliacozzo, Nicolas Véron et Patrick Weil. Qu'ils en soient très chaleureusement remerciés.

² V. *Terrorism, Freedom and Security*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2003 ainsi que son audition par la Commission 11 septembre (8 décembre 2003, sur

http://www.9-11commission.gov/hearings/hearing6/witness_Heymann.htm)

Dans l'idéal, qui doute qu'il faille privilégier les mesures efficaces (A), qui plus est lorsqu'en plus elles rassurent (D), et exclure les mesures qui limitent les libertés sans rassurer ni empêcher le terrorisme (C) ? Il va sans dire qu'il faut exclure les mesures seulement populaires qui nuisent aux libertés civiles sans réduire le danger terroriste (F) et les mesures relativement inutiles qui certes rassurent sans affecter les libertés mais ne réduisent pas le terrorisme (G). Considérons par réalisme que notre marge d'action se limite aux mesures efficaces, si possible rassurantes, et dont la mise en œuvre conduit parfois à restreindre certaines libertés (zones B et E).



- A : Mesure purement efficace
- B : Efficace mais restreignant la liberté
- C : Restreignant la liberté, inefficace et sans effet sur l'anxiété
- D : Efficace et rassurante
- E : Efficace, restreignant la liberté mais rassurante
- F : Placebo restreignant la liberté
- G : Pur effet placebo

D'après Philip B. Heymann, *Terrorism, Freedom and Security*, Cambridge

Ainsi réduit, le champ des possibles admet encore des stratégies très différentes. Le souci d'efficacité a jusqu'à présent conduit à concentrer directement ou indirectement l'attention sur les ressortissants des Etats arabes/ musulmans, sur certains groupes politiques, à multiplier les détentions et à porter une atteinte forte au respect de la vie privée. Les arbitrages opérés ont suscité des avis divergents. Ici et là, on a surveillé plus strictement les visiteurs étrangers, criminalisé l'« incitation » à commettre un acte terroriste comme ce fut le cas en Angleterre ou en Allemagne depuis le 9 juillet 2004, voire recouru à la torture. L'Administration Bush

s'est ouvertement engagée dans ces zones (B) et (E) aussi loin que possible légalement de façon à garantir tout gain de sécurité, aussi minime fût-il, sans trop d'égards à son effet à long terme sur les libertés. Comment défendre une autre voie d'emblée plus respectueuse des libertés ?

Non par luxe « droit-de-l'hommeiste ». Si le respect des libertés n'était pas érigé en principe, la multiplication d'attaques terroristes enclencherait inévitablement un cycle régressif³ : après chaque attaque, qui doute que la propension à adopter des lois plus répressives au nom d'une plus grande sécurité à venir l'emporterait ? Quelques attaques de la taille de celle du 11 septembre suffiraient à dévaster les libertés, et signeraient notre échec. Le temps passant, un rééquilibrage libéral s'opèrerait d'ailleurs de lui-même. Autant respecter *a priori* les libertés, mais comment ?

L'erreur serait de maintenir en l'état les libertés traditionnelles, ainsi que l'avait implicitement défendu le rapport d'enquête de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme sur le dispositif français d'antiterrorisme (1999). Cette philosophie de l'inconséquence oublie combien la singularité de la bataille à mener doit souvent conduire à déroger au droit commun. Aucun gouvernement ne peut d'ailleurs conserver le soutien de sa population sans en calmer la crainte, et il le fera quitte à sacrifier certains de ses droits. Qui veut défendre la liberté doit se tenir à une doctrine plus difficile.

Le terrorisme international affectant l'Etat de plein fouet, cette doctrine doit participer d'une stratégie proprement constitutionnelle qui assure efficacité et soutien populaire tout en promouvant un principe de liberté adapté à la pression terroriste. Une première difficulté apparaît ici car la teneur propre des libertés n'évolue pas seulement en fonction de la crainte que le terrorisme inspire aux Français et des atteintes aux droits qu'il nécessite⁴. L'antiterrorisme ne se fait pas toutes choses égales par ailleurs, les libertés ont leur histoire propre. L'évolution du terrorisme conduit donc ceux qui le combattent à innover pour combler le sentiment inédit d'insécurité qu'il engendre sans porter atteinte plus que nécessaire à des libertés *en constante évolution*.

De façon préventive, les démocraties doivent aussi se préparer à une situation dure, où le terrorisme, par la tournure exceptionnelle qu'il aurait prise, aurait enclenché un mécanisme d'Etat d'urgence. Elles devront pour cela inventer une mécanique constitutionnelle qui autorise dans ces cas des mesures d'exception efficaces et réconfortantes sans que ces moments de panique n'imposent de limitations durables de la liberté. Ici plus qu'ailleurs, l'antiterrorisme est affaire d'invention.

Les lignes qui suivent analysent la seule stratégie française postérieure au 11 septembre. Par les choix qu'elle a opérés depuis les années quatre-vingt, les résultats mais aussi les difficultés auxquelles elle a abouti, elle rassemble les enjeux et la complexité des défis à venir. Les attentats du 11 septembre ont transformé notre stratégie de lutte contre le terrorisme international mais ne nous ont pas conduit à revenir sur la matrice de 1986 (I). Ils ont naturellement modifié le paysage des libertés (II). Au-delà de l'alternative entre sécurité et liberté, les chapitres suivants proposent des jalons législatif (III), constitutionnel (IV) et international (V) pour élaborer une doctrine des droits renouvelée qui ne manquerait pas de devoir s'instaurer avec le temps si le terrorisme devait se radicaliser.

³ Bruce Ackerman, « Don't Panic », *London Review of Books*, vol. 24/3, 7 février 2002

⁴ Jeremy Rifkin préconisait ainsi d'emblée que l'éventualité du bioterrorisme conduise à statuer jusque sur les biotechnologies et la génétique, *in* « Bioterrorisme high-tech et révolution génétique », *Le Monde*, 6 octobre 2001, p. 16

L'ANTITERRORISME FRANÇAIS : DE PARIS A MADRID VIA NEW YORK

Parmi les démocraties européennes, la France présente l'histoire la plus longue et la plus complexe avec les diverses formes de terrorisme, alternant les périodes d'accalmie et de crise. Ses choix stratégiques postérieurs au 11 septembre s'expliquent par ceux qu'elle a opérés au cours des années quatre-vingt en réponse au terrorisme « islamique » naissant et aux 23 attentats qu'il a provoqués sur le sol français entre 1986 et 1996.

La matrice française de l'antiterrorisme

Le terrorisme islamique apparut en France avec les attentats du Comité de Solidarité aux Prisonniers Politiques Arabes (CSPPA) de 1985-1986. Bien qu'elle fût ciblée - d'inspiration chiite et liée à la révolution iranienne, et rapidement circonscrite - grâce au démantèlement du réseau, l'interpellation de son chef, Foued Ali Salah en 1987, puis la fin du conflit Iran-Irak, cette menace qui renouvelait le terrorisme des années soixante-dix révéla l'inadaptation du dispositif français. Le plan gouvernemental Vigipirate de 1978 et la mise sur pied en 1984 de l'Unité de Coordination de la Lutte Antiterroriste (UCLAT) avaient en effet amélioré son volet préventif, mais la suppression de la Cour de sûreté de l'Etat le 4 août 1981 avait affaibli son volet répressif : en dehors de la lourde procédure de saisine de la cour de Cassation, les enquêtes judiciaires concernant un même réseau étaient dispersées, et l'absence traditionnelle de tout contact avec les services de renseignements pénalisaient ici plus qu'ailleurs une compréhension fine des phénomènes terroristes.

Dans un contexte de grande tension politique, le législateur apporta par la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 une réponse d'envergure qui restait dans le cadre de la loi ordinaire. Largement issue des propositions du rapport Paul Masson et des suggestions du juge Marsaud, cette loi institua un régime exorbitant de droit commun et renforça de trois manières la concertation opérationnelle entre l'ensemble des acteurs publics⁵ :

- la spécialisation des magistrats leur permit d'améliorer leur connaissance du fonctionnement des réseaux terroristes. Elle leur permet aujourd'hui d'être mieux identifiés par nos partenaires ;
- par dérogation au principe de compétence territoriale, la centralisation parisienne de l'ensemble des poursuites, enquête et jugements relatifs aux actes de terrorisme international imputables à une même organisation ou à une même mouvance⁶ leur donna accès en un seul lieu à l'ensemble des informations utiles. Cette mesure fonctionnelle, qui donnait priorité au renforcement du Parquet, favorisait chemin faisant un pouvoir d'opportunité dans la manipulation des rythmes, des choix et des décisions de l'appareil judiciaire ;
- les magistrats bénéficièrent enfin du rapprochement entre les activités de police judiciaire et les services de renseignements regroupés au sein de l'UCLAT. La Direction de la Surveillance du Territoire (DST) reçut ainsi la quasi-totalité des délégations judiciaires dans les enquêtes touchant au terrorisme islamique, qu'elle conduit depuis lors légalement sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Les bénéfices en sont évidents : les magistrats peuvent ouvrir une information judiciaire à partir

⁵ La loi couvre un spectre particulièrement large, depuis la possibilité de repentance jusqu'à la première pierre d'un fonds de solidarité aux victimes alors unique au monde

⁶ V. la circulaire d'application du 10 octobre 1986

d'informations recueillies par les services de renseignement. Réciproquement, la DST dispose de renseignements nombreux et précis issus des procédures judiciaires.

En redéfinissant les missions traditionnelles des services de façon à atteindre une grande efficacité malgré de faibles moyens (la section antiterroriste du parquet de Paris est composée de quatre magistrats du Parquet et de cinq juges d'instruction), cette loi du 9 septembre 1986 innovait face à des pays anglo-saxons moins enclins par tradition à revenir sur la séparation entre services de renseignements et action répressive. Elle façonna une stratégie française spécifique et durable.

Cette nouvelle force répressive devait s'accompagner, contrepartie légaliste, d'une meilleure qualification du terrorisme⁷. En s'inspirant de la manière dont la Cour de cassation avait qualifié les crimes contre l'humanité, le législateur fit de l'activité terroriste une infraction de droit commun commise dans des circonstances particulières lui conférant une nature spécifique⁸. A une époque où plusieurs revendications d'autonomies régionales et mouvements indépendantistes territoriaux continuaient de s'engager dans le terrorisme, il importait effectivement d'empêcher qu'ils puissent se prévaloir des avantages attachés au statut de délinquant politique⁹. Ce principe de qualification ne suscita pas de critiques fondamentales de la part du Conseil constitutionnel, qui estima contre les sénateurs requérants qu'il était suffisamment « clair et précis »¹⁰. Là encore, la stratégie de 1986 fut séminale : lorsque à l'occasion de la réforme du Code pénal de 1994, le législateur consacra définitivement l'autonomie des infractions terroristes en les incriminant en tant que telles pour les soumettre à des peines aggravées, il continua de les qualifier d'infractions de droit commun.

Le terrorisme islamique qui toucha la France dix ans plus tard, en 1995-1996, différa substantiellement du premier : il était cette fois algérien, lié au GIA et circonscrit à la France et à l'Algérie. Il s'inscrivait dans une évolution inédite : le GIA assassinait des ressortissants français en Algérie en 1993 ; l'attentat de Marrakech commis en 1994 par une équipe de jeunes franco-marocains venus de France révélait l'existence de filières afghanes ; l'influence de la mouvance islamiste radicale dans des zones ou des pays hostiles (Afghanistan), voire où aucune autorité ne s'exerçait (Cachemire, Bosnie, Tchétchénie, Nord de la Géorgie, certaines zones de l'Asie du Sud-est, et plus tard Kurdistan irakien) prenait une tournure préoccupante.

La France réagit en approfondissant la stratégie initiée en 1986. Le législateur étendit ses dispositions aux actes de terrorisme commis à l'étranger contre des ressortissants français, et introduisit par la loi du 22 juillet 1996 la notion d'« association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste », notion à risques mais très utile pour démanteler des réseaux encore en constitution. Par la loi du 30 décembre 1996, il autorisa les perquisitions de nuit sous certaines conditions. Surtout, le gouvernement logea la lutte contre le terrorisme islamique au cœur de son raisonnement stratégique. S'il fut loin de régler les problèmes de cohérence dans la conception des missions, le *Livre blanc sur la défense* fit ainsi dès 1994 de l'action terroriste, comme le mentionne rapport Quilès sur les conséquences du 11 septembre, « la principale » des « menaces non militaires qui pèsent sur notre sécurité », et de

⁷ Les analyses très critiques de J. Pradel gardent toute leur actualité, in « Les infractions de terrorisme : un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *Dalloz*, 1987, Chron., p. 39

⁸ Sur la « relation avec une entreprise... », V. Cass. crim., 3 juin 1987, Bull. crim. n° 236, et sur l'« entreprise » terroriste en part. : Cass, crim, 14 mars 1989 et Cass, 1^{ère} civ., 17 oct 1995 ainsi que les déclarations du Garde des Sceaux à l'Assemblée et au Sénat (JO Débats, 8 août 1986 p. 4125 et p. 3795) et ses circulaires du 10 octobre 1986 et du 27 mars 1987

⁹ Le procédé est plus ancien, V. en part. l'arrêt Gorguloff, Cass. Crim. 20 août 1932, Bull. 1932 n° 207

¹⁰ Cons. const. décis. n° 86-213 DC, 3 septembre 1986, consid. n° 6

l'extrémisme islamique « la plus inquiétante » des menaces représentées par les extrémismes religieux et nationalistes.

Cette stratégie générale très préventive souleva les critiques légitimes que l'on sait, notamment au regard de la Convention européenne des droits de l'homme : longueur des instructions et des détentions provisoires¹¹, tendance à la disparition de fait du Parquet derrière le point de vue des magistrats instructeurs, confusion rémanente des fonctions et attributions, risques d'arbitraire posés par la qualification d'« association de malfaiteurs en relations avec une entreprise terroriste »... Elle n'en fut pas moins efficace¹² : le travail réalisé en amont sur les réseaux islamistes permit, en quelques mois à peine, d'arrêter le commando du GIA responsable des attentats de 1995, de procéder à plus de 800 arrestations qui provoquèrent un sentiment d'insécurité dissuasif dans les milieux islamistes sur le territoire français, et enfin de découvrir les filières d'acheminement vers l'Afghanistan d'islamistes européens convertis aux thèses du djihad. La France lui doit d'avoir perçu et parfois neutralisé l'activisme de réseaux islamiques d'*Al Qaïda* dès avant 2001. En témoignent les affaires Fateh Kamel, passé en correctionnelle à Paris en avril 2001 ; Zacarias Moussaoui, qui figurait depuis 1999 dans les fichiers français des personnes susceptibles d'œuvrer pour le djihad ; mais surtout Ahmed Ressaym qui a permis de découvrir dès 1996 à la fois la dimension planétaire, éclatée et mutante des structures d'*Al Qaïda*, et des terroristes d'un nouveau profil, éduqués et intégrés dans leur environnement¹³.

Après le 11 septembre, l'approfondissement d'une stratégie

Comparés aux attentats de 1986 et 1996, et même au nouveau terrorisme des années 90 symbolisé par l'attentat de la secte Aoum en 1995, les attentats du 11 septembre marquèrent un saut qualitatif dans la capacité de groupes non étatiques à passer à la destruction de masse, l'ampleur de leur organisation technique, financière et transfrontalière et, ainsi qu'il est apparu au fil des mois, leur décentralisation - ou déterritorialisation - progressive. Les autorités françaises étaient certes au fait de l'existence du danger Ben Laden grâce à l'affaire du gang de Roubaix (1996) et des ramifications d'*Al Qaïda* mises à jours après le coup de filet de Francfort en décembre 2000, elles semblent néanmoins avoir découvert en 2001 à quel point le terrorisme, loin de s'inscrire dans un mouvement de décolonisation ou d'émettre des revendications politiques, conjuguait désormais une certaine hybridité à ce qu'André Glucksman a qualifié avec justesse de nihilisme¹⁴. Les mois suivants confirmèrent son extraordinaire créativité technique¹⁵, le passage durable d'un terrorisme vertical, hiérarchisé, assez proche d'une structure de Komintern selon la pertinente analogie *a posteriori* d'Alexandre Adler¹⁶, à un terrorisme horizontal, parsemé, bien plus difficile à appréhender.

La prise de conscience par la France de la réalité du danger fut assez longue, contrairement à ce que laisserait croire la rhétorique du soutien immédiat ou les quelques mouvements

¹¹ Le rapport d'enquête de la FIDH sur l'application de la législation antiterroriste notait que les 198 détenus de l'affaire Chalabi avaient effectué en moyenne 14 mois de détention préventive, soit 9,6 de plus que la moyenne nationale

¹² V. la défense et illustration de J-L Bruguière, in D. Moisi et B. de la Chapelle (dir.), *Liberté risque et responsabilité*, Paris, IFRI, 2002, p.141 sq.

¹³ Pour une confirmation tirée d'une analyse de profils terroristes, V. le bref et récent ouvrage de Marc Sageman, *Understanding Terror Networks*, University of Pennsylvania Press, 2004

¹⁴ *Dostoïevski à Manhattan*, Paris, Laffont, 2002

¹⁵ Selon l'avis du Juge Bruguière donné à Géostratégie 2000, « Le terrorisme international : nébuleuse inorganisée, connections et actions concertées ? Réalité et perspectives », *Cercle national des armées*, 16 décembre 2003

¹⁶ « Qui prête main forte à Al Qaïda ? », *Le Figaro*, 17 mars 2004

d'anxiété collective comme celui qui conduisit à renforcer le plan *Biotox* en octobre 2001. Que des Français fussent volontairement visés à Karachi, que d'autres fussent touchés dans les attentats de Bali, de Djerba et de Casablanca, que le pétrolier Limburg subît une attaque et l'île de la Réunion en évitât une, a néanmoins conduit progressivement les Français à réaliser à quel point ils sont devenus à moyenne échéance une cible pour les groupes d'*Al Qaïda* ou affidés. Des prédicateurs influents, tels cheikh Abdeladi à Nanterre et cheikh Abdelkader à Lyon, jouèrent un rôle déterminant dès le début des années 1990¹⁷. Les prêches salafistes érigeant le djihad en sixième pilier de l'Islam se sont multipliés ces dernières années. Des réseaux susceptibles de perpétrer des attentats en Europe sont devenus opérationnels : ainsi le groupe d'origine égyptienne *Takfir wal Hijra* (Anathème et Exil) ou encore le Groupement Salafiste pour la Prédication et le Combat (GSPC), d'origine algérienne et auquel sont attribués les projets d'attentats pendant la coupe du monde de football en 1998, contre la cathédrale et le marché de Noël à Strasbourg en 2000, et sur lesquels insistait le fameux rapport des Renseignements Généraux sur « La menace islamiste sunnite » (2002). Mais c'est probablement le nombre et l'activisme de micro réseaux islamistes quasi autonomes et susceptibles d'épauler une opération terroriste qui a le plus surpris les autorités françaises. Le danger extrémiste est devenu réel¹⁸.

Solidement préparée par le socle législatif de 1986, la France n'a pas eu à s'engager après le 11 septembre ni dans des lois d'exception comme ce fut le cas aux Etats-Unis ou en Grande-Bretagne ni dans des réformes structurelles de l'ampleur de celles entreprises aux Etats-Unis ou en Allemagne¹⁹. Après que Vigipirate « renforcé » a été mis en place, et profitant de discussions en nouvelle lecture au Sénat du projet de loi relatif à la sécurité quotidienne, le Gouvernement opéra néanmoins des ajustements au motif que, selon les mots de Daniel Vaillant prononcés devant l'Assemblée nationale, « les attentats commis aux Etats-Unis le 11 septembre dernier ont rendu manifestes certaines lacunes de nos dispositifs de lutte contre le terrorisme »²⁰. Ces réalistes « Dispositions renforçant la lutte contre le terrorisme », intégrées dans la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001 (LSQ), ont porté sur les sources du terrorisme (trafics d'armes et stupéfiants) et l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) :

- les contrôles d'identité et les visites de véhicules ont été facilités, et les perquisitions domiciliaires étendues à la recherche des trafics de stupéfiants et d'armes. Les zones où les contrôles peuvent être accomplis et les habilitations qui permettent d'y procéder ont été élargies (art. 25, 26 et 27 LSQ). L'un des points les plus âprement discutés fut le droit donné à des agents de sécurité privés agréés par le préfet et habilités à cette fin (art. 28 LSQ) de fouiller les bagages et de procéder à des palpations de sécurité ;
- l'usage des NTIC a été encadré davantage qu'il ne l'était. Les fournisseurs d'accès à Internet, par dérogation au principe d'effacement des données de connexion, doivent désormais conserver les données personnelles dont ils disposent et les mettre à la

¹⁷ A cet égard, V. la politique de refus de délivrance de visas et de refoulement aux frontières menée depuis quelques années à l'encontre de prédicateurs radicaux originaires du Golfe persique qui souhaitaient se rendre en France pour y prononcer des conférences au contenu incompatible avec nos principes laïcs et républicains

¹⁸ V. la synthèse faite par *Le Monde* du 5 juillet 2004 du rapport des Renseignements Généraux (mai 2004) concernant les signes de repli communautaire dans près de la moitié des 630 quartiers sensibles surveillés par les RG, et le rôle croissant joué par les prédicateurs islamistes radicaux

¹⁹ V. en particulier les évolutions des compétences des services secrets (Bundesnachrichtendienst, Bundesamt für Verfassungsschutz, et Militärischer Abschirmdienst) et du BKA, dues en part. aux art. 1-3 et 10 de la *Loi de lutte contre le terrorisme* entrée en vigueur en janvier 2002

²⁰ Méthode justement critiquée, entre autres, dans l'Avis de la LDH du 29 octobre 2001 sur les dispositions législatives proposées par le gouvernement en vue de renforcer la lutte contre le terrorisme, V. www.commission-droit-homme.fr

disposition de l'autorité judiciaire. Ceux qui cryptent leurs messages doivent remettre les conventions de déchiffrement aux autorités administratives habilitées à réaliser des interceptions légales, dont l'activité est recouverte par le secret de la défense nationale (art. 30, 31 LSQ). Les NTIC ont été utilisées de façon à améliorer le bon déroulement des enquêtes pénales (en permettant notamment les interrogatoires à distance) ;

- les incriminations de terrorisme ont été élargies (art. 33 LSQ).

Afin d'atténuer les critiques relatives aux libertés, il fut choisi comme en Italie ou au Canada de limiter la durée d'application de ces mesures (31 décembre 2003). L'article 31 de la Loi sur la sécurité intérieure (LSI), prolongeant la Loi d'orientation et de programmation (LOP) relative à la sécurité²¹ et complément de la LOP pour la justice, a néanmoins sans surprise prolongé au 31 décembre 2005 les dispositions 24 à 26 relatives aux perquisitions domiciliaires et aux contrôles des zones aéroportuaires et portuaires, et pérennisé le reste du dispositif.

Ces innovations législatives ont vu leur effet redoublé par deux évolutions durables. D'une part, la mise en place d'une nouvelle architecture institutionnelle de sécurité dont témoignent la transformation du Conseil de sécurité intérieure²² et l'instauration d'un nouveau plan Vigipirate. Les Renseignements Généraux (RG) ont durant la décennie passée davantage porté leur attention sur le terrorisme, notamment islamique, et à terme devraient se rapprocher de la DST de façon que la DST, qui a le privilège d'exécuter les commissions rogatoires des juges et de recueillir les fruits de l'enquête, puisse bénéficier de leur bonne implantation locale. Le Ministre de l'Intérieur a arrêté le 24 juin 2004 le principe d'un Conseil du renseignement intérieur (CRI) qui, dans cette perspective, réunit chaque mois les représentants de la DST, des RG et des services de coopération technique internationale de police²³. S'ajoutant à l'UCLAT et au Comité interministériel de lutte contre le terrorisme (CILAT) réactivé depuis peu, cet organe d'analyse et d'échange devrait limiter une rétention d'information entre services encore excessive. Une cellule permanente, collégiale et opérationnelle regroupant en plus des représentants de la DGSE, des représentants des RG et de la DST devrait en outre voir le jour sous peu.

D'autre part, ces nouvelles mesures ont bénéficié d'une appréhension plus internationale du terrorisme. Encore récemment, le « Comité spécial » de l'Assemblée générale créé par la résolution du 17 septembre 1996 et le Conseil de sécurité qui s'était saisi de la question par la résolution 1269 du 19 octobre 1999 ont montré le regain d'intérêt de l'Onu pour la question terroriste. La résolution 1373 du Conseil de sécurité, adoptée le 28 septembre 2001, constitue désormais le socle de son action antiterroriste, dont le Comité contre le terroriste (CCT) contrôle la mise en œuvre.

Le terrorisme est aussi devenu une priorité européenne²⁴. La lutte contre le terrorisme était déjà au cœur du projet d'« espace européen de liberté, de sécurité et de justice » lancé au Conseil européen de Tampere en 1999, et avait bénéficié de l'accélération de la coopération judiciaire en matière pénale. Le Conseil européen extraordinaire du 20 septembre 2001 a

²¹ Sur les orientations concernant la lutte antiterroriste, V. en part. LOP de la sécurité du 29 août 2002, Annexes I et II

²² Décret du 15 mai 2002

²³ Le Conseil de sécurité intérieure rassemble tous les ministres responsables pour fixer les grandes orientations en matière de lutte anti-terroriste. Le CILAT regroupe, sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, l'ensemble des départements ministériels compétents et propose des actions précises au Conseil de sécurité intérieur

²⁴ Comp. instructive avec l'état des lieux de l'IHEDN de 1999, « Les Fragilités de l'Europe face au terrorisme ». Cette coopération s'ajoute au développement des coopérations bilatérales avec les Etats-Unis, V. Rapport d'information n° 716 Quentin sur la coopération judiciaire entre l'Union Européenne et les Etats-Unis, AN, 2003

adopté un plan d'action articulé autour de trois initiatives afin de lui donner une vigueur nouvelle : le lancement de la procédure qui a débouché sur le mandat d'arrêt européen, et rendue l'extradition au sein de l'Union européenne quasiment automatique en cas de terrorisme ; le démarrage d'*Europol* dans ses fonctions de coordination de l'information dans la lutte antiterroriste ; la mise en œuvre d'une coopération judiciaire *Eurojust*. La décision-cadre du 13 juin 2002 sur la lutte contre le terrorisme a renforcé encore l'harmonisation de la définition du terrorisme au sein de l'Union et la coopération judiciaire. La « stratégie européenne de sécurité », préparée par le Haut représentant pour la PESC, M. Javier Solana, et confirmée par le Conseil européen de décembre 2003 a fait du terrorisme l'une des principales menaces contre les intérêts de l'Union. La présidence et le Secrétariat général/Haut représentant ont été invités en coordination avec la Commission à présenter dans de brefs délais de nouvelles propositions pour améliorer la stratégie antiterroriste européenne.

Le 11 septembre a néanmoins vite laissé place au sentiment diffus que les Européens ne couraient pas de risques sur leur propre sol. Que les attentats de Casablanca aient provoqué une grande inquiétude en 2003 en montrant des terroristes d'un profil nouveau, marginalisés et totalement autonomes, n'a pas empêché qu'aux véritables succès dans la lutte contre *Al Qaïda* au niveau des services de renseignement, de la sécurité et de la police, ait répondu la quasi-stagnation des évolutions budgétaires et organisationnelles nationale et européenne.

Madrid 2004, vers une relève européenne effective ?

Madrid fut à cet égard une triple crise. Crise espagnole bien sûr qui a sanctionné le fait que l'Espagne était devenue l'un des pays européens les plus exposés à une attaque de grande envergure, en raison de son intervention dans la coalition, d'une importante communauté marocaine et de son activisme dans la répression des réseaux islamistes.

Une crise stratégique ensuite qui a consacré la radicalisation du terrorisme. Alors que certains spécialistes avaient déduit au printemps 2003 que la perte d'un grand nombre de ses cadres avait définitivement affaibli *Al Qaïda*, plus aucun doute n'est désormais permis sur le fait que des groupes locaux aguerris peuvent agir sans impulsion directe ou organisation centralisée. Madrid, confirmant les craintes soulevées par Casablanca, a ainsi révélé la tournure de plus en plus « artisanale » du terrorisme, ayant considérablement élargi ses zones de recrutement, notamment en Afrique et apte à une créativité technique insoupçonnée. Après les affaires du ricin au Royaume-Uni et de Romainville en France, et alors que l'on sait qu'*Al Qaïda* a mené des recherches assez poussées dans le domaine non conventionnel, comment sous-estimer qu'un groupe risque bientôt de franchir la barrière technologique de l'accès à des moyens de destruction massive, certes pas encore nucléaire ni probablement bactériologique, mais au moins chimique²⁵ ?

Enfin, Madrid fut une crise de la vulnérabilité européenne. L'inaptitude des Européens à traiter efficacement les liens entre David Courtaier et Jamel Zougam en illustre parfaitement les déficiences²⁶. Ce faisant, Madrid a mis en lumière qu'avec des frontières poreuses et un principe de libre circulation interne, l'Europe est sommée de passer un cap²⁷.

²⁵ Sur cette évolution, V. l'entretien de Pierre de Bousquet de Florian avec Gérard Hoffnung, in « DST : service secret ou service discret ? », *Politique internationale*, n° 102, hiver 2003-2004

²⁶ La justice française, travaillant dans l'entourage de David Courtaier, avait demandé dès 2001 au contre-espionnage espagnol de s'intéresser à Djamel Zougam, elle avait elle-même perquisitionné son domicile madrilène sur commission rogatoire internationale des juges Bruguière et Richard, et y avait notamment trouvé des informations sur Salaheddin Benyaïch (que la DST avait mis en garde à vue puis relâché et qui est aujourd'hui au cœur de l'enquête sur l'attentat de Casablanca du 16 mai 2003). Concernant l'ETA, les échanges

L'effet sur la France fut immédiat. La pression n'avait certes pas cessé puisque durant l'année précédant Madrid, sept attentats commis en Tunisie, au Pakistan, au Yémen, en Indonésie, en Arabie Saoudite, au Maroc et en Irak avaient causé la mort de 23 Français. La France avait poursuivi sa stratégie de coopération déjà engagée avec les Etats-Unis, les autres membres du G5 ainsi que des pays proches comme l'Algérie, le Maroc, la Tunisie et l'Egypte. Des réussites avaient été enregistrées tant au niveau européen (notamment, avec l'Espagne, l'Allemagne et le Royaume-Uni) qu'international (ainsi des actions prises dans le cadre du G8 en matière de transport). Les attentats de Madrid ont renforcé son intérêt pour la sécurisation des titres d'identité par l'utilisation de la biométrie (passeport et carte d'identité), le renforcement de la sécurité aérienne et portuaire, au-delà des limites actuelles du code de sûreté ISPS (International Ship and Port Facility Security) entré en vigueur dans l'Union Européenne le 1^{er} juillet 2004, ou encore les mouvements islamiques²⁸. Surtout, au nom de ce qu'il existerait une continuité dans la chaîne des responsabilités terroristes entre les poseurs de bombes, les commanditaires des attentats et les prédicateurs extrémistes qui appellent à la violence et dénoncent les valeurs du pays où ils se trouvent, le Ministre de l'Intérieur a souhaité élargir le champ des propos susceptibles de motiver une expulsion. En témoigne le traitement de l'Affaire Bouziane.

Redynamisée avec la Déclaration sur la lutte contre le terrorisme du Conseil de l'Union européenne du 22 mars 2004, l'Europe a redoublé la coopération communautaire et multilatérale. Le Conseil a en particulier institué auprès de Javier Solana un coordinateur européen de lutte contre le terrorisme, le Néerlandais Gijs de Vries, qui surveille la mise en oeuvre des mesures législatives prises dans le cadre de l'Union européenne. Le Sommet européen de Bruxelles des 25 et 26 mars 2004 a permis d'adopter une large palette de mesures de coordination antiterroriste : elle portent sur le financement du terrorisme (suppression du secret bancaire, transparence des paradis fiscaux...), la prise en charge des victimes, et ont anticipé la mise en oeuvre de la « clause de solidarité » : prévue à l'article I-42 de la Constitution européenne, cette disposition prévoit de mobiliser l'ensemble des instruments de Etats membres, y compris les moyens militaires, si l'un d'entre eux subissait une attaque terroriste. Ces mesures législatives et un renouvellement des coopérations opérationnelles ont surtout permis d'approfondir substantiellement la coopération européenne :

- quant à la coopération judiciaire, chaque Etat membre a été invité à exécuter toute demande d'entraide judiciaire relative à une infraction terroriste. Des pistes ont été ouvertes sur la transformation d'*Eurojust* en organe de coopération vraiment opérationnel, voire en un parquet européen qui pourrait être chargé de mener les enquêtes et poursuites en matière de terrorisme international en liaison avec les parquets nationaux²⁹.
- la coopération policière européenne en matière d'échange de renseignements a aussi été améliorée. Il y aurait pour l'heure un risque réel à confier la collecte et le stockage

entre la Police judiciaire, les RG, le Commissariat Général à l'Information et la Guardia Civil ont en revanche abouti à de remarquables résultats

²⁷ V. les propositions faites peu de temps avant par M. Den Boer dans le Policy Paper n° 6 de *Notre Europe, 9/11 and the Europeanisation of Anti-Terrorism Policy : A critical Assessment*, septembre 2003, p. 21 sq. (p. 8-10 pour une synthèse des mesures prises sous les présidences belge, espagnole et grecque)

²⁸ V. l'audition de M. Nicolas Sarkozy devant la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale sur « Les actions de coopération internationale et matière de lutte contre le terrorisme et l'immigration illégale » (11 février 2004), et le discours de M. Dominique de Villepin à l'Université Complutense de Madrid sur « La lutte contre le terrorisme et l'enjeu démocratique » (12 juillet 2004)

²⁹ Le projet de la Commission sur le Parquet Européen proposé dans le livre vert de 2002 a donc été largement rejeté. Les jugements et exécutions de peine continueront de se dérouler au sein des Etats membres

du renseignement opérationnel à une instance multilatérale du fait de la règle de protection de la source et de la règle du « tiers exclu », règle selon laquelle un service reste toujours propriétaire du renseignement qu'il transmet à un autre service³⁰. Des synergies ont néanmoins été utilement créées dans des domaines qui ne sont pas soumis à la confidentialité. Même s'il est vrai que l'annonce simultanée de l'institution d'un centre de renseignements européen (sous la forme d'une unité d'analyse sur les menaces terroristes identifiées³¹) et de la relance de la task force antiterroriste d'*Europol* était ambiguë, on peut espérer que ce centre renforce la collaboration entre les services de renseignements nationaux et *Europol* qui, à partir de la collecte de ces renseignements, devrait pouvoir réaliser des opérations sur les territoires des Etats membres, en liaison ou en accord avec les polices nationales³². Si elles devaient avoir lieu, ces mesures conduiraient les RG, la DST et la DGSE à mutualiser davantage encore leurs informations.

- quant à la coopération opérationnelle, le Conseil Européen a demandé aux Etats membres d'optimiser le recours aux organes existants de l'Union européenne. Plusieurs propositions ont été faites pour : promouvoir une gestion proprement européenne des crises dès qu'elles ont une implication transfrontalière (notamment lors d'une attaque biologique utilisant des agents infectieux) ; rapprocher encore les législations et les systèmes pénaux ; renforcer la protection civile et mieux protéger les frontières européennes contre l'arrivée de terroristes, tâche à laquelle la future Agence européenne chargée de la gestion de la coopération européenne opérationnelle aux frontières extérieures de l'Europe pourrait s'atteler. Enfin, dans le cas des domaines régaliens où la coopération exige une forte confiance mutuelle, on a utilement pris exemple de la coopération entre ministères de la Justice et de l'Intérieur des pays du G5 pour préconiser une mise en place de coopérations renforcées entre certains Etats dont les structures de lutte antiterroriste sont proches.

Plusieurs leviers identifiables de la lutte contre le terrorisme international ont donc disparu durant les dernières décennies. Cette évolution conduisit à renforcer la matrice de 1986, à savoir la faveur pour les renseignements humains, la nature mixte de la DST, la centralisation des procédures judiciaires et la spécialisation des magistrats. Le lien entre police et justice s'était déjà parfaitement intégré dans la politique d'amélioration de la « chaîne pénale » formalisée dans le Colloque de Villepinte (1997). Il avait trouvé un écho dans les recommandations de la Commission de Venise³³ et les travaux du groupe de travail du Conseil de l'Europe sur le contrôle des services de sécurité intérieure. Les dérives largement commentées de la pratique répressive et les critiques qui lui avaient été adressées - le lien entre police, justice et diplomatie a d'emblée posé des difficultés qu'illustrèrent les affaires Abdallah de 1986 et Gordji de 1987 - n'ont pas empêché son approfondissement par-delà même le 11 septembre. Un durcissement législatif profond face à la criminalité organisée de type mafieux a conforté l'évolution de la répression des actes de terrorisme. Des règles procédurales dérogatoires propres au régime des infractions terroristes ont ainsi été utilisées hors de leur périmètre d'origine.

³⁰ V. à ce propos les vues très critiques de l'intéressant Rapport d'information n° 1976 sur la coopération internationale pour lutter contre le terrorisme, Assemblée nationale, 6 juillet 2004, p. 23-24

³¹ Placé au sein de l'actuel Centre de situation (Sitcen) et rattaché au Secrétariat général du Conseil, il est chargé d'analyser les menaces extérieures. En pratique, une douzaine d'experts de la lutte antiterroriste devraient rejoindre les sept experts actuels du Sitcen. Déjà compétent pour le renseignement extérieur, il devrait l'être également pour traiter de la menace terroriste intérieure

³² Conclusion de la présidence du Conseil européen de Bruxelles, 17 et 18 juin 2004, 10679/1/04 REV 1 (fr)

³³ V. en part. son rapport sur *Les Services de sécurité intérieure en Europe* du 5 décembre 1998

Récemment encore, les *Patterns of global terrorism*³⁴ soulignaient l'efficacité de cette stratégie française. En 2002, la cellule de soutien familiale de soutien logistique à Nizar Naouar, auteur de l'attentat contre la synagogue de Djerba, a été démantelée et des membres de la structure de soutien au GSPC algérien, constituée autour de Redouane Daoud, ont été arrêtés. Les autorités françaises ont aussi arrêté Slimane Khalfaoui - probablement associé à la cellule MELIANI (groupe de Francfort) démantelée en décembre 2000 et avril 2001³⁵, ainsi qu'un intégriste islamiste important suspecté de liens avec Ahmed Ressam et Rabah Kadri. La même année, les cours françaises ont condamné deux terroristes islamiques à la prison à vie pour leur rôle dans les attaques de 1995. Cet activisme s'est accéléré en 2003. Ont notamment été arrêtés Karim Medhi, Marocain suspecté d'entretenir des relations avec la cellule d'*Al Qaïda* de Hambourg et d'avoir fomenté un attentat à l'île de la Réunion ; Christian Ganczarski, Allemand converti à l'intégrisme islamique, très proche des réseaux d'*Al Qaïda* en Allemagne et impliqué dans les attentats de Djerba ; Willy Brigitte, membre de la filière afghane, qui entretenait des relations en Australie avec des personnes y préparant des actions terroristes. Les investigations contre et autour de Djamal Beghal se sont poursuivies. Des condamnations furent prononcées telles que celle de Kamel Daoudi en novembre 2003. Plus récemment, l'arrestation dans la banlieue parisienne de nombreuses filières tchéchènes dont il semble qu'elles envisageaient un attentat à l'arme chimique, ainsi que le procès des filières afghanes ouvert à Paris le 17 mars 2004 - dans lequel comparaisait David Courtaillier -, ont montré le dynamisme et l'efficacité générale de la réponse antiterroriste française à *Al Qaïda*. On doit à cet activisme législatif, réglementaire et opérationnel la relative sérénité française face au terrorisme international. Il devait inévitablement affecter les libertés traditionnellement garanties.

Les attentats terroristes d'origine non nationale en France depuis 1985

Attentats de 1985- 1986

- 7 décembre 1985 : Galeries Lafayette (37 blessés) ; Printemps (5 blessés)
- 3 décembre 1985 : Galerie du Claridge (8 blessés) ; Tour Eiffel (aucune victime)
- 4 décembre 1985 : Librairie Joseph Gibert (7 blessés)
- 5 février 1986 : Fnac Sport (32 blessés)
- 17 mars 1986 : TGV Paris-Lyon (5 blessés)
- 20 mars 1986 : Galerie Elysée-Point Show (2 morts et 4 blessés)
- 20 mars 1986 : RER Chatelêt (aucune victime)
- 4 septembre 1986 : RER Gare de Lyon (aucune victime)
- 8 septembre 1986 : Bureau de poste de l'Hôtel de Ville (1 mort, 22 blessés)
- 12 septembre 1986 : Cafétéria La Défense (54 blessés)
- 14 septembre 1986 : Pub Renault (2 morts et 1 blessés)
- 15 septembre 1986 : Préfecture de police (1 mort et 60 blessés)
- 17 septembre 1986 : Magasin Tati (7 morts et 54 blessés)

³⁴ Publiés en juin 2004, V. <http://www.state.gov/s/ct/rls/pgtrpt/2003>

³⁵ Le jugement de dix membres du groupe de Francfort a débuté à Paris le 6 octobre. Le (lourd) réquisitoire a été prononcé le 19 novembre 2004

Attentats de 1995

11 juillet 1995 : rue Myrha (double assassinat)
25 juillet 1995 : RER Saint-Michel (7 morts et 85 blessés)
17 août 1995 : Avenue de Friedland (17 blessés)
26 août 1995 : TGV Lyon-Paris (aucune victime)
3 septembre 1995 : Marché Richard Lenoir
4 septembre 1995 : Place Charles Vallin (aucune victime)
7 septembre 1995 : Voiture piégée devant une école israélite à Villerbanne (30 blessés)
6 octobre 1995 : Métro Maison blanche (16 blessés)
17 octobre 1995 : RER Musée d'Orsay (4 morts et 29 blessés)

DES LIBERTES RESTREINTES

Dans un ouvrage de circonstances très stimulant, *Why terrorism works* (2002), Alan Dershowitz, professeur à Harvard et avocat progressiste volontiers polémiste, a recouru, pour déterminer les libertés que la lutte contre le terrorisme peut légitimement restreindre, à la fiction d'un Etat amoral et résolu à venir à bout du terrorisme international par tout moyen. Le lecteur y apprenait que le Big Brother moderne aurait restreint les media, les communications, l'incitation au terrorisme, la liberté de mouvement, et promu les peines collectives, les assassinats ciblés et les attaques préemptives. Alan Dershowitz réintérait incidemment la torture dans le cercle même de la moralité³⁶.

Il faut bien sûr critiquer cette stratégie qui conçoit le nouvel équilibre des libertés en période terroriste depuis le haut (comme un laxisme du aux agréments de la vie en société) alors qu'il faut le considérer depuis le bas (comme la gestion exceptionnelle de phénomènes qui restent exceptionnels). La fiction de l'Etat amoral trompe car, même démultiplié, le terrorisme islamique n'est pas tel qu'il conduise aujourd'hui à renverser le fondement de notre Etat de droit³⁷. La liberté doit rester le principe, la restriction l'exception.

La force de l'ouvrage d'Alan Dershowitz réside ailleurs, dans la conviction qu'il faut renouveler largement le cadre même du débat. Car si l'on s'est beaucoup ému depuis trois ans de la situation exceptionnelle créée par le 11 septembre, on s'est beaucoup moins avisé de l'inquiétante paralysie de la réflexion sur l'équilibre des libertés. Or lire les débats et argumentaires *pro* et *contra* en réponse aux mesures prises après chaque attentat permet de saisir à quel point l'armature des réflexions critiques de 2004 reproduit celle de 2001, de 1996 ou encore 1986. Certes parce que la matrice de 1986 demeure, mais surtout parce que l'on continue d'opposer la sécurité à la liberté, alors qu'il faut d'une part distinguer la sécurité du sentiment de sécurité - le réconfort ou l'ordre public, et d'autre part considérer que l'atteinte aux libertés est aussi multiple que les libertés le sont.

³⁶ *Why Terrorism Works*, New Heaven, Yale Univ. Press, 2002, p. 105-131. Plus classiquement, Robert H. Bork, « Civil liberties after 9/11 », *Commentary*, vol. 116/ 1, July 2003

³⁷ Sur ce point, V. les réflexions du président de la Cour suprême israélienne, Aaron Barak : « A judge on judging : the role of a supreme court in a democracy », *Harvard Law Review*, 2002, vol. 116, en part. p. 158 *sq.*

Or jugé à l'aune des trois priorités que sont la sécurité, les libertés et l'ordre public, les pays européens ont adopté des stratégies d'équilibre très différentes³⁸. La présente analyse juridique des atteintes effectives aux diverses libertés constitutionnellement garanties devrait permettre de se dégager d'un débat passablement idéologisé en mettant en exergue les restrictions effectives de libertés de la stratégie française postérieure au 11 septembre 2001. Et ce faisant, de mieux situer la place de la France dans le paysage des restrictions possibles³⁹.

Une répression affermie

Depuis la loi de 1986 qui les a introduites dans notre droit, les infractions terroristes sont soumises à un régime procédural répressif largement dérogoratoire au droit commun et exceptionnellement rigoureux. Les lois post 11 septembre l'ont en réalité assez peu modifié⁴⁰.

Au seuil de la procédure judiciaire, le législateur avait permis dès 1986, et le juge constitutionnel accepté (avant que la Loi Perben II ne le généralise), une prolongation de la durée maximale de garde-à-vue de droit commun à 96 heures, si les nécessités de l'enquête le justifient et si un magistrat du siège le décide. Le droit d'intervention de l'avocat est alors différé de la première à la soixante-douzième heure de détention.

Le législateur avait aussi transformé dès cette époque les conditions du procès en créant une cour d'assise spécialisée pour les infractions terroristes. Elle ne comprend pas de jury populaire mais des magistrats professionnels dont les décisions de condamnation sont adoptées à la majorité simple. Suite à la loi du 29 décembre 1997, les terroristes peuvent être jugés hors du Palais de Justice à titre exceptionnel et pour des motifs de sécurité ; et s'il le faut, sans publicité ni débats⁴¹.

A l'aval du procès enfin, le législateur avait fait le choix de la fermeté en alourdissant l'ensemble des peines relatives au terrorisme et en les assortissant de conditions particulières pour des exigences de sûreté compréhensibles. Des lois ont par la suite allongé et unifié les délais de prescription de l'action publique et de la peine en matières criminelle et correctionnelle, engagé la responsabilité des personnes morales en matière de terrorisme, et systématisé leur dissolution⁴². Depuis 1996, sans que le Conseil constitutionnel juge ceci contraire au principe d'égalité, les étrangers peuvent pour des raisons liées au terrorisme être

³⁸ Pour de bonnes analyses comparatives, V. EU Network of Independent Experts in Fundamental Rights (CFR-CDF) : *The Balance Between Freedom and Security in the Response by the European Union and its Member States to the Terrorist threats* (2003), et Ch. Walter, S. Vöneky, V. Röben, F. Schorkopf (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law : Security v. Liberty ?*, Max Planck Institut, Berlin/ Heidelberg, 2004

³⁹ Sur le respect des droits, les « Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme » adoptées par le Conseil des Ministres le 11 juillet 2002 donnent la matrice (non contraignante) de la réaction européenne. V. aussi O. de Schutter, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2003

⁴⁰ Sur cet aspect, V. Th. S. Renoux, « Juger le terrorisme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 14, et El. de la Lance, « Le juge pénal et la protection des libertés individuelles », *Rapport 2001 de la Cour de cassation, La documentation française*, p. 131-157. V. aussi St. Schmahl, « Specific Methods of Prosecuting Terrorist in National Law », *Terrorism as a Challenge...*, *Op.cit.*, p. 81 sq.

⁴¹ Sans que cela soit considéré heurter le principe fondamental du « juge naturel ». Sur toute cette difficile question, V. Th. S. Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD Civil, Dalloz*, 1993, n° 1

⁴² Parce que la dissolution administrative est prononcée en application de loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combats et milices privées dont le domaine d'application fut modifié par la loi du 9 septembre 1986, le Conseil constitutionnel lorsqu'il a été saisi de la loi RESEDA, en application de la jurisprudence « Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie », aurait pu s'autoriser, à propos de l'appréciation de sa constitutionnalité d'une éventuelle contrariété de la loi ancienne à la Constitution. N'ayant soulevé aucun moyen d'inconstitutionnalité, il semble donc l'admettre

bannis du territoire français de façon temporaire ou définitive et, par mesure de prévention, se voir retirer la nationalité française par des autorités administratives.

Tous comptes faits, le 11 septembre n'a renforcé cet arsenal répressif qu'à la marge : outre quelques règles procédurales (confiscation, fonds de garantie, compétence), l'article 33 LSQ a ajouté au corpus existant quatre nouvelles infractions dont trois qualifiées d'actes de terrorisme et une dernière proche du délit d'initié d'une façon qui traduit la volonté de sanctionner les plus infimes comportements terroristes⁴³. Ceux qui souhaitent de nouvelles évolutions ne manquent pas d'exemples sur lesquels s'appuyer. Certains auraient des effets limités, tel l'Espagne qui autorise des gardes à vue prolongées à cinq jours en cas d'enquête sur les activités terroristes avec, à certaines conditions, mise au secret. D'autres des effets inédits, ainsi de la possibilité donnée au Ministre de l'Intérieur anglais de détenir pour une durée indéterminée toute personne suspectée d'acte de terrorisme sans même la mettre en examen.

Pourtant, la tradition française ne semble pas tolérer d'aggraver bien davantage ces mesures répressives. S'il devait évoluer suite à d'autres attentats, l'antiterrorisme évoluerait probablement plutôt dans le domaine de la prévention sur le territoire national. Or c'est là que les mesures sont les plus problématiques à l'égard des libertés individuelles.

Les nouvelles formes de la prévention

Dans la mesure où elles visaient en particulier les sources du terrorisme et l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication, les mesures françaises post 11 septembre ont sans surprise essentiellement affecté la liberté d'aller et venir, la liberté de communication et le respect de la vie privée⁴⁴. Elles ont eu un impact divers sur les régulations en vigueur.

Des vérifications d'identité moins bien contrôlées

Toute personne se trouvant sur le territoire national doit comme chacun sait accepter de se soumettre à un contrôle d'identité dès lors que les autorités de police adéquates le lui demandent. Ces contrôles revêtent une importance particulière dans le cas du terrorisme islamique par la pression sociale qu'instaure leur multiplication *de facto* dans un groupe ciblé de population. Cette pression est accrue par le fait que la révélation d'autres infractions que celles visées par le Procureur, notamment une situation administrative irrégulière ou la découverte d'un trafic illicite, ne cause pas la nullité des procédures incidentes engagées suite à ce contrôle. Or après que le plan Vigipirate « renforcé » avait considérablement accru la pratique de ces contrôles dès le 12 septembre 2001, la LSQ et la LSI ont étendu les catégories de personnels habilités à y procéder, sachant qu'en outre, à la notion d'« indices » justifiant les contrôles a été substituée celle plus subjective de « raisons plausibles de soupçonner » (art. 78-2 CPP).

Pour en prendre la réelle mesure, il faut mettre cet assouplissement en perspective avec la pratique des vingt années antérieures durant lesquelles le Conseil constitutionnel, s'il avait déclaré ces contrôles conformes à la Constitution, les avait strictement encadrés par un jeu de réserves que la décision *Contrôles et vérifications d'identités* du 5 août 1993 avait récemment

⁴³ Symptomatique à cet égard est l'infraction de financement de terrorisme, V. Rapport au Sénat de M. Rouvière, 1999

⁴⁴ Nous ne revenons pas sur la lutte contre le financement du terrorisme, axe essentiel de l'action française, car il ne lui est pas spécifique. Sur ce point, V. ses rapports au Comité contre le terrorisme (CCT) de l'ONU (2001, 2002, 2004)

précisées⁴⁵ : il y avait notamment considéré que la pratique de contrôles d'identités généralisés et discrétionnaires est incompatible avec le respect de la liberté individuelle, que les retenues dans un local doivent être limitées au nécessaire⁴⁶, que la mesure de police qui y préside doit être justifiée, motivée⁴⁷ et soumise au contrôle préalable et concret de l'autorité judiciaire. Pour l'avenir, et malgré ces dernières innovations, il semble falloir inférer de la vigilance assez systématique du Conseil constitutionnel lorsqu'il a été saisi de cette question que ces réserves gardent encore leur sens en période de troubles à l'ordre public tels que des actes terroristes de moyenne fréquence. On peut interpréter ainsi le fait que le législateur avait choisi de prendre les devants en 2001 en limitant ces modifications « aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme » (et des infractions en matière d'armes, d'explosifs et de stupéfiants), et en ne les autorisant que sous le contrôle effectif et préalable du Parquet.

Des fouilles ou visites de véhicules considérablement élargies

L'impact du 11 septembre sur les palpations de sécurité et les fouilles (ou « visites ») de véhicule fut autrement plus important. Autrement plus significatif aussi, comparé à l'encadrement traditionnel des fouilles dont la célèbre décision constitutionnelle du 12 janvier 1977 donne la teneur : le Conseil y avait sanctionné au motif qu'elle était générale et imprécise l'intégralité d'une loi autorisant les services de police à procéder à des fouilles de véhicules en présence du conducteur, ladite loi ayant pour seule exigence que le véhicule se trouvât sur une voie ouverte à la circulation publique « sans qu'il soit nécessaire qu'une infraction ait été commise ou qu'il y ait eu menace d'atteinte à l'ordre public » et sans qu'une telle mesure ne soit subordonnée « au contrôle de l'autorité judiciaire ». On pouvait légitimement inférer de la confirmation apportée par la décision *Vidéo-surveillance* de 1995 que les officiers de police judiciaire ne peuvent inspecter l'intégralité du véhicule (notamment le coffre et l'ensemble de l'habitacle) et ne peuvent procéder à des fouilles que sur commission rogatoire après ouverture d'une instruction, ou de leur propre chef en cas de flagrance.

La LSQ et la LSI ont donc opéré une transformation importante en autorisant les visites de véhicules en arrêt ou en situation dans des conditions identiques à celles des contrôles d'identité. Consacrer l'initiative policière dès le stade de l'enquête préliminaire, comme le fit la LSQ, a du reste transformé le sens même de la police judiciaire. Elle a de plus élargi les fouilles à l'intégralité du véhicule au nom de ce qu'un coffre de voiture ne saurait constituer un domicile et de ce qu'elles auraient lieu sur décision du Procureur de la République ou avec l'accord du propriétaire⁴⁸. Il y a tout lieu de penser que le contrôle préalable et effectif de l'autorité judiciaire durant la procédure n'aurait pas été suffisant pour le Conseil constitutionnel⁴⁹. Le fait que les palpations de sécurité ont été subordonnées à un agrément préalable par le Préfet des personnels qui les effectuent, et autorisées, par avance, de manière générale et en tout lieu « en cas de menace grave pour la sécurité publique » dès l'instant où le consentement exprès de la personne qui en est l'objet est acquis, a renforcé le sentiment de rupture avec notre tradition juridique. Quoique l'on ne connaisse pas encore l'appréciation des juges à l'égard des « menaces » à l'ordre public, ces nouvelles dispositions devraient considérablement élargir les contrôles. Leur porté est considérable puisque là encore, le fait qu'elles révèlent d'autres infractions que celles visées dans les réquisitions du Procureur de la République ne cause pas la nullité des procédures incidentes. La LSI a pourtant pérennisé

⁴⁵ V. Cons. const., décis. n° 93-323 DC

⁴⁶ Cons. const., décis. n° 80-127 DC, consid. n° 58

⁴⁷ Dans plusieurs zones internationales, l'administration n'a plus à faire état de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public qui motive le contrôle, V. par ex. Cass. Civ 2^{ème}, 23 mai 2001, n° 1061, *Préfet de police c/ Jaime Ranchez* (en l'espère, Gare Saint-Lazare, Paris)

⁴⁸ Dans sa jurisprudence de janvier 1977, le Conseil constitutionnel avait refusé de l'étendre à la fouille du véhicule dans son entier. La Cour de cassation interdit elle aussi aux OPJ d'imposer l'ouverture du coffre

⁴⁹ Cons. const. décis. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995

cette disposition sans que le Conseil constitutionnel n'émette de réserve d'interprétation⁵⁰. Tout en confortant l'encadrement judiciaire certes⁵¹, elle a même élargi son périmètre à la recherche des auteurs d'infractions à la législation sur les armes, des trafiquants de stupéfiants et des auteurs de vol et de recel.

Des visites domiciliaires perquisitions et saisies plus faciles

Les visites domiciliaires permettent de trouver une preuve au domicile d'un particulier. Elles restreignent pour cela le principe à valeur constitutionnel de l'inviolabilité du domicile et le droit de propriété sur les pièces saisies, mais respectent des garanties comme le contrôle effectif du juge judiciaire sur sa nécessité⁵². Plusieurs pays acceptent des dérogations en cas d'infractions terroristes, ainsi l'Espagne qui autorise des perquisitions hors flagrant délit et sans mandat judiciaire, le Portugal qui les autorise de nuit, les Etats-Unis qui permettent de décaler la présentation du mandat dans certains cas. En France, la loi du 22 juillet 1996 avait déjà permis ces visites, perquisitions et saisies d'une façon doublement dérogatoire au droit commun : l'assentiment de la personne concernée n'était plus nécessairement requis, et certaines perquisitions de nuit étaient autorisées⁵³. Bien que le Conseil constitutionnel eût fortement contrôlé ces premières mesures⁵⁴, les attentats du RER Port-Royal de Paris conduisirent à les renforcer par des amendements à la loi du 30 décembre 1996 dont, cette fois, le Conseil constitutionnel ne fut pas saisi : elles permirent les perquisitions de nuit dès la phase d'instruction (à l'exclusion de l'enquête préliminaire), le recours à la détention provisoire, et des facilités de perquisition dans le cadre d'enquêtes de flagrance et, sous certaines conditions, par ordonnance du juge d'instruction motivée en fait et en droit et communiquée au Parquet pour les crimes terroristes punis d'au moins dix ans d'emprisonnement.

Suite au 11 septembre, le législateur est allé plus loin encore. Outre les saisies conservatoires, il a élargi les conditions entourant les perquisitions et saisies sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu, ainsi que les perquisitions de nuit. Il est désormais possible d'effectuer des perquisitions, visites domiciliaires et saisies sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu, au cours d'opérations auxquelles des agents de sécurité privés peuvent être associés, et ce aux seules conditions d'une requête du Procureur de la République et de l'accord du juge de la liberté et de la détention du TGI (à peine de nullité)⁵⁵. Ces perquisitions sont du reste possibles dans le cadre d'une enquête en flagrance, où la police a de larges pouvoirs dès l'ouverture de l'enquête : certes limitée (à peine de nullité) à la recherche et la constatation des infractions de nature terroriste, les perquisitions sont désormais possibles dès l'enquête préliminaire sans le consentement de la personne intéressée, dans la mesure où l'autorisation de procéder aux dites opérations émane de l'autorité judiciaire et où le déroulement des mesures autorisées est assorti de certaines

⁵⁰ Cons. const. déc. n° 2003-467 DC du 19 mars 2003

⁵¹ Mais le Conseil ne subordonne pas cette activité de police judiciaire à une autorisation expresse émanant de l'autorité judiciaire ainsi que sa décision n° 94-352 précitée aurait pu conduire à le penser

⁵² V. les décisions du Cons. const., n° 90-281 DC du 27 décembre 1990 et n° 90-286 DC du 28 décembre 1990

⁵³ Le législateur avait dérogé à deux reprises à ce principe pour lutter contre le proxénétisme et contre le trafic de stupéfiant mais les lois en question concernaient les cas de flagrance et ne furent pas soumises à saisine

⁵⁴ Le conseil a estimé que « l'intervention d'un juge d'instruction ne privait pas l'atteinte individuelle d'être excessive et disproportionnée » car, contrairement au cas de flagrance, elle n'était pas limitée dans le temps et la loi demeurait imprécise quant aux compétences exactes du juge d'instruction

⁵⁵ De nombreuses garanties sont certes maintenues : le président du TGI (ou son délégué le magistrat du siège) sont seuls compétents pour les autoriser ; une décision écrite et motivée doit préciser la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux concernés, les éléments de fait justifiant la nécessité des opérations ; ces opérations doivent être placées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées...

garanties procédurales⁵⁶. D'autre part, le juge des libertés et de la détention peut autoriser les perquisitions entre 21 heures et 6 heures si elles ne se situent pas dans des locaux d'habitation, et hors de ces mêmes heures, si l'enquête en flagrance le nécessite.

L'ouverture de contrôles immatériels

Outre ces contrôles, visibles bien qu'éventuellement in *absentia*, le législateur s'est orienté vers des contrôles plus indolores dans le domaine plus « immatériel » des données personnelles et des NTIC⁵⁷. Ces amendements introduits dans la LSQ reprennent trois articles du projet de loi sur la Société de l'information de juin 2001. Ils constituent la nouveauté majeure des mesures françaises post 11 septembre. Le législateur entrait ici dans un terrain miné tant les libertés individuelles concernées sont sensibles et le cadre législatif lacunaire.

Certaines dispositions posent des difficultés mineures, ainsi l'article 28 al. 1 LSQ relatif aux données personnelles à caractère judiciaire. La CNIL s'y était opposée car il permet d'effectuer des « enquêtes administratives destinées à vérifier que les comportements des candidats ne sont pas incompatibles avec l'exercice des fonctions ou des missions envisagées », qu'il s'agisse de « l'exercice de missions de sécurité ou de défense, l'accès à des zones protégées en raison de l'activité qui s'y exerce, ou l'utilisation de matériels et de produits présentant un caractère dangereux ». Que l'article 28 al. 2 précise que la liste de telles enquêtes sera fixée par décret en Conseil d'Etat est certes loin d'avoir levé tous les doutes⁵⁸ : ces enquêtes dépassent le cas du terrorisme (visant « la protection de la sécurité des personnes » et « la défense des intérêts fondamentaux de la nation »). Et il est difficile de savoir précisément qui sera habilité à les effectuer (l'article 28 réfère à des « agents habilités de la police et de la gendarmerie nationale »). A l'avenir, le contrôle de recrutement dans les zones aéroportuaire sera amélioré grâce à l'utilisation systématique du Système de Traitement des Infractions Constatées dont la CNIL a pourtant rappelé que les données n'étaient souvent pas exactes ni effacées au bout des cinq ans légaux⁵⁹. Les dérives médiatisées du mois d'août 2004 l'illustrent. Mais le principe est louable, et le point marginal.

Les difficultés portent essentiellement sur les fichiers informatiques et les connexions internet. Quant aux premiers, des exceptions à la prohibition de leur détention par décret en Conseil d'Etat et sur proposition ou avis conforme de la CNIL avaient déjà été prévues. Divers décrets avaient donné la possibilité aux Renseignements Généraux de collecter, conserver et traiter des fichiers informatisés contenant les informations nominatives relatives à des personnes susceptibles « en raison de leur activité individuelle ou collective, de porter atteinte à la sécurité de l'Etat ou à la sécurité publique, par le recours ou le soutien apporté à la violence ainsi que des personnes entretenant ou ayant entretenu des relations directes et non fortuites avec celles-ci »⁶⁰. Ce champ d'application très large fut précisé dans les perspectives du rapport Braibant⁶¹, et un contrôle *a posteriori* confié à la CNIL ainsi que le Conseil d'Etat

⁵⁶ Cette opération ne peut, à peine de nullité, avoir un autre objet de recherche. Le Conseil précise qu'une fois l'autorisation donnée, l'opération doit avoir lieu « sans délai », et il considère que « les nécessités de l'enquête » ne permettent les opérations nocturnes que si elles n'ont pu « être réalisées qu'entre 21 heures et 6 heures »

⁵⁷ Elle ne fut pas la seule, ainsi la loi belge « concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête » du 6 janvier 2003 ; le décret de loi italien du 18 octobre 2001, n° 374 puis la loi du 15 décembre 2001, n° 438 ; le *Telekommunikations-Überwachungsverordnung* allemand (qui est un décret) du 22 janvier 2002, BGBI I, p. 458 ; le *Anti-terrorism, crime and security Act* anglais de 2001, etc.

⁵⁸ Le décret n° 2002-329 du 8 mars 2002 « relatif à l'habilitation et à l'agrément des agents d'entreprises de surveillance et de gardiennage pouvant procéder aux palpations de sécurité » et tendant à préciser les modalités d'application de l'article 27 (relatif aux fouilles autorisées en cas de circonstances particulières) donne quelques indications sur les professions qui donnent lieu à enquête

⁵⁹ De la CNIL, V. le *Rapport d'activité 2001*, l'Avis du 3 décembre 1998, et le communiqué du 13 août 2004

⁶⁰ Cass. soc. 2 octobre 2001, Bull. V, n° 291, p. 233

⁶¹ Rapport au Premier ministre sur les « Données personnelles et la société de l'information », 3 mars 1998

l'avait explicitement souhaité dans son rapport *Internet et les Réseaux Numériques*. Tout en préconisant d'élargir l'accès aux données intéressant la sûreté de l'Etat, la défense nationale et la sécurité publique, la CNIL continuait de souhaiter voir certaines dérogations plus strictement encadrées⁶². Or la LSQ a étendu l'esprit de ces textes en élargissant en particulier le domaine de la FNAEG « aux crimes constituant des actes de terrorisme ». Dans sa décision du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel a émis plusieurs réserves sur les consultations⁶³, mais autorisé une extension plus grande encore de ces fichiers.

Le cas des données de connexion internet est autrement problématique en termes de droit même si la pratique des fournisseurs d'accès semble assez souple. Parce que les réseaux terroristes utilisent les réseaux de communication pour échanger des informations, et parce que les enquêtes supposent que puissent être exploitées les données enregistrées par les opérateurs, la France se devait effectivement de clarifier son cadre législatif. Le législateur a maintenu le principe selon lequel « les opérateurs de télécommunication (...) sont tenus d'effacer ou de rendre anonyme toute donnée relative à une communication dès que celle-ci est achevée » (art. 29 LSQ). Il l'a assorti de sanctions lourdes pour les contrevenants, mais a ouvert des dérogations qui obligent à conserver certaines données « pour les besoins de la recherche, de la constatation, et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations ». Suivant en cela les recommandations du rapport *Internet et les réseaux numériques*, le législateur a choisi que sous réserve d'expertise, la durée de conservation des données n'excède pas un an⁶⁴. On a pu d'autant plus s'interroger sur l'opportunité de cette disposition⁶⁵ qu'elle ajoutait deux autres causes de conservation des données de connexion sans rapport avec l'objectif initial de lutte contre le terrorisme, ce dernier ayant d'ailleurs déjà été élargi à la recherche de toutes les infractions pénales. Uniquement destinées aux opérateurs, elles satisfont aux « besoins de la facturation (...) jusqu'à la fin de la période au cours de laquelle [la facture] peut être légalement contestée ou des poursuites engagées pour en obtenir paiement », ainsi qu'au « traitement de ces données en vue de commercialiser leurs propres services de télécommunications » à la condition d'un consentement exprès de l'internaute.

L'effet d'entraînement

Nul doute que ces restrictions évolueraient si les actes terroristes devaient se renouveler. Après tout, la France est loin d'avoir le plus restreint les libertés en ce domaine. De telles restrictions seraient confortées par un double mouvement d'entraînement.

⁶² V. Avis du 26 septembre 2000 relatif à la directive communautaire 94/46/CE du 24 octobre 1995

⁶³ V. en part. les paragraphes 26, 34, 35 et 38. Sur la protection et la conservation de telles données personnelles, V. E. Tois, « Internet et libertés, quelques repères », *Rapport de la Cour de Cassation 2001*, en part. p. 225-238

⁶⁴ V. l'Avis du 2 mai 2001 de l'Autorité de Régulation des Télécommunications, et l'avis 3 mai 2001 de la CNIL que le projet de LSI avait amenée à se prononcer sur la conservation de l'ensemble des données techniques de communication ou de connexion à des fins de facturation, mais également de police, par des opérateurs de communication et par les fournisseurs d'accès à internet

⁶⁵ La disposition s'aligne en effet sur l'article 9§2 de la Convention STE du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ; l'article 14 de la directive du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications ; ou encore l'article 13 de la directive du 24 octobre 1995. En France, des lois de 1991 et 2000 permettaient d'avoir largement accès aux données de connexion pour les besoins de l'enquête. Selon l'Association Française des Fournisseurs d'Accès à Internet, environ 500 réquisitions auraient été ordonnées mensuellement en l'an 2000 avec une durée moyenne de trois mois

Un mouvement européen qui a envisagé, voire déjà toléré de fortes restrictions aux libertés en réponse au terrorisme. L'exemple le plus médiatisé fut l'accord conclu le 28 mai 2004 entre l'Union européenne (Commission) et les Etats-Unis qui autorise, sous réserve d'une action du Parlement devant la CJCE, un transfert systématique de données personnelles des passagers aériens vers les Etats-Unis. Les négociateurs européens ont certes obtenu des garanties portant sur le nombre de données transmissibles, les autorités pouvant les exploiter, les conditions d'utilisation de ces données, ou encore leur durée de stockage. Les mesures ont en outre été limitées au « but unique de prévenir et de combattre le terrorisme et les crimes liés au terrorisme, d'autres crimes graves, y compris la criminalité organisée, qui par nature revêtent un caractère transnational, et la fuite en cas de mandat d'arrêt ou de mise en détention pour l'un des crimes susmentionnés ». Elles doivent du reste s'intégrer dans un nouveau système préventif de contrôle des passagers assisté par ordinateur (CAPPSII), dont on n'a pas assez souligné le bénéfice en terme de sécurité et le fait qu'il assurera un contrôle beaucoup plus fin que celui actuellement effectué. Il n'en reste pas moins qu'elles ont pris le contre-pied, sans garanties suffisantes, de la législation européenne traditionnelle, soucieuse de protection de ce type d'informations⁶⁶.

Le Conseil européen a envisagé d'autres mesures portant sur la conservation par les fournisseurs de services des données relatives au trafic des communications, l'échange d'informations sur les condamnations pour infractions terroristes, les poursuites transfrontalières, un registre européen recensant les condamnations et les interdictions, l'établissement d'une base de données sur le matériel destiné aux analyses de police scientifique, la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres...

Ces restrictions aux libertés participent surtout de restrictions plus générales, au-delà du strict cas de terrorisme. Un souffle législatif « restrictif » les a animées, et avoir modifié les libertés du fait du terrorisme les a rendues plus modifiables. Nombres d'évolutions suscitées après 2001 auraient été impensables quinze ans auparavant. Ainsi, alors que le texte issu de la LSQ cantonnait les fouilles de véhicule à la poursuite des actes terroristes et des infractions à la législation des armes et des trafics de stupéfiants, la LSI les a étendues aux infractions de vol (311-3 à 311-11 CP) et de recel (art. 321-1 et 2 du CP). Or quand bien même le Conseil constitutionnel a estimé que « la liste des infractions » n'est pas « manifestation excessive au regard de l'intérêt public qui s'attache à la recherche des auteurs de ces infractions »⁶⁷, cette dernière extension modifie la nature même de ces fouilles car elle substitue à un outil de contrôle de la sécurité publique qui vise les infractions les plus graves, un outil de contrôle de la sécurité des biens, ce qui est sensiblement différent.

On observe un effet d'entraînement similaire pour les contrôles immatériels : ainsi l'article 18 LSI élargit l'obligation de communication en matière de NTIC en instituant ou modifiant pas moins de quatre systèmes de fichage, quitte dans le cas des fichiers automatisés d'informations nominatives (articles 21) et d'empreintes génétiques (article 29) à en transformer le sens même. Le fichier d'empreintes génétiques a ainsi évolué d'un outil de contrôle post-condamnation - à l'image de la logique qui anime le casier judiciaire et dont la nécessaire « condamnation » réduisait les risques d'arbitraires, à un véritable outil de police des « suspects ».

⁶⁶ V. St. R. Salbu, « The European Union Data Privacy Directive and International Relations », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2002, vol. 35, p. 655-694

⁶⁷ Cons. const. décis. n° 2003-467 DC du 19 mars 2003, consid. 12

Mises en place de « profils » de personnes suspectées de terrorisme, transmission de données personnelles, intensification du contrôle des communications, application restrictive de la législation sur la résidence des étrangers, moyens de lutte contre le financement du terrorisme..., les mesures adoptées à l'échelle internationale pour lutter contre le terrorisme international dérogent à nombre de droits traditionnellement garantis. Les quelques éléments précédemment évoqués, qu'il faudrait compléter par une analyse judiciaire et administrative, permettent de saisir combien en France les mesures postérieures au 11 septembre, si elles prolongent la matrice de 1986, ont restreint les libertés d'une manière spécifique, non homologique ni avec les restrictions opérées en 1986 ni avec les autres stratégies législatives européennes. Certaines restrictions constituent de véritables ruptures dans l'histoire de la liberté en question alors qu'elles ont peu d'incidence pratique ou de visibilité, d'autres ont en revanche une grande visibilité sociale alors qu'elles ne font qu'adapter une logique déjà largement enclenchée. Ensemble, elles dessinent la réponse française au 11 septembre. Les innovations qu'elles sanctionnent conduisent à s'interroger sur notre réaction future en cas de nouvelles attaques terroristes.

LA SPECIFICITE DES LEGISLATIONS TERRORISTES

Que les nouvelles peurs et le nouveau paradigme de la justice dans lequel les mesures antiterroristes se sont inscrites aient renforcé la sécurité au détriment des libertés traditionnellement garanties est un fait qui dépasse le cas de la France⁶⁸. Le véritable sujet d'inquiétude provient de ce que trois ans après le 11 septembre, alors que le terrorisme s'est installé d'une façon durablement offensive, nous ne savons toujours pas avec quels arguments nous devrions défendre les libertés si des actes terroristes rendaient inopérants nos instruments de lutte et appelaient à modifier une nouvelle fois le paysage des libertés (règles de fond, délais, modalité d'intervention des juges...).

Par le passé, la protestation contre la constitutionnalité de la Loi sur la sécurité quotidienne fut mal menée. Bien que l'on ne puisse bien sûr préjuger du sort éventuel de cette dernière devant la Cour européenne des droits de l'homme, le combat était de toutes les façons d'arrière-garde : la loi, promulguée par le Président de la République, gardien politique de la Constitution au terme de son article 5, est incontestable devant nos tribunaux. Surtout, s'il s'était trouvé une autorité pour la déférer au Conseil constitutionnel, le fait que ces dispositions aient été adoptées de façon provisoire aurait très probablement emporté à soi seul la constitutionnalité de la loi. Ce fut par exemple le cas en Italie pour les trois lois adoptées en réponse au 11 septembre.

Or si des actes d'une telle ampleur devaient se produire à nouveau, qui doute de voir réapparaître l'antinomie entre des sécuritaires, négligeant trop le respect des libertés publiques sans en tirer les conséquences dans la durée, et des libéraux, oubliant trop l'inconséquence de l'inaction et la nécessité de transformer notre état de droit ? La défense absolue de la primauté de la sécurité (sécurité, première des libertés) ou du maintien en l'état des libertés (la sécurité ne vaut que pour garantir les libertés) suffit moins que jamais. Mais s'il faut substituer à l'antinomie de la sécurité et de la liberté, selon les termes stratégiques de Philip B. Heymann,

⁶⁸ V. l'analyse proposée pour la France par Thierry Pech, « Justice : mutations et bégaiements », *Esprit*, mars 2004, p. 279-284. Le mouvement est plus général, ainsi pour l'Allemagne, V. Olivier Lepsius, « The Relationship Between Security and Civil Liberties in the Federal Republic of Germany After September 11 », *American Institute for Contemporary German Studies*, John Hopkins, 2002

la conjugaison des principes d'efficacité, de réconfort et de libertés, ou en termes juridiques, la conjugaison des soucis de sécurité, de libertés et d'ordre public, cette substitution reste difficile à opérer dans la mesure où le souci de réconfort et d'ordre public sur lequel doit aussi reposer la construction d'une doctrine durable des libertés à l'heure du terrorisme international rencontre deux difficultés majeures⁶⁹.

La tendance sécuritaire

Il faut gager qu'en matière de terrorisme international, le pire est à peu près sûr et que sa créativité nous conduira à faire face techniquement et politiquement à l'imprévisible. Les législateurs devront répondre dans l'urgence mais durablement à des débats complexes, que les temps calmes n'auront parfois pas permis de trancher. Ce fut le cas en 2001 avec le projet de Loi sur la Société de l'Information. La première difficulté tient au climat sécuritaire dans lequel le législateur devra opérer⁷⁰.

Les opinions publiques commencent toujours par approuver les mesures de sécurité, et l'expérience montre que le législateur s'y engage assez naturellement : ainsi en France, en 1986⁷¹, en 1996 à propos de l'immigration et en 2001 lors de la LSQ. Enfin, tout comme les attentats de 1986 avaient conduit le Garde des Sceaux Albin Chalendon à évoquer le rétablissement de la peine de mort « si le terrorisme devait continuer à s'étendre », les attentats de Madrid ont conduit à une proposition de loi rétablissant la peine de mort pour les terroristes, proposition qu'un article du *Figaro* révéla rapidement être l'occasion d'un officieux rétablissement général de la peine de mort⁷².

Ce réflexe sécuritaire dépasse le cas de la France. Aux Etats-Unis bien sûr, il a conduit à une profusion de mesures réglementaires et aux deux grands textes législatifs votés après le 11 septembre - le *Patriot Act* et le *Homeland Security Act*, qui ont massivement restreint les libertés individuelles⁷³. Les pays de l'Union Européenne ne furent pas en reste, notamment en Allemagne où le raidissement sécuritaire accéléra la fin d'un principe bien établi : le privilège religieux⁷⁴, et surtout en Grande-Bretagne. L'*Antiterrorism, Crime and Security Act* de fin 2001 y avait déjà fourni aux services de sécurité des moyens coercitifs hors normes tels que la détention illimitée et sans jugement de ressortissants étrangers soupçonnés de constituer une menace pour la sécurité nationale. Dès avant les attentats de Madrid, le ministre de l'Intérieur David Blunkett suggéra pourtant de redoubler la force de ce dispositif d'exception : dans le

⁶⁹ V. l'étude de Statewatch, « Scoreboard on post-madrid counterterrorism plans », réalisée à partir du Plan d'Action sur le Terrorisme de la Commission Européenne (MEMO/04/66, 18 mars 2004), et de la Déclaration sur la Lutte contre le Terrorisme (7468/4/04 REV 4, 22 mars 2004) [<http://www.statewatch.org/news/2004/mar/swscoreboard.pdf>]. Sur les 57 propositions avancées, la moitié est jugée inefficace et illégitime, dont une partie est en réalité « réconfortante »

⁷⁰ Alan Brinkley a bien analysé la logique du réflexe sécuritaire américain en situation d'urgence (emergency) dans « A Familiar Story : Lessons from Past Assaults on Freedoms », in Richard C. Leone and Greg Anrig Jr. (éd.), *The War on our freedoms*, New York, A Century Foundation Book/ PublicAffairs, 2003. David Cole a montré son effet quasi systématique sur le statut des étrangers, in « The New MacCarthyism, Repeating History in the War on Terrorism », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 38, n°1, Winter 2003, p. 1-30

⁷¹ V. l'analyse menée à chaud par Didier Bigo et Daniel Hermant, « Dissuader le terrorisme ? », *Esprit*, n° 120, nov. 1986, et en part. les remarques sur les *peurs par procuration* des provinciaux et les *peurs par identification* parisiennes

⁷² Entretien à *Ouest France* du 3 octobre 1986 ; proposition de loi n° 1521 du 8 avril 2004 tendant à rétablir la peine de mort pour les auteurs d'actes de terrorisme ; entretien au *Figaro* de M. Jacques Myard, 25 mai 2004

⁷³ Une note très intéressante de la *Harvard Law Review* permet d'affiner ce point en analysant, à l'aide du cas américain, les déterminants de la matérialisation de la nécessité sécuritaire en un type particulier de réponse, in « Responding to terrorism : Crime, punishment and War », fév. 2002, vol. 115, n° 4, p. 1217-1238

⁷⁴ Sur la modification de la loi relative aux associations, 4 décembre 2001, BGBl. 2001, p. 3319, V. l'étude de sa constitutionnalité par L. Michael, « Verbote von Religionsgemeinschaften », *Juriztenzeitung*, 2002, p. 482-491

Livre blanc du 25 février 2004, il annonça pêle-mêle la nécessité de rendre les écoutes téléphoniques recevables par la justice à titre de preuve, la possibilité de juger des terroristes présumés par certains magistrats dans des procès à huis clos, la réapparition de l'« incitation à la haine religieuse », quoique les députés eussent refusé d'en faire un délit en 2001, l'instauration d'un plaider coupable pour les terroristes.

Dans ce climat, des questions que l'on espérait réglées ont été exhumées, ainsi le recours à la torture⁷⁵ dans le cas classique du *ticking bomb terrorist* dont on est certain que des mesures extrêmes le contraindraient à livrer des informations vitales. Alan Dershowitz, qui a pu le préconiser, multiplie certes les garanties : l'assentiment à la torture non létale telle qu'une aiguille stérilisée sous l'ongle devrait être donné publiquement, avec l'accord du Président des Etats-Unis ou d'un membre de la Cour suprême et conditionné à d'importantes évidences factuelles. Il n'en assume pas moins ouvertement les avantages de violer les accords de Genève de façon contrôlée et publiquement - et non secrètement comme le fit la France en Algérie - au nom de ce que cette réaction préventive permettrait d'éviter de contrevenir ultimement à des prohibitions absolues - comme ce fut le cas à Dresde et au Vietnam. Il s'agit pourtant là de l'une des prohibitions les plus fondamentales du droit international, quasi-norme de *jus cogens* : valide en temps de paix comme de guerre, elle a pour seuls équivalents l'attaque de civils innocents en temps de guerre ou, justement, le terrorisme. Au-delà de la seule doctrine, dans une décision du 11 août 2004, la *Court of Appeal* de Londres, en déboutant de leur demande de libération dix étrangers présumés terroristes, a cautionné à la surprise générale l'utilisation devant les tribunaux anglais de preuves obtenues à la suite de torture « si la Grande Bretagne n'a pas initié la torture ni n'a été complice »⁷⁶.

Or, qu'il ait ou non atteint cet extrême, on s'est trompé en faisant de ce réflexe sécuritaire l'objet de la critique. Car il devrait en être le point de départ : au-delà de son opportunité politique éventuelle pour l'exécutif en place, la demande collective non de sécurité mais d'un sentiment de sécurité exige un excès de sécurité. Parmi les analyses convaincantes, Cass R. Sunstein a pu défendre l'idée d'une « Probability Neglect »⁷⁷ et Jeffrey Rosen actualiser utilement certaines remarques de Le Bon sur la « foule organisée »⁷⁸. Il faut s'attendre à des peurs et à une surenchère sécuritaire due, accrue, rénovée par la médiatisation du terrorisme : telle est la constante la plus pernicieuse de l'antiterrorisme. Être efficace et donner le sentiment de l'être face à une peur en partie irrationnelle, sécuriser *et* rassurer, tel est le point zéro de toute réponse acceptable.

⁷⁵ Suite à la capture d'un des chefs d'*Al Qaïda*, Khalid Shaikh Mohammed, la question était de savoir s'il révélerait des informations sur le réseau terroriste, V. les arguments de *Why terrorism works*, précité et le débat sur CNN entre A. Dershowitz et K. Roth, directeur exécutif d'*Human Right Watch*, sur <http://edition.cnn.com/2003/LAW/03/03/cnna.dershowitz>

⁷⁶ V. la juste protestation de la branche anglaise d'Amnesty, « UK Court of Appeal gives green lights to Torture », 11 août 2004, accessible sur www.amnesty.org.uk/deliver/document/15545.html.

⁷⁷ Son analyse porte en l'espèce sur la perception du risque dans la réassurance terrorisme, V. Cass R. Sunstein, « Probability Neglect : Emotions, Worst Cases, and Law », *Yale Law Journal*, 2002, vol. 112, p. 61-63. Il la développe de manière plus générale dans sa passionnante discussion de *The Perception of Risk* de Paul Slovic (London, 2000 qui traite des cas classiques de la différence entre les perceptions « technocratiques » et « populistes ») in « The Law of fear », *Harvard Law Journal*, 2002, vol. 115, n° 4, p. 1111-1168. Sur les surestimations de crise dans ce domaine, V. aussi Jeffrey Manns, « Insuring against Terror ? », *Yale Law Journal*, 2003, vol. 112, n° 8, p. 2509-2551

⁷⁸ V. Le Prologue à *The Naked Crowd*, New York, Random House, 2004

La pérennisation

Ce climat sécuritaire explique l'anesthésie de groupes libéraux tels que l'*American Civil Liberty Union* dans les semaines immédiatement postérieures au 11 septembre, en contraste flagrant avec la forte mobilisation autour du *racial profiling* dans les semaines qui ont précédé les attentats. Cette anesthésie est d'autant plus dommageable que, seconde difficulté, les législations sécuritaires qui sont stratégiquement présentées comme provisoires sont presque toujours pérennisées.

Bien que les unions nationales se lassent des mesures exceptionnelles dès lors que la peur d'attentats ne tараude plus le quotidien des Etats,⁷⁹ les stratégies antiterroristes mises en œuvre suite au 11 septembre ont presque toutes été prolongées au-delà des délais d'application prévus. Et certes, face à ce type de risques jamais annulés, à l'heure d'un principe de précaution multiforme, on comprend le risque politique qu'il y a à abroger les mesures prises. Les expertises solides manquent et la prorogation, voire la pérennisation, présente l'avantage politique d'étendre les périmètres d'application de ces mesures à d'autres fins : on l'a vu en Grande Bretagne depuis longtemps, mais aussi aux Etats-Unis avec l'utilisation du *Patriot Act* pour instruire et juger une large variété de crimes et délits plus ordinaires, notamment des vols ou escroqueries⁸⁰ ou encore en France avec la criminalité organisée.

Or face à ces mesures provisoires, prises dans un climat sécuritaire qui suscite les dérives et dont l'expérience montre qu'elles sont largement pérennisées, les concepts essentiels sur lesquels s'appuyer pour défendre les libertés en période terroriste s'appliquent mal. Au cœur de la Loi sur la sécurité quotidienne, les concepts tels que l'adoption de mesures « équilibrées » ou encore respectueuses de la vie privée doivent être travaillées plus avant

Vers un équilibre complexe

Le fameux principe d'« équilibre » entre sécurité et liberté demeure le cheval de bataille progressiste par excellence. Or la prise en compte du second principe d'Heymann (le réconfort) rend singulièrement plus complexe la défense d'un principe d'« équilibre » en période de terrorisme international.

Aux Etats-Unis par exemple, revendiquer des mesures « équilibrées » après le 11 septembre a souvent consisté à revendiquer des mesures légales. La lutte contre la dégradation du traitement de certains étrangers ou Américains d'origine étrangère après le 11 septembre a ainsi essentiellement consisté à condamner le fait qu'au-delà du seul principe d'égalité⁸¹, ces mesures violaient la tradition juridique américaine (autant qu'elle s'inscrivait d'ailleurs dans

⁷⁹ V. par ex. les sondages de l'Institut Gallup sur l'érosion progressive du soutien populaire aux Etats-Unis en 2001-2002, V. www.ipsos.fr/Canallqsos/articles/1005.asp

⁸⁰ Eric Lichtbau, « US Let Terror Law to Pursue Crimes for From Drugs to Swindling », *NYT*, 28 septembre 2003

⁸¹ V. en part. l'affaire *Zadvydas*, rendue par la Cour suprême avant les attentats de 2001 et concernant la durée de la détention non légale des étrangers, dans laquelle le juge Breyer avait conclu à l'application de la clause du « due process of law » pour toute personne se trouvant aux Etats-Unis, y compris les étrangers, que leur présence soit légale ou illégale, temporaire ou permanente. Or après le 11 septembre, l'Attorney General, a autorisé la détention non pénale des étrangers sans limitation de durée

une tradition tout aussi avérée de réponse liberticide à l'urgence⁸²). La protestation fut efficace puisque si le gouvernement a maintenu les principales mesures de *racial profiling* adoptées après le 11 septembre⁸³, il a abandonné dès fin décembre 2003 certaines mesures spéciales visant les étrangers originaires du Proche-Orient, et engagé un programme alternatif de contrôle des visiteurs à leur arrivée sur le territoire américain. Il ne suffisait pourtant pas de condamner l'illégalité des mesures.

Le fait qu'elles soient éventuellement légales ne permet pas en effet de considérer ces mesures « équilibrées » puisqu'elles n'apportent pas le moindre risque pour un Américain d'être qualifié d'« ennemi combattant » ou détenu *incommunicado* dès lors qu'il n'est ni musulman ni n'entretient de liens avec des musulmans. Le juriste américain Dworkin le notait parfaitement⁸⁴ : l'équilibre renvoie à autre chose qu'à l'efficacité ou la légalité, il intègre une certaine conception du lien social et de l'ordre public. Ce sont là des éléments essentiels du principe de « réconfort » face au terrorisme. Sous des formes différentes, cette question s'est posée à l'Europe dès la session extraordinaire du 20 Septembre 2001 du Conseil Justice Affaires Intérieures⁸⁵, en Angleterre (*Antiterrorism, Crime and Security Act*⁸⁶), au Danemark (*Loi d'extradition*), en Allemagne (*Gesetz zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus*), ou encore en Suède et en Grèce⁸⁷. La France n'y échappe pas.

Dans sa lutte contre le terrorisme international, la France fut globalement respectueuse des droits des étrangers et Français d'origine étrangère. Le Conseil constitutionnel décida ainsi dans sa décision 377 DC de 1996 que l'inclusion de « l'aide à l'entrée, à la circulation, au séjour irréguliers d'un étranger » dans les « actes de terrorisme » prévus en 1986 imposait une restriction disproportionnée aux droits fondamentaux. Et après le 11 septembre, les législations adoptées n'ont altérées spécifiquement ni l'extradition ni l'asile ni la nationalité. Le statut de l'extradition fut bien sûr revisité dans le cadre européen, mais la modification et la rationalisation des procédures françaises (Convention d'extradition de 1957, divers traités bilatéraux, et loi du 10 mars 1927) ne résulta pas spécifiquement du 11 septembre. Quant au droit d'asile et au droit des étrangers, les réformes internes ne résultent pas non plus spécifiquement du 11 septembre car le droit des étrangers procurait déjà la possibilité de restreindre l'entrée et d'« abroger » un permis de résidence pour un étranger suspecté de représenter une menace à la sécurité nationale ou à l'ordre public⁸⁸.

⁸² David Cole, « The New Maccarthysm, Repeating History in the War on Terrorism », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 38/1, hiver 2003, p. 1-30, not. pour des exemples depuis l'*Enemy Alien Act* de 1798

⁸³ V. l'analyse de Ch. Edley, Jr., ancien conseiller spécial de Clinton à la Maison blanche et codirecteur du Civil Rights Project de Harvard, « The New American Dilemma : Racial Profiling Post-9/11 » in *The War on our Freedoms, Op. Cit*

⁸⁴ V. les trois textes parus à la *New York Review of Books*, « The Threat to patriotism », 28 fév. 2002, « Trouble with tribunals », 25 avr. 2002, et surtout « Terror and the Attack on civil liberties », 6 nov. 2003

⁸⁵ Document de travail de la Commission, « Relationship between the safeguarding of international security and compliance with international protection obligations and instruments », COM (2001), 5 déc. 2001

⁸⁶ V. les avis convergents de la Commission parlementaire sur les droits de l'homme qui a fustigé « les pouvoirs donnés à la police dans le cadre des lois antiterroristes qui sont utilisés d'une manière disproportionnée contre les membres de la communauté musulmane au Royaume-Uni » (juillet 2004), et du *Committee of Privy Counsellors* chargé de contrôler cette loi (décembre 2003)

⁸⁷ Pour une synthèse des mesures européenne, anglaise, suédoise, belge, grecque, danoise et allemande, V. *The Balance between Freedom and security...*, *Op. cit*, p. 37-40

⁸⁸ Concernant les conditions relatives à l'attribution et au renouvellement du permis de résidence, V. les articles 11 et 12 de l'Ordonnance du 2 nov. 1945, l'article 75 de la loi de mars 2003 qui ajoute que le permis peut être refusé si la personne a commis certains crimes, ainsi que la décision constitutionnelle du 22 avril 1997 qui déclare contraire à la Constitution le fait de conditionner la prolongation du permis au fait de ne pas être une menace à l'ordre public. Les articles 23 et 26 de l'Ordonnance de 1945 permettent d'expulser un étranger au nom d'une « menace à l'ordre public » ou absolument nécessaire à la sûreté de l'Etat ou à la « sécurité

Le terrorisme islamique a néanmoins conduit à des restrictions directes et indirectes du droit des étrangers et Français d'origine étrangère d'une façon qui, sans juger en rien de l'efficacité ni de la légalité de ces mesures, met en doute leur caractère « équilibré ». Outre des mesures administratives telles que le cas tristement célèbre du camp de Folamblay en août 1994, outre la pratique des détentions facilitée par l'incrimination terroriste, on peut mentionner quatre réformes législatives :

- l'article 12 de la loi du 22 juillet 1996 a ajouté une nouvelle sanction de déchéance de nationalité à l'encontre de « l'individu qui a acquis la nationalité française (...) s'il est condamné (...) pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ». Le Conseil constitutionnel a validé la constitutionnalité de cette mesure au nom de ce que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation ; que toutefois le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité »⁸⁹ ;
- de surcroît, les contrôles préventifs, dont le rapporteur de la LSQ à l'Assemblée nationale avait déjà noté les effets discriminatoires, se sont renforcés après 2001. Or l'on ne voit pas qu'aient disparu les risques d'arbitraire qui avait inquiété le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 1977 relative aux fouilles de véhicules ;
- en 2003, le Conseil constitutionnel a autorisé des modifications à l'ordonnance du 2 novembre 1945 en validant le fait que « la carte de séjour temporaire peut être retirée à l'étranger passible de poursuite pénale » dès lors qu'il représente une menace pour l'ordre public. L'extension alors donnée à la notion de « sécurité publique » a certes élargi la catégorie des étrangers non expulsables, mais les possibilités d'expulsion en cas d'urgence absolue ont été élargies, notamment pour « les comportements [...] liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine, à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personne » ;
- enfin, suite à la suspension par ordonnance du tribunal administratif de Lyon (26 avril 2004) d'un arrêté ministériel d'expulsion de M. Abdelkader Bouziane, imam à Vénissieux, une proposition de loi (portant sur les actes de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à raison de l'origine ou de la religion) a reconsidéré l'article 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, déjà modifiée par la loi de 2003⁹⁰. Depuis lors, par un arrêt du 4 octobre 2004, le Conseil d'Etat a annulé la

publique », la menace étant caractérisée en cas de terrorisme, V. CE *Min. de l'intérieur v. Barrutiabengoa Zabarte*, 13 nov. 1985, Rec., 321 (membre présumé d'ETA)

⁸⁹ Cons. const. déc. n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, consid. 22 et 23

⁹⁰ Proposition de loi n°1654, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 juin 2004, adoptée en première lecture par le Sénat le 15 juillet 2004. V. le rapport Marsaud n° 1670 à l'Assemblée nationale, 15 juin 2004

décision de suspension et redonné plein effet à l'arrêté d'expulsion⁹¹. Une audience au tribunal administratif de Lyon devrait bientôt juger sur le fond de la légalité de l'expulsion elle-même.

Le terrorisme international a donc aussi modifié en France l'équilibre entre les droits et la sécurité de la majorité *et* ceux des autres, qu'ils soient étrangers ou Français d'ascendance étrangère. Si certaines mesures sont très légitimes, l'alternative sécurité/ liberté est inefficace pour en juger car, quand bien même elles seraient légales et efficaces, lesdites mesures pourraient affecter indûment le lien social et l'ordre public et partant, le réconfort qu'offre une société unie. Intégrer le dommage ou l'injustice faite aux personnes ayant une certaine origine, qu'elles soient ou non citoyennes françaises, conduit à dépasser le seul débat concernant l'efficacité ou la légalité des règles restrictives de libertés, et à revenir au déséquilibre fondamental que Dworkin caractérise abstraitement comme la violation du principe d'« humanité partagée » (selon lequel les hommes ont une valeur identique)⁹². Or s'il est clair qu'il est immoral qu'une nation inflige une douleur à des étrangers ou certains des siens pour une sécurité seulement spéculative car cela reviendrait à ce que leur vie ne vaut rien pour elle⁹³, comment définir le réglage juridique du niveau de gêne qu'un gouvernement peut infliger délibérément à une partie de sa population de façon comparable à la gêne évitée par l'immense partie de cette population⁹⁴ ? Pour y répondre, la question de l'équilibre entre les droits *et* libertés de la majorité doit être complétée par la question de l'équilibre entre les droits et libertés de la majorité *et* ceux des autres.

L'« équilibre » dépend donc largement d'une perception du lien social : la délimitation entre la nécessité opérationnelle du *racial profiling*⁹⁵ et la nécessité de construire durablement une communauté multiculturelle respectueuse des droits de tous reste au cœur d'un projet antiterroriste viable. Si l'efficacité rend nécessaire, exemple parmi d'autres, des contrôles d'identité discriminatoires, et donc attentatoires aux libertés, le souci de réconfort, passant par la construction d'un lien social fort, conduit à taire cette pratique. Si l'efficacité conduit à concentrer l'attention sur les groupes minoritaires les plus dangereux aux dépens de certaines libertés, et par exemple éventuellement à renforcer l'arsenal juridique contre les idéologues appelant à la haine, ces procédés et les discours qui les accompagnent ne doivent pas bien entendu occulter les mécanismes d'intégration ni accroître les discriminations sociales dont chacun sait qu'elles conduisent au repli identitaire. Il n'y a pas de recette miracle : la préservation de cet équilibre est essentiellement affaire de jugement et de perceptions. Pour l'heure, à propos d'une disposition dont il était saisi en 1996, le Conseil constitutionnel s'est contenté d'affirmer, sans le justifier, que la différence de traitement entre ceux qui ont la nationalité française par acquisition et ceux qui l'ont par naissance ne rompt pas, pour la disposition en question, le principe d'égalité.

⁹¹ Le Conseil d'Etat a considéré que le juge des référés du tribunal administratif avait « dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis en estimant que les deux « notes blanches » des RG n'établissaient pas les faits allégués à l'encontre de M. Bouziane ». Selon le Conseil d'Etat, ces notes blanches donnaient « des indications sur les mouvements salafistes auquel appartiendrait M. Bouziane, et sur les liens qu'entretient cette mouvance avec des milieux extrémistes, la seconde comportant des éléments détaillés et concordants sur les liens entretenus par M. Bouziane, directement ou indirectement, avec des organisations terroristes appartenant à des filières afghanes, yéménites et tchétones »

⁹² *art. cit. supra*

⁹³ V. les remarques convergentes de Philip B. Heymann in « Civil liberties and human rights in the Aftermath of September 11 », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 25, n° 2, printemps 2002, p. 441- 456

⁹⁴ V. à cet égard, les difficultés déjà rencontrées en ... 1763 par Kant dans son passionnant *Essai pour introduire en philosophie le concept de grandeur négative*

⁹⁵ Saoudi Messaoud développe dans cette direction des remarques sur l'« apparence » tout à fait prometteuses, in *La Police et les minorités : étude comparative France- Angleterre*, Thèse de droit public, Université Lyon-II, 1998

Cette question est amenée à évoluer car le terrorisme, en se déterritorialisant, multiplie les cibles potentielles du *profiling* (chrétiens, femmes, personnes d'origine tchétchène, bosniaque... bien au-delà donc des anciens d'Afghanistan et les milieux arabes fondamentalistes où les renseignements opèrent majoritairement). Reste que l'Islam, et au-delà de l'Islam la communauté arabe, est ici aux avant postes. Or comment les Musulmans de France pourraient-ils être hermétiques aux différents courants qui traversent l'Islam et aux crises qui traversent le monde musulman quand, au-delà du *racial profiling*, l'usure de la méritocratie française se fait sentir à ce point ? Quand la peur de l'Islam continue de progresser en France et en Europe et après que Madrid a montré des immigrés insérés dans le tissu de l'immigration locale passer au terrorisme, les besoins de nouvelles médiations sociales et d'une meilleure, voire nouvelle, instance de représentation politique ne s'est jamais fait sentir de façon plus pressante. Face à des mouvements islamistes qui malgré leur diversité jouent plus que jamais de la marginalisation sociale, la lutte contre le terrorisme doit aussi passer par une vision du multiculturalisme et d'une société ouverte que le 11 septembre a affaiblie⁹⁶. La querelle des libertés renvoie *in fine* aussi à ce multiculturalisme en brèche et à ce souci de réconfort. Pour l'heure l'idée *a priori* progressiste d'« équilibre » entre sécurité et libertés en est la grande escamoteuse.

Le respect de la vie privée transformé

La LSQ s'était engagé avec urgence dans la question de la protection de la vie privée : elle avait obligé la divulgation des données chiffrées utilisées à des fins dévoyées dans le cadre de la commission d'infractions en matière pénale, et autorisé la conservation des données de connexion aux fins d'enquête judiciaire. L'autorisation par la Commission européenne du transfert des données passagers vers les Etats-Unis (28 mai 2004) a donné à cette question la place qui doit être la sienne⁹⁷. Elle devrait subir de nouvelles inflexions lors des futurs débats européens sur des thèmes aussi variés que la transmission des données détenues par *Europol*⁹⁸ ou l'intensification du contrôle des communications⁹⁹. Mais déjà, au-delà des questions techniques où elle est encore cantonnée (en France, l'opportunité de la cryptologie ou la durée de conservation des données), cette question qui va de l'ensemble du contrôle des télécommunications et des *e-mails* à l'extension des fichiers consultables est l'une des plus ouvertes et des plus complexes qui soient.

Elle a pris la tournure particulièrement polémique que l'on sait aux Etats-Unis¹⁰⁰. Bien que le droit français offre une protection très différente de la vie privée, notamment dans le domaine des NTIC¹⁰¹, la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances¹⁰², la LSQ

⁹⁶ Gary Grestle, bien qu'il se concentre sur les Etats-Unis, fournit une mise en perspective historique de cette question nuancée et très utile, *in* « Pluralism and the War on Terror », *Dissent*, printemps 2003, p. 31

⁹⁷ V. CNIL, 24^{ème} rapport d'activité 2003, juin 2004, p. 45-49 (manifestement rédigé avant le 28 mai 2004). Sur les questions proprement communautaires, Statewatch fournit une excellente veille critique : www.statewatch.org

⁹⁸ V. en part. l'art. 18 de la Convention Europol du 26 juillet 1995 ; la décision du 27 mars 2000 du Conseil Européen d'autoriser le directeur d'Europol à commencer des négociations pour des accords avec les Etats tiers ; le bilan du Conseil JAI du 19 décembre 2002. Sur les réserves dues notamment à la France, aux Pays-Bas et Royaume-Uni, et sur les exigences des art. 8 Charte EDF, art. 8 Conv. EDH et de la Conv. pour la protection des individus au regard d'un transfert automatique, V. *EU Network of Independant Experts in Fundamental Rights (CFR-CDF)*, *Op. Cit.*, 2003, p. 23

⁹⁹ V. en part. les opinions n° 10/2001 et 5/2002 du groupe de l'« article 29 », et la Directive 2002/58/EC du 12 juillet 2002 sur les communications privées et électroniques, et le rapport précité, p. 25

¹⁰⁰ Christian Parenti livre un réquisitoire dans *The Soft Cage*, New York, Basic Books, 2003

¹⁰¹ Depuis les lois du 6 janvier 1978, 10 juillet 1991, 21 janvier 1995 jusqu'à la LEN de juillet 2004

¹⁰² Sur l'e-mail, V. rapport « Internet et les réseaux numériques », 1998, p. 30 et E. Tois, « Internet et libertés, quelques repères », *Rapport de la Cour de Cassation 2001*, en part. p. 219-224

puis la LSI de 2003 l'ont aussi soumis à de très vives tensions. Des requalifications ont été opérées et des précisions ont été fournies quant aux erreurs, aux données incorrectes, à la durée de détention de l'information, aux difficultés posées par les contrôles ou aux utilisations abusives des mesures antiterroristes. Le « chantier » de la lutte contre la cybercriminalité lancé en juin par le Ministre de l'Intérieur et confié à Thierry Breton devrait probablement, par incidence, conduire à mieux définir encore la pertinence des outils concernés, la dissémination de l'information et sa fiabilité. Des travaux techniques comme ceux de la *Markle Fondation Task Force on National Security in the Information Age*, manifestement largement repris dans la *Commission 9/11*, seraient à cet égard particulièrement utiles pour la France¹⁰³. Mais pour espérer déterminer les justes réactions à ces modifications, et savoir jusqu'où les tolérer si le terrorisme devait s'aggraver, il faut rénover doublement l'analyse classique du respect de la vie privée.

D'abord parce qu'on ne peut espérer déterminer jusqu'où doivent évoluer les atteintes légitimes à la vie privée en période terroriste qu'à la condition de comprendre les raisons qui conduisent les citoyens à en accepter le principe¹⁰⁴. Comment et pourquoi se battre contre des empiètements que les citoyens accepteraient ? Or suite aux attentats de 2001, on a vu fleurir aux Etats-Unis et en Angleterre une architecture technologique portant lourdement atteinte à la vie privée, dont aucune étude empirique n'a jamais véritablement prouvé l'efficacité sans qu'elle soulève pourtant beaucoup de préoccupation. D'où vient cette surprenante tolérance à laisser l'exécutif et le judiciaire éroder le respect de la vie privée dans le domaine des NTIC¹⁰⁵ ?

Selon le juriste Jeffrey Rosen, le *cyberspace* amenuiserait la revendication même d'un droit au respect de la vie privée à force de rendre caduque la distinction traditionnelle entre les rumeurs orales et écrites¹⁰⁶. Pris aux pièges d'un internet contrôlé, les citoyens s'emprisonneraient dans ce qu'ils ont dit par le passé et perdraient ainsi leur capacité à se réinventer eux-mêmes. S'y ajouterait une aversion naturelle pour le risque, dont le contexte terroriste anxigène redoublerait les effets. Cette thèse expliquerait comment des atteintes toujours plus importantes au respect de la vie privée peuvent être acceptées au moment même où l'obsession des droits individuels atteint des sommets inégalés. Cette thèse explique aussi pourquoi a été rejetée l'approche subjective de la sécurité fondée sur le jugement humain (elle semble une rupture insoutenable de l'égalité et une promotion politiquement incorrecte du *profiling*), et pourquoi lui a été préférée une approche technologique, par exemple par le contrôle internet (il a un visage d'objectivité et de distance).

Ensuite, la réflexion doit être envisagée de manière moins sectorielle, en portant davantage sur l'architecture même du respect de la vie privée dans les NTIC¹⁰⁷. Au lieu de porter sur ce que régule le *cyberspace* - les zones d'ombres considérées *in abstracto* et qui

¹⁰³ Voir ses deux rapports d'octobre et décembre 2003, et l'audition devant la commission de Judith A. Miller (8 décembre 2003), accessible sur www.9-11commission.gov/hearings/hearing6/witness_miller.htm

¹⁰⁴ Heike Krieger, dans « Limitations on Privacy, Freedom of Press, Opinion and Assembly as a Mean of Fighting Terrorism », in *Terrorism as a Challenge...*, *Op. cit.* a bien rappelé comment les Etats-Unis n'ont globalement pas voulu créer de droit constitutionnel de la propriété privée des données personnelles au contraire de la Cour EDH, qui a développé une jurisprudence relative à l'article 8 Conv. EDH plus compréhensive

¹⁰⁵ Le juriste Jeffrey Rosen a récemment progressé dans cette voie dans *The Naked Crowd*, Random House, 2004

¹⁰⁶ V. E.L. Godkin, « The Rights Of The Citizen to His Own Reputation », *Scribner's Magazine*, vol. 8/ 1, Juil. 1890. V. les textes de Jeffrey Rosen, «The Eroded Self », *NYT*, 30 avril 2000 et *The Unwanted Gaze*, Random House, 2001

¹⁰⁷ V. les travaux de Lawrence Lessing et Paul Resnick Zoning, « Speech on the Internet : A Legal and Technological Model », *Michigan Law Review*, 1999, vol. 98, p. 395 (sur les aspects architecturaux des mécanismes de prévention de la pornographie et des *spams*). Sur ce point, Neal Kumar Katyal offre d'excellentes pistes dans « Digital Architecture as Crime control », *Yale Law Journal*, juin 2003, vol. 112/ 8, p. 2261-2289

doivent être davantage contrôlées, comme le fit la LSQ, le débat gagnerait à porter sur l'organisation architecturale même du cyberspace¹⁰⁸. Dans le sillage du projet de loi de transposition de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 et du programme d'action gouvernementale pour la société de l'information (PAGSI), des propositions novatrices avaient émergé en ce sens en France. L'idée d'un organisme spécifique apparue dans le rapport « Internet et les réseaux numériques », le rapport Paul Masson de juin 2000¹⁰⁹ et la naissance de l'association du *Forum des droits sur l'internet* (2001) ont montré que le souci d'une *corégulation internationale* de l'internet et ses réseaux commençait à porter ses fruits.¹¹⁰ Dans un pays si marqué par un réflexe législatif dans le domaine de la protection des données, cette prise en compte de procédures d'autorégulation du réseau internet innovaient dans le bon sens. Il faut aller plus loin.

Dans cet esprit, la mise en place de la législation américaine de 2003 sur la cybercriminalité¹¹¹, certes décevante, aura au moins eu le mérite de susciter des études innovantes. Différents modèles d'architecture répressive y ont été dégagés dans le domaine de la cybercriminalité : ils visent tantôt à créer des opportunités pour des surveillances naturelles, tantôt à instiller un sens de la territorialité de telle façon que les personnes développent des attitudes de propriétaire, ou bien à créer des communautés, ou encore à protéger les cibles des crimes. Reste à savoir comment, ainsi que cela commence à être entrepris aux Etats-Unis, les translater vers des modèles d'architecture préventive du terrorisme international¹¹². Ajoutée à la nécessaire harmonisation des régulations internet, cette connaissance architecturale devrait gouverner *ex ante* les réflexions sectorielles sur la régulation des sphères du *cyberspace*. Elle devrait présider au choix entre davantage de corégulation entre l'Etat et le secteur privé dans certains domaines, et davantage d'autorégulation de l'Internet dans les domaines qui résident dans les interstices de la loi (avec alors pour objectif de mettre en œuvre la loi par des procédés tels que les codes de bonne conduite)¹¹³.

Les transformations du terrorisme international ont conduit la LSQ à favoriser la prévention du terrorisme et à transformer la régulation des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Certains domaines d'action n'ont pas apporté les résultats escomptés mais pour l'essentiel, si le terrorisme international devait se poursuivre les autorités publiques renouvelleraient l'esprit de ces mesures. Or certaines ont nui à l'équilibre entre les citoyens eux-mêmes et atteint au respect de leur vie privée sans que les arguments avancés par les défenseurs des libertés ne soient parvenus à distinguer correctement les atteintes justifiables des excès liberticides. Ces mesures prises dans l'urgence et de façon provisoire sont d'autant plus importantes qu'elles se prolongent au-delà du temps où elles sont mises en place.

¹⁰⁸ En contrepoint du pessimisme de Cass Sunstein dans *Republic.com* (2000), voir la thèse optimiste de M. Froomakin, in « Habermas@discourse.net : toward a critical theory of cyberspace », *Harvard Law Review*, 2003, vol. 116, n° 3, et en particulier ses remarques historiques sur l'Internet Standard-Making, p. 782 *sq.*, et les bénéfices de l'Internet Engineering Task Force, p. 798 *sq.*

¹⁰⁹ *Du droit et des libertés sur Internet*, Paris, Documentation française, 2001

¹¹⁰ E. Tois, « Internet et libertés, quelques repères », *Op. cit.*, p. 241 *sq.*

¹¹¹ V. le *National Strategy To Secure Cyberspace*, accessible sur www.whitehouse.gov/pcipb/cyberspace_strategy.pdf

¹¹² Kent Walker en fournit un exemple, certes discutable sur le fond, qui appréhende de façon intéressante la question de l'arbitrage entre la protection de la *privacy* et d'autres intérêts, in « The Cost of privacy », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 25/1, automne 2001, p. 87-128

¹¹³ V. en ce sens par ex., Isabelle Falque-Pariset, « NTIC : de la régulation à la gouvernance », *Liberté, risque et responsabilité*, *Op. cit.*, p. 106 *sq.*

PARFAIRE NOTRE CADRE CONSTITUTIONNEL

Le juge à la Cour Suprême William Brennan notait très justement qu'« après chaque événement perçu comme une crise de la sécurité, les Etats-Unis ont réalisé avec regrets que l'abrogation des libertés civiles n'était pas nécessaire. Ils se sont néanmoins avérés incapables d'empêcher que cette erreur ne se renouvelle lors des crises de sécurité ultérieures »¹¹⁴. A cet égard, la *Commission 9/11* a rendu il y a peu des recommandations qui, si elles sont adoptées, devraient palier certaines des faiblesses constatées aux Etats-Unis depuis 2001¹¹⁵. Mais elles ne résoudre pas totalement la difficulté mise en avant par Justice Brennan. Les choix opérés en France depuis 1986 ont eux aussi permis des améliorations, dont plusieurs ont d'ores et déjà été exportées (notamment le rapprochement entre justice et renseignements). De nouveaux chantiers doivent néanmoins être engagés afin de conjindre davantage les trois principes dégagés par Philipp B. Heymann, et sortir ainsi du cycle des erreurs et des regrets¹¹⁶.

Des innovations d'ordre institutionnel s'imposent. François Heisbourg préconisait ainsi avec justesse de dépasser la coopération des services en cas de catastrophes terroristes par un pilotage direct réalisé par un secrétariat d'Etat spécialisé (sur le modèle du nouveau Ministère des Urgences russe) ou par une structure interministérielle qui améliorerait, entre autres, la réponse radiologique ou biologique¹¹⁷. Les phénomènes de panique, d'imprévu et de pérennisation des mesures provisoires précédemment évoquées appellent de façon plus générale à des améliorations d'ordre constitutionnel portant :

- d'une part sur les limitations aux libertés faites au nom de la sécurité et en vertu de l'ordre public. Les difficultés posées par la notion d'*équilibre* et par le respect de vie privée en préfigurent d'autres concernant, notamment, la liberté d'expression, les conditions de détention, la liberté de recherche... Elles appellent une amélioration du contrôle par le Conseil constitutionnel des questions de conflits de normes constitutionnelles et de proportionnalité en matière terroriste ;
- d'autre part sur la suspension des libertés dans le cadre de l'article 16 de notre Constitution. L'hypothèse d'attaques « exceptionnelles » sur notre territoire de même ampleur que celle du 11 septembre, et l'éventualité que le Chef de l'Etat utilise alors l'article 16, conduisent à tenter d'améliorer les modalités de mise en œuvre et d'exercice de cette disposition de façon à ce que, même en cette période, continuent de se conjindre les trois principes d'Heymann.

¹¹⁴ V. « The Quest to develop a jurisprudence of Civil liberties in Times of Security Crisis », *Israel Yearbook of Human Rights*, 1988, vol. 18

¹¹⁵ V. la stratégie constitutionnelle préconisée par la Commission 9/11, rendue publique le 22 juillet 2004, en part. les trois propositions mentionnées au chap. 12, p. 393 *sq.* et, en ce qui concerne le Congrès, au chap.13, p. 419 *sq.* Téléchargeable sur www.9-11commission.gov

¹¹⁶ Le droit international révèle encore une large impuissance en cette matière, essentiellement parce que les conventions et protocoles idoines ne s'accordent pas sur une définition du terrorisme. Quant à la CPI, le fait que la lutte contre le terrorisme n'a pas été intégrée dans l'article 5 de son statut n'empêche pas qu'elle ait compétence à l'égard des actes de terrorisme dès l'instant qu'ils prennent la forme de crimes de guerre ou répondent à une acception large de crime contre l'humanité. Une révision de ce statut est complexe mais possible *via* son article 124

¹¹⁷ « *Hyper terrorisme : état des lieux* », entretien à *Politique internationale*, automne 2003. V. aussi les arguments avancées par Eric A. Posner afin de dépasser les réponses judiciaire et militaire par une réponse bureaucratique (« *regulatory model* », et l'idée d'une *Counterterrorism Regulatory Agency*), in « Fear an the regulatory model of counterterrorism », *Harvard Journal of Law and Public Policy.*, vol. 25/ 2, printemps 2002, en part. p. 698

Limiter les allégeances

Le climat sécuritaire qui entoure la confection des lois antiterroristes déploie ses effets d'autant plus fortement que, une fois ces lois votées, le terrorisme complexifie les mécanismes usuels de leur contrôle. C'est ainsi que, bien que les mesures antiterroristes soient de fait moins attentatoires aux libertés fondamentales lorsque des cours constitutionnelles couronnent les juridictions nationales, le *Chief Justice* de la *Supreme Court*, William H. Rehnquist, défendait l'idée qu'en période de guerre, la justice constitutionnelle fait « allégeance » à l'exécutif¹¹⁸. Or bien qu'il ne s'agisse pas de guerre et que les décisions de la Cour suprême de juin 2004 aient pu laisser penser le contraire, les remarques du juge Rehnquist s'appliquent aussi aux situations de terrorisme international massif. Dans le cadre français de contrôle constitutionnel, il est en effet possible d'exhiber une « allégeance » double. Celle-ci redouble l'effet des logiques sécuritaires : une allégeance passive se produit lorsque les mécanismes de saisine n'ont pas été activés, une allégeance active lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de la constitutionnalité de ces textes.

Allégeance passive en cas d'absence de saisine, comme ce fut le cas pour la LSQ de 2001. La gestion des situations d'exception engendrées par un terrorisme international massif désamorçe en effet les bénéfices de la réforme de 1974 dans la mesure où la nécessité sécuritaire dépasse le clivage gouvernement/ opposition et rend la saisine politiquement impossible. En dépit de vives protestations de la droite sénatoriale, aucune des autorités habilitées par l'article 61 al. 2 de la Constitution à déférer au Conseil une loi parlementaire ordinaire, n'a ainsi usé en 2001 de son droit de recours au nom du « sens des responsabilités ». Or, outre deux arguments de procédures assez secondaires ici¹¹⁹, la constitutionnalité du fond de la loi était effectivement problématique comme l'illustre bien l'article 23 LSQ relatif aux fouilles de véhicules.

Que vaut en effet l'assurance donnée par le Ministre de l'Intérieur que les « garanties nécessaires » n'ont « en aucun cas » été oubliées et que cette disposition intègre les jurisprudences du Conseil constitutionnel de 1977, de 1995 et 1997 au regard, exemple parmi d'autres, de la disposition portant sur la réquisition du Procureur de la République ? Cette réquisition était d'autant plus essentielle qu'elle répond à la nécessité, rappelée par le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 12 janvier 1977 et du 18 janvier 1995, de faire contrôler toute restriction à une liberté par une autorité judiciaire. Sans doute la limitation géographique et temporelle des fouilles lui permet-elle de ne pas verser dans le travers d'un contrôle seulement général qu'avait censuré le Conseil en 1977. On voit mal pourtant que l'action des officiers de police de judiciaire, que ladite réquisition encadre, eût constitué une garantie judiciaire satisfaisante. A l'encontre de toute l'évolution de notre législation, et notamment de la création du juge des libertés et de la détention, n'est-ce pas du reste la première fois depuis la suppression du mandat de dépôt provisoire décerné par le parquet que l'on donne aux

¹¹⁸ Il s'agit d'un constat car, selon W. Rehnquist, « an entirely separate and important philosophical question is whether occasional presidential and judicial restraint in war time are desirable or undesirable. In one sense this question is very largely academic », *All the Laws but ones*, New York, Alfred Knopf, 1998, p. 224. V. Aussi son discours prononcé lors du 100^{ème} anniversaire des barreaux de Norfolk et Portsmouth, 3 mai 2000, accessible sur le site : www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_05-03-00.html

¹¹⁹ L'adoption d'amendements nouveaux consistant en des mesures nouvelles après la réunion de la CMP déroge au principe constitutionnel de la conciliation parlementaire pour les textes de loi ordinaire (art. 45 C). Seuls sont conformes à la Constitution les amendements qui assurent une coordination avec d'autres textes en cours d'examen ou qui sont en relation directe avec une disposition du texte en discussion. Sur cette règle constitutionnelle applicable à la procédure législative, V. la décision 98-402 DC du 25 juin 1998

magistrats du ministère public des pouvoirs attentatoires aux libertés individuelles ? Cette réquisition pose en réalité trois difficultés.

D'une part, et contrairement aux indications données par M. Vaillant devant l'Assemblée nationale, le texte ne précise pas que les réquisitions écrites sont motivées : elles doivent seulement indiquer les lieux et la période de temps permettant les fouilles. D'autre part, le texte ne prévoit pas de droit de regard de ce magistrat sur les opérations, notamment la possibilité de les interrompre. Compte tenu de la rapidité de la visite et étant donné que le procureur est averti de la fouille (par PV) après qu'elle a eu lieu, ces prescriptions ne pourraient de toutes les façons pas être respectées : or le Conseil constitutionnel avait précisé dans sa décision du 29 décembre 1983 que la loi doit confier de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations « la mission de vérifier, de façon concrète, le bien-fondé de la demande qui lui est soumise » et de prévoir « les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations visées ». Enfin, parce que le statut d'autorité judiciaire de contrôle du Procureur de la République, magistrat du Parquet, aurait été insuffisant¹²⁰ : plus théorique qu'effectif comme l'illustre l'expérience actuelle des contrôles d'identité ou des gardes à vue, on peut déduire de la censure par le Conseil constitutionnel d'une partie de la loi de juillet 1996 qu'il aurait estimé que ce contrôle manquait en l'espèce d'indépendance. Des nombreuses autres similitudes entre la loi de 1996 et l'article 23 LSQ, que déduire sinon la censure de cet article si le Conseil en avait été saisi ? D'autres dispositions auraient emporté la même appréciation. Déférée au Conseil constitutionnel, le respect de sa jurisprudence l'aurait conduit à censurer une telle loi, n'était son aspect provisoire. L'allégeance passive est ici caractérisée.

Mais au-delà de l'utilisation de la saisine, acte n'obéissant qu'à une pure stratégie politique et dont la non-utilisation n'a pas manqué de relancer le souhait d'instituer une procédure d'exception d'inconstitutionnalité¹²¹, l'analyse des lois antiterroristes révèle une seconde forme d'allégeance, active cette fois, lorsque la saisine est opérée.

Dans certains cas en effet, et pas des moindres, le Conseil constitutionnel a multiplié les limites. Contrôlant la loi fondatrice de 1986, il a fermement rejeté, au nom du principe d'égalité devant la justice, l'extension aux offenses contre la sécurité de l'Etat des règles relatives au terrorisme¹²². Dans sa difficile décision du 16 juillet 1996 ensuite, il a censuré plusieurs dispositions au nom de ce qu'elles imposaient une restriction disproportionnée des droits et libertés. En particulier, il a refusé de reconnaître le lien entre la commission directe d'actes terroristes et l'aide donnée à un étranger pour son entrée irrégulière, sa circulation et son séjour en France, lien qui aurait entraîné une sixième cause de déchéance de nationalité¹²³. Ce qui importe réside en réalité ailleurs, dans le fait que les moyens juridiques utilisés par le juge facilitent une « allégeance ».

Le Conseil constitutionnel argue de « la gravité toute particulière que revêtent par nature des actes de terrorisme », ou du seul « objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme », bref de la seule *nature du terrorisme* pour affirmer dans ses différentes décisions que les dispositions antiterroristes dérogoires au droit commun sont ou non justifiées. Les autres

¹²⁰ V. la théorie de Th. S. Renoux sur la gradation des compétences constitutionnelles de l'autorité judiciaire, dans sa note sous Cons. const, décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1993, p. 848 *sq.* et son article « la Cour de cassation et la séparation des pouvoirs », in « La Cour de cassation et la constitution de la république », PUAM-*La Documentation française*, 1995, p. 77 *sq.*

¹²¹ V. par ex. l'opinion de Pascal Jan au *Dalloz*, 2001, n° 43, p. 3444

¹²² Cons. const., déc. n° 86-213DC, consid. n° 24

¹²³ Cons. const., déc. n° 96-377 DC, consid. n° 9. Les requérants reprochaient aussi à cette disposition de ne pas être nécessaire et donc de porter atteinte à l'article 8 DDHC. Il était du reste effectivement difficile de censurer l'adjonction à l'article 25 du Code civil car elle aurait conduit à condamner l'article lui-même

éléments de son contrôle (que les infractions soient définies « en termes suffisamment clairs et précis »¹²⁴, et que les règles dérogatoires ne puissent être étendues à des infractions qui ne représentent pas les mêmes caractéristiques) sont à cet égard secondaires. Or cette « nature du terrorisme » à laquelle tout revient *in fine* et dont tout découle, notamment l'ensemble des mécanismes de proportionnalité¹²⁵, n'est jamais analysée plus avant et semble ne pas pouvoir l'être¹²⁶. Des arbitrages politiques extérieurs à l'interprétation des textes s'y glissent plus aisément qu'ailleurs. Sans que toutes les raisons en soient avancées, découlent de cette « nature du terrorisme » tantôt des limites comme en 1986 et 1996, tantôt des *nihil obstat* comme ce fut le cas pour la partie de la saisine du Conseil constitutionnel de 2003 spécifique au terrorisme. Acte de gouvernement, le recours au juge constitutionnel laisse donc place à un singulier pouvoir d'interprétation lorsqu'il est utilisé en matière terroriste : l'appréciation discrétionnaire par le Conseil de la nature du terrorisme comporte en ce domaine une forte part d'arbitraire¹²⁷. Le fait que le Conseil constitutionnel soit saisi de la constitutionnalité de lois antiterroristes en contexte sécuritaire renforce singulièrement les possibilités d'allégeance vis-à-vis de l'exécutif.

La somme de ces deux « allégeances » souvent complémentaires, passive et active, renforce l'influence du climat sécuritaire sur le sort des législations votées. Elle donne un rôle déterminant au politique pour gérer une situation qui facilite les dérives. Le temps dira, au-delà des décisions de décembre 2003, janvier et juin 2004, si les cours fédérales et la *Supreme Court* valident la pratique de l'allégeance américaine. Sous réserve d'un recours devant la Cour Européenne des droits de l'homme, le sort est déjà réglé pour la France.

Il est très difficile de savoir où le législateur, compétent en matière pénale, peut aller sans autorisation constitutionnelle explicite comme c'est le cas en matière terroriste¹²⁸. L'extension davantage préventive de l'action pénale du fait des nouvelles menaces devrait à l'avenir complexifier davantage encore le contrôle constitutionnel des restrictions aux libertés. Comment réintroduire du droit ? Parce que le concept de « noyau essentiel » des droits fondamentaux, qui dénote la limite des restrictions possibles aux libertés, n'est pas opératoire, l'amélioration du contrôle proprement juridique des libertés constitutionnellement garanties nous semble devoir s'effectuer dans deux directions :

- préciser les normes applicables, *ie* le contenu des droits ou biens constitutionnellement protégés que la lutte contre le terrorisme conduira à limiter, ainsi le respect de la vie privée, l'ordre public, ou encore la sécurité. Pour l'heure, c'est peu dire que des ambiguïtés subsistent : l'article 1^{er} LSQ caractérise par exemple législativement la

¹²⁴ Bien que des auteurs aussi autorisés que Jacques Robert l'aient critiquée, le Conseil constitutionnel a considéré que la définition française ne méconnaissait pas le principe de légalité des délits et des peines

¹²⁵ C. Grewe et K-P Sommermann attirent avec justesse l'attention sur les problèmes soulevés par le droit allemand, et en réalité plus généraux, V. « Allemagne », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica-PUAM, t. XVIII, 2002, p. 86 *sq.*

¹²⁶ On peut y voir la réciproque de la thèse avancée par Eric Desmons à propos de ce que le juge interne, ne reconnaissant pas de fait le « droit de résistance à l'oppression », le transforme en un acte de résistance à l'oppression, in *Droit et devoir de résistance en droit interne : contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999

¹²⁷ MM. Jean Foyer et François Terré ont ainsi pu défendre que le contrôle de 1996 était indûment laxiste, in « Le Peuple juge constitutionnel », *Le Figaro*, 30 juillet 1996. Sur le recours plus général à « l'erreur manifeste d'appréciation », V. Les remarques très critiques de Ch. Lazerges et D. Rousseau, in « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *Revue du Droit Public*, 2003, n° 4, 1155-1162

¹²⁸ L'article 11 de la Loi fondamentale allemande résout nombre de difficultés en autorisant la limitation de la liberté d'aller et venir « dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land ». L'unique difficulté porte alors sur les degrés de proportionnalité, qu'on peut légitimement limiter en période de crise. La jurisprudence administrative française, dans son arrêt Dame Dol et Laurent de 1919, peut en fournir l'esprit

sécurité comme liberté fondamentale et devoir de l'Etat pour tout résident sur le territoire français, alors que depuis janvier 1981, le Conseil constitutionnel qualifie la protection de la sécurité des personnes et des biens d'objectif à valeur constitutionnelle ;

- préciser les modalités de résolution des conflits entre ces normes applicables en période terroriste. Car les libertés constitutionnelles sont elles-mêmes limitées par la protection d'autres droits ou biens constitutionnellement protégés. Il faut accorder ces limitations réciproques.

Réformer l'article 16

A la différence, par exemple, de la Constitution espagnole de 1978¹²⁹, la Constitution française du 4 octobre 1958 ne mentionne pas le terrorisme. La France a pour l'instant affronté le terrorisme international dans le cadre de la loi ordinaire, ce qui ne l'a pas empêchée d'offrir une réponse d'ampleur en 1986, et de lui donner plus de vigueur par la suite en 1991, 1996, 1997, et 2001. Elle n'a pas eu besoin de recourir aux moyens traditionnels de gestion de l'exception que sont l'article 16 de la Constitution (pouvoirs exceptionnels attribués au Chef de l'Etat) et les constructions constitutionnelle, législative et administrative de l'état de siège, de l'état d'urgence, et des circonstances exceptionnelles¹³⁰.

Si des attentats terroristes massifs frappaient notre territoire comme ceux du 11 septembre ont frappé le territoire Américain, sans mettre en danger physique le pays, ces actes pourraient créer des états de panique conduisant l'exécutif à prendre des actions inédites pour contenir la crise et empêcher qu'elle ne se reproduise. Il devrait alors agir de façon efficace *et* donner le sentiment de l'être : reconforter. Alors que, par exemple, la Constitution Belge interdit par son article 187 qu'aucun événement, aussi exceptionnel soit-il, ne conduise à déroger au texte constitutionnel, la Constitution française permettrait, sans qu'il n'y ait ni menace d'invasion ni conspiration domestique, que cet événement exceptionnel conduise le chef de l'Etat, hypothèse réaliste, à recourir à l'article 16¹³¹. A la différence des autres régimes d'exception qui n'aménagent qu'à la marge les règles normales de répartition des compétences, cet article lui permettrait de dessaisir le Parlement de ses prérogatives. Déjà utilisé en 1961, il pourrait y recourir sans être soumis à aucun contrôle, mais à un simple avis du Conseil constitutionnel. Or en l'état, l'article 16 est inadapte¹³².

¹²⁹ Son article 55 al. 2 renvoie à une loi organique la détermination de la forme et des cas dans lesquels les droits reconnus peuvent être suspendus à l'égard de certaines personnes, dans le cadre des enquêtes sur l'action des bandes armées ou d'éléments terroristes

¹³⁰ L'état de siège, décrété en conseil des ministres selon l'article 36 de la Constitution et permettant le dessaisissement du pouvoir de police générale des autorités civiles au bénéfice des autorités militaires, répond aux cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à mains armées : des restrictions à « l'exercice des libertés publiques » sont alors possibles sous le contrôle du juge administratif. L'état d'urgence, régime législatif amenuisant les libertés et organisé par la loi du 3 avril 1955 telle que modifiée notamment par l'ordonnance n° 40-372 du 15 avril 1960, est très proche de l'état de siège quant aux restrictions à apporter aux droits fondamentaux. La théorie administrative des circonstances exceptionnelles étend en période de trouble les compétences des autorités de police : elle consiste surtout à valider *a posteriori* les actes administratifs accomplis par des personnes n'ayant pas la qualité requise. Sur toutes ces questions, V. P-L Frier, *L'Urgence*, Paris, LGDJ, 1987

¹³¹ Sur son utilisation du 23 avril au 29 septembre 1961, et la conception dite « réaliste » du Conseil constitutionnel, V. les remarques de Th. S. Renoux et M. de Villiers sur l'article 16, *in Code Constitutionnel*, LITEC, 2^{ème} éd. 2001

¹³² Comp. en part. avec les propositions de loi constitutionnelle tendant à compléter l'article 16 de Coste-Floret *et alii.* (Doc. Ass. Nat., 1^{ère} session 1961-1962, n° 1474), R. Hersant (Doc. Ass. Nat., 1^{ère} session ordinaire 1962-1963, n°8), Paquet *et alii.*, (Doc. Ass. Nat., 1^{ère} session ordinaire 1963-1964, n° 771), E. Dailly (Doc. Ass. Nat.,

Car le terrorisme international pose une difficulté particulière : l'article 16 permet de parer une menace physique faite à la population. Inscrit dans la Constitution en souvenir de l'abandon des pouvoirs publics de 1940, sa vocation est la survie du régime. Or si des actes terroristes « exceptionnels » permettent *a priori* que l'exécutif y recoure, ils ne posent qu'une menace politique : le risque n'est plus tant alors que le gouvernement s'affaiblisse dans le court terme, mais qu'il se renforce dans le long terme. Dans ce cas, l'article 16 contreviendrait au troisième principe d'Heymann. Parce qu'en l'état, le recours à l'article 16 est à la fois possible et inapproprié, il faut en redéfinir les modalités¹³³.

Dans cette perspective, une fois adaptée à la France, l'approche tri-dimensionnelle proposée par Bruce Ackerman et synthétisée dans les lignes suivantes nous semble de loin la plus prometteuse des nombreuses propositions de réformes avancées¹³⁴. S'inscrivant dans des stratégies constitutionnelles déjà partiellement adoptées au Canada et en Afrique du sud¹³⁵, elle serait inappropriée à une situation d'attaques terroristes massives et très fréquentes telles qu'en Israël/ Palestine. Son utilité se limite à parer un terrorisme d'amplitude exceptionnelle mais de moyenne fréquence :

- afin de faciliter des réponses à court terme qui ne pérennisent pas l'état d'exception, l'approche a un volet politique. La décision présidentielle de recourir à l'actuel article 16 constitue un acte de gouvernement, soumis à un simple avis du Conseil constitutionnel et dont il n'appartient au Conseil d'Etat « ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application »¹³⁶. Parce que ce système donne trop de pouvoir à l'exécutif pour déclarer l'état d'exception et le prolonger au-delà du nécessaire, Bruce Ackerman propose de laisser les pouvoirs à l'exécutif pour agir unilatéralement durant l'état d'exception. En contrepartie, sa mise en œuvre doit être contrôlée et sa fin accélérée. Sa prolongation est ainsi conditionnée à l'accord de majorités renforcées croissantes : 60 %, puis 70 %, et 80 %. Un tel système, déjà en partie prévu en Afrique du Sud¹³⁷, permet de ne pas normaliser l'exception : la prolongation doit se gagner, un vote de 80 % d'adhésion étant extrêmement difficile à obtenir¹³⁸.

2^{ème} extraordinaire 1973-1974, n° 276). En 1993, le rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution (Comité Vedel) n'a pas souhaité la suppression de l'article 16. Considérant la question de la fin de la période d'application, il a envisagé d'ajouter une saisine conjointe du Conseil constitutionnel par les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale

¹³³ Une telle réforme est facilitée en France, puisque ce type de disposition y existe déjà. Aux Etats-Unis en revanche, selon une croyance largement partagée, l'existence d'un régime d'exception conduirait à en abus et il devrait plutôt revenir aux juges de gérer la panique populaire. Contre le recours à une constitution d'exception telle que celle prônée par Bruce Ackerman, V. Mark Tushnet, « Defending Korematsu ? Reflections on civil liberties in Wartime », *Wisconsin Law Review*, 2003, 273, p. 283-298, et la critique à cette thèse de *judicial management* par Bruce Ackerman, *Op. cit.*, p. 1041 *sq.* (en prenant notamment en compte le problème de la fréquence du terrorisme)

¹³⁴ Bruce Ackerman, « The Emergency Constitution », *Yale Law Journal*, 2004, vol.113, n° 5. Sur l'exception, parmi les très nombreux essais, comp. avec les modèles analysés par Oren Gross, in « Chaos and Rules », *Yale Law Journal*, 2003, vol. 112, n° 5, p. 1014-1134

¹³⁵ L'article 5 de la Constitution américaine compliquant singulièrement son adoption, Bruce Ackerman propose de l'introduire aux Etats-Unis non sous la forme d'un amendement à la Constitution mais comme un « framework statute » dans les termes de la Constitution existante. Ce fut le cas lorsque le Congrès adopta le *National Emergency Act* de 1976, *Op. cit.* p. 1077-1091

¹³⁶ CE, Ass. 2 mars 1962, *Rubens de Servens*, Rec. Lebon p. 143. Néanmoins le Conseil d'Etat accepte de contrôler les mesures prises par le Président de la République sur ce fondement, pour autant qu'il s'agisse de mesure intervenant dans le domaine réglementaire

¹³⁷ Le système y est limité à deux niveaux (50 % et 60 %), V. Constitution de l'Afrique du Sud, art. 37

¹³⁸ Sur le dessaisissement du parlement réalisé par l'article 16, V. Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, LGDJ, 1969, p. 313-349

Cette procédure emporte deux avantages supplémentaires. D'une part, elle contraint l'exécutif à agir vite et à reconnaître que les restrictions aux libertés sont *a priori* nocives. D'autre part, elle renforce l'opposition libérale puisqu'en commençant par lui faire voter l'état d'exception durant la période sécuritaire initiale, il lui fournit un capital politique très utile lorsqu'elle souhaite voter ultérieurement contre une prolongation abusive.

Ce système de vote de soutien par la minorité législative durant la période d'exception n'aurait aucun sens si, en contrepartie, elle ne pouvait s'informer des opérations qui sont menées par l'exécutif, de leur modalité et leur efficacité. A cette fin, et même si une marge de secret doit à l'évidence être maintenue en matière terroriste, des comités parlementaires doivent être institués pour informer l'ensemble des partis lors d'un éventuel vote de prolongation. Dans ces comités de contrôle, l'opposition devrait recevoir un nombre de sièges important, et informer l'ensemble des votants de la situation par le biais de rapports, dont les modalités doivent être adaptées au péril terrorisme (section secrète...). Enfin, une enquête parlementaire sur l'intégralité de la procédure d'exception avec des exigences fixées *a priori* doit être systématiquement diligentée une fois la période d'exception achevée.

- Le second volet de la stratégie de Bruce Ackerman est économique. Dans le cas d'attaques exceptionnelles ayant déclenché l'état d'exception, l'efficacité et le souci de réconfort conduisent à limiter certains droits, en particulier la détention de certaines personnes sans les conditions généralement requises. En contrepartie, des compensations pécuniaires doivent être prévues pour les victimes de l'état d'exception que sont les personnes détenues puis déclarées innocentes. L'avantage de ce système compensatoire est que, dans la mesure où l'exécutif doit alors inclure ces coûts dans son budget propre, il est de lui-même amené à limiter les détentions les plus abusives que l'on a déjà trop souvent observées en France en cette matière, sans même que l'article 16 n'y soit, bien sûr, utilisé. Cet avantage fonctionnel renforce donc les principes élémentaires de justice.

- la prise en compte de la double allégeance constitutionnelle française précédemment évoquée conforte les choix américains de Bruce Ackermann sur le rôle des Cours durant cette période : il faut renforcer les *checks and balance* dès l'état d'exception de façon à ce qu'y soient mis d'emblée en place des investigations approfondies sur les détentions individuelles. Surtout, s'il est évident que l'exécutif doit pouvoir détenir de supposés terroristes pour une période non excessive sans les garanties usuellement accordées, les juges doivent protéger ces derniers en leur garantissant un traitement qu'il faut considérer avec Bruce Ackermann comme « décent », notamment en contrôlant le refus absolu de la torture. Ainsi, le temps où le droit pénal commun a été suspendu ne sera pas un temps sans droit. Le rôle des juges doit ainsi gagner en importance une fois l'Etat d'exception terminé. Ils reprennent leur rôle alors que, statistiquement, plus de la moitié du Parlement et de la population continuent de souhaiter la prolongation de l'Etat d'exception.

Les améliorations ci-avant proposées ne limiteront pas toutes les atteintes au droit. En temps normal (pas de recours à l'article 16), l'absence d'une saisine du Conseil constitutionnel rendra par exemple inopérants les avantages que devrait procurer une meilleure définition des normes et une systématisation des règles de solution des conflits de normes. En cas de recours à l'article 16, le recours excessif au secret défense peut limiter l'utilité des comités parlementaires. Ces mesures aideront néanmoins à conjindre davantage les trois principes d'Heymann dans la majorité des cas. Même en ce temps d'exception, la conjonction des trois principes d'Heymann doit rester l'objectif de l'exécutif : si des moyens supplémentaires sont donnés à l'exécutif pour prendre des mesures efficaces et réconfortantes,

ainsi qu'il le faut parfois, cette reconstitution doit favoriser le retour au droit, et ce dès la période d'exception elle-même.

LA FRANCE ET GUANTANAMO¹³⁹

Guantanamo inscrit la protection des libertés dans un cadre nouveau. Bien qu'il s'agisse avant tout d'une question américaine, le fait que des Français y soient encore détenus, les conditions dans lesquelles ils le sont et la difficulté de faire appliquer des normes internationales adéquates devraient inciter la France à entreprendre et soutenir une action conventionnelle préventive.

Une question américaine

Selon le Pentagone, cette base regrouperait encore 585 détenus, essentiellement des djihadists, quelques gradés d'*Al Qaïda* et certains chefs Talibans¹⁴⁰. Ils furent pour la plupart capturés à la fin de l'année 2001 en Afghanistan dans des circonstances parfois douteuses. Le Pentagone justifie leur détention en arguant qu'elles assurent directement la sécurité des Américains (des prisonniers transférés dans leur pays d'origine seraient d'ores et déjà retournés se battre contre les Etats-Unis et les forces de la coalition), et qu'elles permettent d'améliorer substantiellement la compréhension de la structure d'*Al Qaïda* et de ses affiliés¹⁴¹.

Le Lord of appeal Johan Steyn a remarquablement analysé dans quelle mesure ces détentions dérogeaient au droit¹⁴², et suffisamment pour qu'il faille y revenir. Les conditions de vie, déjà difficiles¹⁴³, y sont aggravées par l'utilisation de méthodes d'interrogations spécifiques¹⁴⁴. Selon certaines sources, des prisonniers récalcitrants y auraient été torturés ou rendus à des pays où la torture est une routine¹⁴⁵. Malgré une décision en sens contraire de décembre 2003,

¹³⁹ Ces lignes doivent beaucoup à la journée d'étude *The « War on Terror » and « Guantanamo Bay » : Challenges to Human Rights and the Rule of Law*, All Souls College, Oxford et Freshfields Bruckhaus Deringer, 25 mars 2004

¹⁴⁰ Suite aux récentes remises de détenus français et marocains aux autorités de leur pays, 156 prisonniers auraient quitté Guantanamo, 129 afin d'être libérés et 27 afin d'être livrés à la justice

¹⁴¹ V. par ex., le communiqué du DOD du 27 juillet 2004, « Transfer of French Detainees Complete », sur www.defenselink.mil/releases/2204/nr20040727-1062.html

¹⁴² Lors de la 27^{ème} F-A Mann Lecture, « Guantanamo Bay : the Legal Black Hole », *British Institute for International and Comparative Law* (BIICL), Londres, 25 novembre 2003. La procédure de transfert à Guantanamo est passablement complexe. Bien qu'un *Review board* contrôle désormais chaque cas annuellement, les tribunaux militaires mis en place par le *Military Order* n° 1 du 21 mars 2002 continueront de prononcer des peines, notamment de mort, sans les garanties minimales d'un procès pénal

¹⁴³ Pour des descriptions précises, V. Joseph Lelyveld, « In Guantanamo », *The New York Review*, 7 Nov. 2002, et de Joseph Margulies, « A prison beyond the law », *The Virginia Quarterly Review*, automne 2004, vol. 80, n° 4

¹⁴⁴ V. en part. le Mémo du 7 février 2002 signé par le Président Bush (justification constitutionnelle du déni des protections de Genève aux combattants capturés en Afghanistan), le Mémo du 1^{er} août 2002 du Département de la Justice au White House Counsel (défense du droit de torturer des personnes suspectées de terrorisme), le Mémo du Pentagone relatif aux « Counter-Resistances Techniques » (autorisant des techniques d'interrogation spécifiques à Guantanamo), techniques dont le Rumsfeld Memo to the Head of the U.S. Southern Command du 16 avril 2003 précise le contenu. V. *The Washington Post*, « Bush Administration Documents on Interrogation », 23 juin 2004

¹⁴⁵ V. Dana Priest and Barton Gellman, « US Decries Abuse but Defends Interrogations : 'Stress and Duress' Tactics used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities », *The Washington Post*, 26 dec. 2002 ; Peter Flinn, « Al Qaeda Recruiter Reportedly Tortured, Ex-Inmate in Syria Cities Others's Accounts », *id.*, 31

l'Administration avait néanmoins convaincu la majorité des juges fédéraux de maintenir leurs choix : dans les affaires *Al Odah v. United States* et *Center for National Security Studies v. Department of Justice*, ils avaient jugé que la ténuité du contrôle américain sur Guantanamo permet de ne pas accepter les pétitions d'*habeas corpus*, et dans l'affaire *Hamdi v. Rumsfeld* que les cours ne peuvent contrôler la désignation présidentielle d'individus capturés dans une zone militaire comme « ennemis combattants »¹⁴⁶.

L'été 2004 fut décisif à cet égard. Dans la première de trois décisions rendues fin juin¹⁴⁷, la Cour suprême a statué sur la compétence des tribunaux américains pour connaître de la légalité et des conditions de détention des prisonniers de Guantanamo¹⁴⁸. Sans avoir à se prononcer sur le fond (la légalité substantielle du statut et du traitement des détenus), elle a considéré que la base de Guantanamo est placée sous « le contrôle et la juridiction complète » des Etats-Unis depuis plus de deux ans, et que le droit américain est donc applicable aux personnes qui y sont détenues. Il revient désormais au juge fédéral du district de Columbia d'examiner la légalité des actes du gouvernement américain à l'égard des requérants.

Suite à une seconde décision, le Pentagone a créé trois « tribunaux d'examen du statut de combattant »¹⁴⁹ dont l'exercice a débuté le 30 juillet¹⁵⁰. A la différence des commissions militaires instituées pour ceux contre lesquels les Etats-Unis ont des preuves de culpabilité qu'ils estiment suffisantes, ces tribunaux militaires n'effectuent que des « fact based proceedings ». Les détenus auraient été informés qu'ils ont le droit de leur demander l'examen de la légalité de leur détention en qualité de « combattants ennemis » sans limite de temps et sans la protection de la Convention de Genève sur les prisonniers de guerre.

Suite à la troisième décision, le Pentagone a fait savoir qu'il informerait les détenus que la Cour suprême les autorise à introduire des recours devant la justice civile américaine (pétition d'*habeas corpus* devant l'*US district court* du district de Columbia), direction dans laquelle avaient par exemple commencé à s'engager Mourad Benchellali, Nizar Sassi, et Ridouane Khalid¹⁵¹.

Janvier 2003 ; Rajiv Chandrasekaran and Peter Flinn, « US Behind Secret Transfer of Terror Suspect », *id.*, 11 Mars 2003; ainsi que le récent rapport de 115 pages de Rhuhel Ahmed, Shafiq Rasul et Asif Lqbal sur les violences qu'ils auraient subies à Camp Delta, accessible sur le site du Center for Constitutional Rights : www.ccr-ny.org

¹⁴⁶ V. *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134, D.C.Cir. 2003 ; *Center for National Security Studies v. DOJ*, 331 F.3d 918, D.C. Cir. 2003 ; *Hamdi v. Rumsfeld*, 337 F.3d 335, 357, 4^{ème} Cir. 2003

¹⁴⁷ V. Ronald Dworkin, « What the Court Really Said », *The New York Review of Books*, vol. 51/ 13, 12 août 2004

¹⁴⁸ V. *Shafik Rasul v. George Bush n° 03-334*. Les arguments de cette affaire et de *Al Odah v. United States*, n° 03-343 sont accessibles sur www.oyez.com. Dans *Hamdi v. Rumsfeld*, la Cour suprême a accordé l'aide d'un avocat et la possibilité de contester le statut de combattant ennemi devant un tribunal (<http://www.jenner.com/hamdi>). V. les très utiles bases de données créées par *Jenner and Block* et l'*International Security Law Project* : la première recense une quarantaine d'*amicus curiae* à la Cour suprême sur www.jenner.com/news.news_item.asp?id=12520724, la seconde de nombreux éléments de ces dossiers sur <http://www.cdi.org/news/law/guantanamo.cfm>

¹⁴⁹ C'est loin d'être suffisant, comme s'en sont notamment justement indignées la Ligue des Droits de l'homme et la FIDH, V. communiqué commun du 27 juillet 2004, « France- Guantanamo : d'une zone de non-droit à une autre ? »

¹⁵⁰ Pour des éléments sur ces tribunaux, V. Sh. Waterman, « Military Reviews begin for Gitmo Detainees », *Washington Times*, 30 juillet 2004

¹⁵¹ Par ex., *Benchellali v. Bush*, 1/ 04CV01142, *Petition for Writ of Habeas Corpus*, D.D.C, 6 juillet 2004, accessible sur www.ccr-ny.org/v2/legal/docs/Filed_Benchellali.pdf

La France face à Guantanamo : généalogie des ambiguïtés

La situation à Guantanamo intéresse la France puisque sept de ses ressortissants y ont été détenus, dont trois le sont encore¹⁵² : Brahim Yadel (33 ans) et Ridouane Khalid¹⁵³ (né le 16 août 1967 à Villemonble) sont originaires de Seine Saint Denis, et avaient déjà été impliqué et soupçonné d'implication dans la préparation d'attentats pour la Coupe du monde de football en 1998. Arrêté par les soldats de l'Alliance du Nord alors qu'il faisait parti d'un groupe de combattants armés en Afghanistan, et condamné en décembre 2000 par contumace par le tribunal de Paris à un an de prison, Brahim Yadel est le seul à être apparu comme un partisan affiché de la guerre sainte¹⁵⁴. Trois autres Français sont originaires de Vénissieux : Nizar Sassi (né le 1^{er} août 1979 à Lyon), Khaled ben Moustafa (né le 9 janvier 1972 à Lyon), ainsi que Mourad Benchellali (23 ans)¹⁵⁵, dont les parents et le frère Menad ont été mis en examen et écroués fin 2002 dans l'enquête dite des « filières Tchétchènes » d'envoi de djihadistes dans la république caucasienne. Mustaqali Patel, commerçant d'origine indienne, installé en Afghanistan après s'être marié à une française sur l'île de la réunion s'est manifesté début 2004 et sa qualité de Français a aussitôt été confirmée¹⁵⁶. Enfin y est présent Imad Kanouni (27 ans). Qualifiés de « combattants ennemis », les Français n'y ont pas bénéficié de la protection offerte par les Conventions de Genève de 1949, n'ont pas connu les charges qui leur étaient reprochées et n'ont pu avoir sur place un accès confidentiel à leurs avocats.

Face à cette question qui n'est donc pas close, les gouvernements français successifs se sont montrés ambigus. Dès le 15 janvier 2002, avant même de savoir qu'il y avait des prisonniers français à Guantanamo, la France avait certes demandé à ce que les prisonniers puissent bénéficier des garanties du droit international quel que soit leur statut et leur nationalité. Si ses ressortissants avaient commis des actes condamnables, elle souhaitait qu'ils soient jugés par des tribunaux judiciaires et si possible en France¹⁵⁷. Par le biais de la Direction des Français à l'Etranger (DFAE), section spécialisée du Ministère des Affaires étrangères, la France avait ensuite dépêché sur place trois délégations (composées de diplomates, de policiers de la DST, et d'agents de la DGSE) pour s'enquérir du sort de ses ressortissants.

Alors que des ressortissants d'autres pays étaient tantôt libérés, tels les britanniques, tantôt transférés à leurs autorités d'origine pour poursuivre leur détention, tels sept russes relâchés début juillet 2004 sur ordre du Parquet général russe, et que les conditions de détentions à Guantanamo étaient connues en France, l'action de l'exécutif français fut pourtant on ne peut plus discrète. On l'a dite frileuse. Malgré les contacts noués avec les autorités américaines, tant à Paris qu'à Washington, le gouvernement français s'est ainsi refusé avant novembre 2003 à toute critique publique de façon, semble-t-il, à ne pas créer un nouvel incident dans une relation bilatérale difficile.

¹⁵² Si des Français membres d'une organisation terroriste internationale dont la finalité est de commettre des actes criminels d'une extrême gravité tombaient *a priori* sous le coup de la loi française et pouvaient être jugés par des juridictions françaises, la justice américaine devenait naturellement compétente s'ils étaient mêlés au 11 septembre

¹⁵³ Son frère Zinédine a été mis en examen et écroué le 18 juin 2004 dans l'enquête sur les « filières tchétchènes »

¹⁵⁴ Pour un verbatim partiel de son interrogation par la DST, V. *Le Monde*, 29 septembre 2004

¹⁵⁵ Sur son itinéraire et celui de sa famille, V. *Le Monde*, 16 mars 2004

¹⁵⁶ Point de presse du Ministère des Affaires Etrangères, 28 janvier 2004, n° 5

¹⁵⁷ Hubert Védrine l'avait demandé le 22 mai 2002

Considérant que cette stratégie de discrétion masquait son impuissance, les avocats de Mourad Benchellali, Khaled Ben Moustafa, Ridouane Khalid and Nizar Sassi ont lancé une offensive générale, civile et pénale. La première action civile, visant à qualifier MM. Sassi et Benchellali de prisonniers de guerre, a échoué en octobre 2002 lorsque le Juge des référés au TGI de Paris s'est déclaré incompétent à leur reconnaître un tel statut, et à leur accorder la protection des textes internationaux applicables en l'espèce. Cette démarche, dont on ne voit pas qu'elle ait jamais eu de véritables chances de succès, avait pour but d'ouvrir le débat sur les conditions de détention des détenus français. Elle révéla une application stricte des textes. Elle fut poursuivie au pénal par le dépôt d'une plainte contre X avec constitution de partie civile pour « détention arbitraire » et « enlèvement et séquestration » sans prospérer davantage. Dans une décision du 20 mai 2003, la cour d'appel de Lyon a en effet approuvé le refus d'informer, défendu conjointement par le juge d'instruction et l'avocat général, en estimant que le droit français ne pouvait s'appliquer en cette espèce, que les Etats-Unis avaient agi en Afghanistan dans le cadre de deux résolutions du Conseil de sécurité, et donc conformément au droit international, ce qui empêchait *ipso facto* toute poursuite pénale. Les deux avocats se sont pourvus en cassation. Une autre action au civil fut simultanément engagée à Lyon pour accorder à ces prisonniers un statut juridique dans la mesure où ils n'étaient toujours pas ni « suspects » ni prisonniers de guerre.

Enfin, de façon à favoriser une coopération judiciaire avec les Etats-Unis et éventuellement instituer le cadre juridique d'une éventuelle extradition, la section antiterroriste du Parquet de Paris avait ouvert le 6 novembre 2002 une information judiciaire contre X pour « association de malfaiteurs, en relation avec une entreprise terroriste », mais cette demande officielle d'entraide judiciaire est restée sans réponse.

Pour sortir de ces impasses, après avoir saisi en décembre 2002 le groupe de travail de l'Onu sur la détention arbitraire qui, dans un avis du 8 mai 2003, a notamment condamné l'absence de « base légale » de la détention de trois des sept Français, les avocats français se sont tournés le 6 Octobre 2003 vers Theo van Boven, rapporteur spécial de l'ONU sur la torture, en lui demandant d'enquêter sur les lieux et de faire un rapport public. Selon eux, les conditions de détention à Guantanamo, assimilables à de la « torture blanche », contraire au principe de dignité humaine, constituent des infractions à la Convention sur la torture de 1984.¹⁵⁸ Ils ont ensuite demandé le 15 octobre 2003 au Ministre des Affaires étrangères de saisir la Cour Internationale de Justice face à « la violation persistante et manifeste des traités et des principes fondamentaux reconnus en droit international », en particulier la violation de la Convention de Vienne de 1963 dont l'article 36 porte sur la détention de ressortissants étrangers, ainsi que du traité d'entraide judiciaire dans les affaires pénales signé le 10 décembre 1898 entre Washington et Paris.

Le 27 juillet 2004, Mourad Benchellali, Nizar Sassi, Brahim Yadel et Imad Kanouni ont officiellement été remis à la France après des négociations entreprises de longue date¹⁵⁹. A l'issue des trois jours de garde à vue dans les locaux de la DST, les quatre hommes ont été déférés au Parquet de Paris puis présentés aux juges d'instruction Bruguière et Ricard qui les ont mis en examen pour association de malfaiteurs en vue de préparer une entreprise terroriste dans le cadre de l'enquête ouverte en septembre 2002. A la requête du Parquet, ils ont ensuite

¹⁵⁸ V. le texte d'Antoine Garapon et d'Olivier Mongin sur l'achèvement de la logique de la « peine neutre » (Thierry Pech) dont la violence est dans l'apparente non violence (agir sans faire souffrir, faire souffrir sans toucher), in « Les Indiens de Guantanamo », *Le Monde*, 12 février 2002, p. 16

¹⁵⁹ Si l'on conteste la nature de l'expulsion, et dans la mesure où aucune demande d'extradition n'a été formulée faute d'éléments suffisants, il y a risque d'extradition déguisée, procédure pour laquelle la France a déjà été condamnée au niveau européen, V. Cour EDH, arrêt *Bozano c/ France* de 1986, 18 décembre 1986, Série A, n° 111

été présentés au juge des libertés et de la détention qui a réclamé leur placement en détention (confirmé en appel) au nom de ce que leur proximité avec des islamistes radicaux devait leur donner conscience de pénétrer dans un groupement dont la vocation était de préparer des actions terroristes¹⁶⁰. Bien qu'officiellement aucune garantie n'ait jamais été donnée par la France quant à une incarcération des hommes dès leur retour, un peu de diplomatie n'est pas exclu dans le choix opéré *in fine*, à un moment où sont poursuivies « les discussions avec les autorités américaines en vue d'obtenir aussi rapidement que possible la remise des autres détenus français restant à Guantanamo »¹⁶¹.

Les terrains sur lesquels il fallait défendre les droits

La marge de manœuvre de la France était ténue. Avant la décision de juin de la Cour suprême, on avait pu entendre parler de l'intervention de la France en tant qu'*amicus curiae* devant cette Cour de façon à appuyer les démarches soutenant l'applicabilité de l'*habeas corpus* sur le territoire de Guantanamo, et signifier l'intérêt de la France pour le sort de ses détenus. Mais à la différence de l'*amicus curiae* des Etats membres de l'Union européenne relatif à l'application de la peine de mort aux mineurs, qui avait visé à apporter à la Cour suprême des éléments d'information sur l'existence d'une règle de droit international général, l'*amicus curiae* aurait ici porté sur une question relative à la compétence des tribunaux américains, *ie* au droit interne. Or si le recours au droit international aurait éventuellement pu être utile dans l'examen des problèmes de juridiction territoriale et temporelle posés par l'exégèse du traité bilatéral en question, on ne voit que la France ait eu aucun titre juridique pour interpréter cet acte conventionnel auquel elle n'est pas partie, et que la requête eût donc pu prospérer.

Autrement plus intéressante semblait la suggestion du 15 octobre 2003 de saisir la Cour internationale de justice d'une requête relative au droit d'assistance consulaire au bénéfice des ressortissants détenus sur la base de Guantanamo. On pouvait cependant légitimement douter de son opportunité politique dans la mesure où l'usage veut que les membres du Conseil de sécurité s'efforcent de résoudre leurs différends sans recourir à la CIJ - seule une affaire de 1952 a confronté la France et les Etats-Unis. Surtout, l'aurait-il fallu, on ne voit pas qu'elle eût pu prospérer. Pour que la CIJ se déclarât compétente en l'espèce, il aurait en effet fallu établir l'existence d'un différend entre la France et les Etats-Unis concernant l'interprétation ou l'application de la Convention de 1963 au cas des prisonniers de Guantanamo, ce que la France s'était refusée à faire et ce que la CIJ aurait eu du mal à admettre en l'absence d'une démarche effective de la France. Une fois qu'elle a été mise au courant de la présence de ses ressortissants, la France n'a en effet visiblement pas cherché à exercer les droits que la Convention de 1963 lui attribue : aucune des missions de la DFAE n'avait été inscrite dans le cadre de visites d'assistance consulaire, et l'on n'a pas connaissance que la France ait jamais sollicité des Etats-Unis qu'ils consentent à ce qu'un fonctionnaire consulaire français en poste sur le territoire américain se rende à Guantanamo¹⁶². Outre qu'il est difficile de déterminer l'appréciation de la CIJ quant au statut juridique particulier de Guantanamo au regard de la Convention de 1963, sa compétence, limitée à l'examen du respect de la Convention sur les relations consulaires, n'aurait de toutes

¹⁶⁰ Sur leur parcours, V. *Le monde*, 29 septembre 2004. Selon leurs avocats, la justice française aurait fondé la conclusion de l'enquête préliminaire et l'ouverture d'une instruction « pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste » sur la base d'interrogatoires menés à Guantanamo par la DST, ce qui pourrait entacher d'irrégularité la totalité de la procédure

¹⁶¹ Communiqué du Ministère des affaires étrangères du 27 juillet 2004

¹⁶² Le cadre juridique est donc plus complexe que celui dont la Cour avait eu à connaître concernant l'exercice des droits consulaires de l'Allemagne au bénéfice des frères LaGrand (All. c Etats-Unis), arrêt du 27 juin 2001

les façons guère pu s'étendre aux questions de droit que soulèvent, notamment, la situation humanitaire ou la légalité de la détention des ressortissants français à Guantanamo.

La faible chance de voir prospérer cette requête devait conduire à prendre la question de Guantanamo de façon plus générale, et à se demander quelle pourrait être la position de la France du point de vue du droit international, notamment certaines améliorations, au-delà du *jus ad bellum*, du *jus in bello* lui-même. En terme de droit, c'est sur ce terrain-là qu'il fallait défendre la liberté, autant pour le cas d'espèce que de façon préventive. Parce que *pacta sunt servanda*, il faut tenter de relever le défi à l'intérieur d'un cadre juridique existant, même s'il est indéniable que les événements liés au 11 septembre, parce qu'ils ne tombent sous aucune des catégories du droit international, ont mis en question le droit international lui-même.

Quelle action préventive soutenir ?

La France gagnerait d'abord à s'investir dans les réflexions sur la double rénovation du *jus ad bellum* dans les cas où des Etats fourniraient une aide au terrorisme¹⁶³. Sur la question de l'engagement de la responsabilité étatique d'une part, la réflexion devrait porter en particulier sur le cas où un Etat est impliqué dans des actes commis sur un autre territoire car, sauf à avoir toléré, soutenu voire impulsé des activités terroristes, les autorités publiques ont normalement une juridiction limitée hors de leur propre territoire.

Quant à la question alternative des pressions qu'il peut être souhaitable d'effectuer sur un Etat fautif pour le faire changer de conduite, outre les contre-mesures, la difficulté essentielle pour l'avenir porte sur le cas extrême du recours à l'utilisation unilatérale de la force armée sans décision préalable du Conseil de sécurité. Le débat considérable sur la légalité de l'intervention américaine en Afghanistan l'avait illustré¹⁶⁴. Les justifications les plus courantes de ce type d'intervention sont l'intervention humanitaire et le droit inhérent à l'autodéfense en vertu de l'article 51 de la Charte pour un Etat qui s'estime victime d'une attaque armée, mais l'intervention en Afghanistan a compliqué la question. S'il est loin d'être évident que cet Etat a perpétré une attaque armée au sens de la Charte, la faible opposition des Etats et l'acceptation explicite de l'intervention et de la destruction de ce sanctuaire par le Conseil de l'OTAN¹⁶⁵ et le Conseil de l'Europe peuvent en effet accréditer la thèse que ce seul précédent a créé une coutume instantanée. Dans cette hypothèse, le 11 septembre aurait créé un nouveau droit d'utilisation de la force dans les territoires étrangers dans le cas d'actes de violence graves perpétrés par des individus privés ou groupes, sans égards à aucun lien entre eux et un Etat particulier. Ce cas est-il la prémisse d'une coutume, source de droit en cas d'attaques terroristes futures de ce type ? Gageons avec Gilbert Guillaume que c'est ici que la réflexion est à mener.

¹⁶³ Sur ce point, nous renvoyons à la Grotius Lecture de Gilbert Guillaume, « Terrorism and International Law » donnée au BIICL de Londres le 13 novembre 2003

¹⁶⁴ V. la résolution 1368 du Conseil de sécurité du 12 septembre 2001. Sur la qualification des attaques comme « armed attack », et l'utilisation du droit à l'autodéfense sur un territoire étranger lorsque l'attaquant est une organisation terroriste non étatique comme *Al Qaïda*, V. en part. L. Condorelli, « Les attentats du 11 septembre et leur suite : où va le droit international ? », *RGDIP*, 2001, n° 4 ; M. Reisman, « In Defense of World Public Order », *AJIL*, 2001, p. 833 ; T. Franck, « Terrorism and the Right of Self Defense », *AJIL*, 2001, p. 840 ; « Le droit international face au terrorisme », *Cahiers internationaux* n° 17, CEDIN, Paris I ; G. Abi-Saab « The Proper Role of International Law in Combating Terrorism », *Chinese Journal of International Law*, vol. I, 2002, n° 1, p. 305

¹⁶⁵ Dès le 12 septembre 2001, l'OTAN a invoqué pour la première fois la clause de défense collective de l'article 5 de la charte de Washington, mais les Etats-Unis ont préféré réunir une coalition *ad hoc* plutôt qu'utiliser le cadre de l'Alliance Atlantique

Mais c'est probablement sur le statut du *jus in bello* et en particulier l'application des Conventions de Genève, que la France pourrait le plus utilement faire entendre sa voix¹⁶⁶. Car l'heureux carcan des Conventions de Genève a plus de mal que jamais à s'imposer. Si le terrorisme international lutte au nom d'une idéologie largement répandue, et s'il est donc parfois difficile de le distinguer d'un substrat d'individus et d'Etats qui le soutiennent¹⁶⁷, on ne peut en effet pas considérer les groupes comme *Al Qaïda* comme de quasi-Etats et les règles du modèle de la guerre ne peuvent donc statutairement pas s'appliquer aisément en l'espèce. De quelle guerre s'agirait-il d'ailleurs ? D'une guerre sans frontière juridique, sans objectif qui en fixe la durée, et sans ennemi précis, avec un champ de bataille virtuellement planétaire ? La Maison Blanche, le Pentagone et le Département de la Justice en avaient conclu que les détenus capturés en Afghanistan ne devaient pas avoir le statut de prisonniers de guerre. Et en l'absence d'un modèle opératoire, avaient exonéré leur action des restrictions usuelles.

Que la campagne contre la terreur internationale ne puisse être construite ni selon le strict modèle pénal ni donc selon le modèle préexistant de la guerre, ne conduit pourtant pas à s'exempter de tout droit. De même que le principe d'humanité partagée rappelé par Ronald Dworkin n'est pas ignoré ou outrepassé durant le procès pénal ou la guerre conventionnelle, de même les opérations de lutte contre le terrorisme ne doivent pas violer ce principe dans cette situation nouvelle¹⁶⁸. Défendre la liberté sur ce terrain-là consiste à élaborer de nouveaux concepts qui intègrent les schèmes passés dans un modèle permettant à ce principe de se déployer. Les conventions de Genève ne sont certes pas immuables - elles avaient déjà été amendées en 1977 pour tenir compte de nouvelles spécificités telles que les guerres de décolonisation ou les guérillas, mais le terrorisme international ne nous semble pas conduire aujourd'hui à renouveler le cadre général de ces textes. Les changements qui doivent être opérés pour parer à certaines difficultés inédites ne doivent l'être qu'à la marge du droit existant. La diplomatie doit veiller davantage qu'elle n'a réussi à le faire au respect des textes existants.

De façon générale, on peut ainsi soutenir avec la Commission de Venise¹⁶⁹ ou les travaux menés à Harvard par Claude Bruderlein que le droit international humanitaire¹⁷⁰, qui s'applique toutes les fois que le combat contre le terrorisme peut être assimilé ou donne lieu à un conflit armé, offre un cadre juridique général *adéquat* en ce qui concerne les règles de détention et de traitement des personnes qui ont été détenues au cours d'un conflit armé

¹⁶⁶ Sur l'action proprement américaine, V. les suggestions de David Martin sur la possible action du Congrès, dans son audition devant la *9/11 Commission*

(www.9-11commission.gov/hearings/hearing6/witness_martin.htm), not. § III

¹⁶⁷ La protection d'*Al Qaïda* par l'Etat Afghan et l'utilisation des infrastructures de ce dernier entre 1996 et 2001 ont par exemple participé à la constitution d'une structure (avec camps d'entraînement, donneurs d'ordre et planification d'opération) qui plaident pour son assimilation à un quasi-Etat

¹⁶⁸ V. les remarques de Ronald Dworkin, *supra*, quatrième partie

¹⁶⁹ Commission de Venise, Avis sur la nécessité d'un éventuel développement des conventions de Genève sur la base des observations de MM. Christoph Grabenwarter, Jan Helgesen et Georg Nolte, 12-13 décembre 2003

¹⁷⁰ Les exigences du droit international humanitaire sont moins strictes que celles des instruments généraux relatifs au droit des droits de l'homme. Elles forment cependant une base solide pour assurer une protection contre les procédures arbitraires devant des organes ne méritant pas d'être qualifiés de « tribunal indépendant » ou de « cour (de justice) indépendante ». En particulier, bien que plusieurs garanties fondamentales prévues par l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) ne soient pas expressément énumérées dans l'article 75 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 relativement à la protection des victimes de conflits armés internationaux, l'article 75 (8) de ce dernier Protocole stipule qu'aucune autre disposition plus favorable ne peut être exclue du seul fait qu'elle ne figure pas parmi les droits protégés par son article 75. Les garanties plus étendues visées par l'article 14 du PIDCP s'appliquent donc en principe aussi aux combattants non privilégiés tels que ceux qui sont détenus à Guantanamo Bay

international¹⁷¹. Parce que les membres suspectés d'appartenir à un réseau terroriste international relèvent de la catégorie des autres « personnes protégées » visés par la IV^{ème} Convention de Genève, et parce que les nationaux d'un Etat qui n'est pas partie au conflit, bien qu'exclus de la Convention, bénéficient néanmoins de la protection offerte par l'article 75 du premier Protocole, la Commission de Venise est tout à fait fondée à soutenir que les Conventions de Genève ne laissent aucune personne privée de protection. Autrement dit, et c'est là l'essentiel, il n'y a pas de vide juridique en droit international concernant la protection de ces personnes. S'il est de la plus haute importance de bien mettre en œuvre ces règles du droit international humanitaire et de droit des droits de l'homme, la solide logique humanitaire à laquelle ces règles obéissent doit néanmoins laisser place à de menus aménagements. La Convention de Venise préconise dans cet esprit un instrument additionnel pour les menaces à la paix et à la sécurité sans le décrire plus avant.

Ces éléments reposent sur le fait qu'il doit être possible d'exiger d'une nation qu'elle poursuive les terroristes, et qu'une fois les prisonniers capturés, une procédure conduite dans un délai raisonnable à ce que les juges compétents décident au cas par cas du modèle adéquat (prisonnier de guerre ou criminel de droit commun), ainsi que le prévoit l'article 5 de la III^{ème} Convention de Genève¹⁷².

En l'état, ni le modèle des prisonniers de guerre ni celui des criminels de droit commun n'est pleinement opératoire, or refuser le statut de combattant, de prisonnier ou de civil à la majorité des forces opposées serait contraire aux principes des Conventions de Genève étant donnée qu'une symétrie absolue lie le statut de combattant et celui de civil. Une lecture ouverte des règles des Conventions de Genève faite selon les principes qui gouvernent ces règles doit donc être opérée.

Concrètement, dans la mesure où les terroristes n'ont pas d'uniformes, on ne peut pas faire de leur port le critère distinctif pour savoir si un prisonnier est ou non un criminel de guerre. Il faut distinguer selon que la personne qui ne remplit pas les conditions requises pour prétendre au statut de prisonnier de guerre a ou non droit, même si elle est un « combattant illégal », à une protection en tant qu'autre « personne protégée » au titre de la IV^{ème} Convention de Genève. Si tel est le cas, cette personne jouit en règle générale de tous les droits reconnus aux civils par la IV^{ème} Convention de Genève sous réserve de certaines restrictions. Si en revanche, cette personne est un « combattant non privilégié », son statut dépend de l'article 5 de la IV^{ème} Convention de Genève. Or les deux paragraphes de cette disposition confèrent à la Puissance détentrice des pouvoirs plus étendus pour restreindre les droits des personnes protégées lorsque ces personnes se trouvent dans son propre territoire. Les motifs de cette distinction qui ne sont pas des plus clairs dans les Conventions de Genève pourraient être précisés, ainsi que le préconise justement la Commission de Venise. Pourquoi ne pas soutenir que les personnes que l'on peut légitimement soupçonner de terrorisme international doivent être justiciables de la règle plus générale de l'article 5 (1) de la IV^{ème} Convention de Genève ? Celle-ci est soumise à plusieurs limitations importantes énumérées aux articles 5 (3) de la IV^{ème} Convention, à l'article 75 du Premier Protocole additionnel et à l'article 3 commun des Conventions de Genève. Cette solution a néanmoins le désavantage, ainsi qu'on le rappelle parfois, qu'il peut être difficile de poursuivre les « combattants non privilégiés » devant une juridiction pénale dès lors qu'ils sont nombreux à faire leur apparition sur la scène des conflits internationaux et à y être capturés sans

¹⁷¹ Dans son avis, la Commission a pris en considération les troisième et quatrième Conventions de Genève ainsi que les deux Protocoles additionnels de 1977. La base est donc plus étroite que celle envisagée par le CICR dans son récent rapport sur l'éventualité d'une clarification du droit international humanitaire, V. *Rapport sur le Droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains* (décembre 2003)

¹⁷² L'article de Knut Dörmann fait ici référence, « The Legal Situation of Unlawful/ Unprivileged Combatants », *The International Review of the Red Cross*, Vol. 84, n° 849, mars 2003

qu'il existe de preuves individualisées d'une conduite criminelle (en dehors de leur association aux autres combattants appartenant à une organisation terroriste internationale telle qu'*Al Qaïda*).

Le droit international humanitaire n'exclut pas que la puissance occupante ait recours dans ce cas à la détention administrative des « combattants non privilégiés » - internement ou assignation à résidence - en sus des procédures pénales dès lors que certaines conditions sont respectées : il suffit de prouver qu'ils sont effectivement associés à une organisation terroriste internationale et font peser une menace permanente. Ainsi qu'on l'a dit à propos de Guantanamo, et qu'on continue de le dire à propos des *Reviews panels* institués le 30 juillet 2004, ce maintien en détention ne saurait être prolongé indéfiniment si aucune preuve suffisante n'est présentée dans un délai raisonnable soit pour justifier le maintien en détention administrative, soit pour ouvrir une procédure pénale, quand bien même la personne aurait été arrêtée au cours d'un conflit armé dans lequel une organisation terroriste internationale est impliquée¹⁷³. Des limitations dues aux circonstances spéciales doivent de plus être admises dans certaines conditions¹⁷⁴. Sur tous ces points, des précisions doivent être apportées. En outre, la France pourrait nourrir le travail conventionnel régional ou universel sur différents chantiers : l'utilisation de la « proportionnalité » dans l'attaque et la défense, les bombardements des sites civils, l'accès et l'assistance aux civils, le droit d'occupation, les attentats-suicides, les nouvelles technologies de la guerre. C'est sur ce terrain aussi, qu'il faut défendre les libertés.

CONCLUSION

Le terrorisme international n'en finit pas de faire rouler ses effets, de se complexifier, de se techniciser, de se répandre. Le 11 septembre passé, il a donné l'intuition d'une démesure nouvelle.

Avec plus ou moins de réussite, les Etats ont ajusté leur réponse, notamment par l'entremise des renseignements qui restent la clef de l'antiterrorisme. Il aura malheureusement fallu Madrid, après Casablanca et Istanbul, pour que l'Union européenne cesse de se payer de mots, et apporte l'espoir enfin tangible d'une réponse coordonnée. Ce fut de grande lutte, tant les réseaux terroristes usent de la persistance des souverainetés nationales dans les domaines régaliens de l'Etat. Mais aujourd'hui, les démocraties européennes se sont enfin hissées à la hauteur des enjeux.

Trois années de recul jettent une lumière contrastée sur les stratégies mises en oeuvre. Aux francs succès comme la reconnaissance effective des décisions judiciaires au sein de l'Union européenne répondent les pistes difficilement praticables telles que la traque du financement du terrorisme. A l'exception du financement des armes de destruction massive, les fonds utilisés sont en effet techniquement quasi-impossibles à appréhender. Entre les succès et les impasses, les grands dossiers avancent à un rythme variable : collusion entre les Etats

¹⁷³ Avant la décision de la Cour suprême, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, par une décision du 12 mars 2002, avait ainsi demandé aux Etats-Unis de « prendre des mesures urgentes de façon à ce que le statut juridique des détenus de Guantanamo soit déterminé par un tribunal compétent », V. *ILM*, vol. 41, n° 3, mai 2002, pp. 532-535

¹⁷⁴ Si le Congrès américain doit par exemple pouvoir créer des cours spéciales, ces dernières doivent vérifier certaines garanties (séparation des pouvoirs, possibilité d'appel...). Les traités relatifs aux droits de l'homme prévoient généralement une possibilité de dérogation à certains des droits spécifiques qu'ils consacrent, V. l'article 4 du PIDCP relatif au « cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation », dans certaines conditions et par le biais d'une procédure spéciale visée à l'article 4(3) dudit Pacte, V. aussi l'article 15 de la Convention EDH

proliférants et les organisations terroristes, trafic clandestin dans le domaine des NRBC, coopération internationale, lacunes dans le dispositif de protection des populations civiles en cas d'attaques terroristes de grande ampleur...

L'Europe ne doit pas relâcher son attention. Dans le domaine du renseignement par exemple, la division du travail s'estompe entre les services qui disposent d'un bon renseignement humain et ceux qui possèdent des capacités techniques très développées. Sachant que les réorganisations en cours aux Etats-Unis suite aux recommandations de la Commission 11 septembre conforteront les progrès qui y ont déjà été réalisés, et sachant que la coopération en matière de renseignement repose sur l'existence de services capables de s'échanger des informations sur une base relativement équilibrée et utilisant des technologies comparables afin de pouvoir se comprendre, comment ne pas s'inquiéter, comme y invite avec raison un récent Rapport de l'Assemblée nationale, de l'effet à long terme de restrictions budgétaires européennes prématurées en ce domaine¹⁷⁵ ?

Mais s'il fallait combler un retard, il est désormais temps de prévoir notre réaction si le terrorisme devait s'installer durablement sur nos territoires, et prendre la forme d'attaques plus massives encore que celles, atroces, que nous avons déjà connues, par exemple en France en 1986 ou 1996. Des mesures institutionnelles ont été proposées, notamment pour la gestion des urgences, mais le propos est plus général. Trois ans après le 11 septembre, nul ne doute que le pire est devant nous, et pourtant, s'il advenait, qu'avons-nous vraiment appris en trois ans ?

De l'expérience américaine ? Plutôt l'image des difficultés à venir. Si l'on s'est à juste titre réjoui que la Cour suprême et la justice fédérale aient à nouveau endossé le rôle de contrepoids que leur confère cette formidable démocratie, et que le droit redevienne audible, peut-on pour autant parler d'une victoire du droit ? C'est plutôt l'aveu que les démocraties commencent *toujours* par faiblir. Le *Patriot Act* aura rejoué les scénarios américains de 1919 ou 1944, ces tragiques alternances de l'erreur, et puis du regret un peu gêné. La France, mieux armée et moins choquée, n'a certes pas eu à réagir de la sorte, mais il n'est pas certain qu'elle l'eût globalement mieux fait. L'absence de contrôle constitutionnel *a posteriori* et de cette vertu de transparence si américaine rend en cette matière notre Etat de droit plus prompt à la dérive et le retour au droit plus malaisé.

On dira : il faut au moins se féliciter de la pugnacité qu'ont montrée les associations de défense des droits, par exemple que cette coalition américaine improbable, de l'*American Civil Liberty Union* et du *Center for Constitutional Rights* au *Cato Institute*, ait donné de la voix face aux errements de majorités effrayées ! Mais faut-il se réjouir de tous les arguments avancés ? En France, en 2003, 2001, 1996, 1986, les pourfendeurs du liberticide ont globalement continué à défendre le droit en prônant un retour à l'existant. Est-ce la bonne technique pour l'emporter ? Des retoquages constitutionnels essentiels y ont certes eu lieu en 1986 et 1996, mais après ? Combien de combats perdus. On a donné de la voix et il le fallait, très bien, mais la défense des libertés n'a pas été suffisamment préparée pour l'éventualité d'un terrorisme international durable. Car en cette matière, le retour à l'existant n'a pas de sens. On n'a toujours pas défini, ni en France ni aux Etats-Unis, comment sauver les libertés en ces temps changeants.

On a mal dit le besoin de sécurité et on a mal défendu les libertés, c'est tout un. Car on a joué l'un contre l'autre, sans prendre suffisamment en compte les effets de ces choix sur la communauté, l'ordre public, le lien social. A l'antinomie stérile de la sécurité contre la liberté,

¹⁷⁵ Rapport d'information n° 1976, Assemblée nationale, 6 juillet 2004

substituons donc enfin le seul programme qui vaille, qui rassemble d'un même geste les trois principes de sécurité, de respect des libertés et de réconfort de la population. Pour continuer à vivre sans peur dans des institutions libres, mettons donc de côté nos petites boîtes de sécuritaires et de libéraux et cherchons enfin de nouvelles règles pour satisfaire à ces trois principes.

Réconforter dans un climat de panique, c'est accepter le principe de mesures qui ne soient éventuellement pas directement efficaces mais donnent le sentiment de l'être. Le réconfort vis-à-vis d'un risque multiforme passant par une société soudée, ces mesures devront s'attacher plus qu'ailleurs à résoudre de difficiles équations : favoriser l'unité tout en s'engageant préventivement dans des contrôles par nature souvent discriminatoires, et mettre un terme aux extrémismes tout en ralliant les minorités.

Respecter des libertés, c'est parfois les laisser évoluer. Comment continuer à jouer en effet avec des règles, un code et un honneur dont nos ennemis se passent allègrement ? Quand notre vertu signe notre faiblesse et que tenir ferme à l'Etat de droit donne simplement trop de liberté aux terroristes pour exploiter notre liberté, l'incantation du respect du droit devient intenable. On fulmine encore contre des mesures dont on jouit pourtant des résultats. La question est plutôt, pour reprendre les termes de Michael Ignatieff : comment, puisque nous le devons, verser éventuellement dans le moindre mal sans tomber dans le pire ?¹⁷⁶

Assurer la sécurité enfin, c'est toujours contenir cette exigence dans des limites. Si vaincre la sécurité a son coût - des incriminations plus larges, des détentions préventives longues-, ce n'est cependant pas n'importe lequel : le refus de la torture doit par exemple demeurer un absolu, et il faut être outré de la façon dont la Haute Cour anglaise a décidé de l'admettre comme moyen de preuve le 11 août dernier. Ce n'est pas n'importe comment non plus : si nous devons trafiquer avec le mal, nous devons assumer ce trafic en pleine lumière. Les détentions abusives doivent ainsi recevoir une juste compensation financière, leur décence doit être assurée. Si tel n'est pas le cas, ce sera une victoire à la Pyrrhus. Une de ces victoires que l'on regarde sur le tard avec cette gêne de la honte.

Mettre en œuvre ces trois principes nécessite des réformes. Nos institutions ne sont pas immuables. Aux Etats-Unis, le 11 septembre aura révélé la lenteur du système des *checks and balance* - de la délibération du Congrès au contrôle des cours -, alors que le terrorisme appelle des actions décisives. Les efforts faits pour renforcer les pouvoirs de l'exécutif de façon à permettre une action efficace et rassurante doivent en contrepartie, comme le soutenait fin juillet la Commission 11 Septembre, améliorer le respect des libertés, par exemple en instituant des instances chargées du respect des libertés au sein même de l'exécutif¹⁷⁷.

En France, les libertés ont d'autant plus été affectées que les dispositions antiterroristes post 11 septembre furent adoptées dans l'urgence et mal contrôlées. Le contrôle du Conseil constitutionnel est en effet ici plus qu'ailleurs sujet à des dérives. Le climat sécuritaire d'après crise désactive souvent les mécanismes de saisine constitutionnelle, politiquement impossible en période de crise comme ce fut le cas en 2001. Surtout, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi, semble juger plus difficilement en cette matière très politique. Parfaire son contrôle en cette matière passe par une meilleure définition des normes constitutionnelles qui fondent son jugement et une caractérisation plus ferme de la façon dont il doit ici trancher les conflits de normes, et appliquer les mécanismes de proportionnalité.

¹⁷⁶ « Could we Lose the War on Terror?, Lesser Evils » *The New York Times Magazine*, 2 mai 2004

¹⁷⁷ Rendu public le 22 juillet 2004. Sur le respect des libertés, V. les recommandations faites au chap. 12 p. 391-393 et sur le congrès au chap.13, p. 419-423. Rapport téléchargeable sur www.9-11commission.gov.

Ces défaillances dans les contrôles sont aggravées par le manque de publicité : la liberté se construit ; dépendante, elle décrépît. On ne peut pas *ad vitam aeternam* légiférer sur ces matières essentielles sans contrôle constitutionnel comme ce fut le cas en 2001, et pérenniser ces mesures en catimini comme ce fut le cas en 2003. Voire en étendre le principe à d'autres incriminations. Construire le réseau internet, repenser le respect de la vie privée (du contrôle des courriels au transfert des données) et intégrer les inévitables discriminations, il y a dans l'antiterrorisme bien plus qu'un rapport du politique au droit où on le cantonne usuellement. S'y profile une vision de la société, et c'est pour cela que les mesures ne sauraient à l'avenir n'être pas contrôlées de manière spécifique et prises de façon définitive sans validation populaire éclairée : elles appellent un *contrat* social. Transformer le contrôle d'internet face au terrorisme, oui ; mais il ne fallait pas profiter de l'occasion pour introduire subrepticement des dispositions de la Loi sur la Société de l'information que le Gouvernement avait lucidement mises au rebut quelques mois auparavant. Faciliter les détentions préventives le cas échéant, pourquoi pas ?, mais en les contrôlant et en les compensant mieux. Le président de la République peut autoriser des pilotes à abattre un avion pris en otage s'il risque de tuer plus de personnes qu'il n'y en a dans l'avion, mais cela doit être su.

L'hypothèse d'actes de l'ampleur des attaques du 11 septembre doit du reste conduire à reconsidérer les modalités de l'article 16 de notre Constitution. Parce qu'il existe, et qu'en l'état son éventuelle utilisation pourrait conduire à de regrettables dérives. S'il faut favoriser des mesures d'adoption rapides, le juriste américain Bruce Ackerman opte habilement pour un système de super majorités qui limite la prolongation de l'état d'exception. La Constitution de l'Afrique du Sud en propose par exemple déjà une modalité en son article 37. De même, des contreparties financières doivent indemniser ceux que la raison d'Etat aurait conduit à détenir préventivement par erreur. Enfin, les cours doivent contrôler la décence des conditions de détention dès l'Etat d'exception. Il faut améliorer l'article 16 parce qu'il existe. Mieux vaut en effet formaliser et contrôler les pouvoirs d'urgence que de permettre au Président d'acquiescer les pouvoirs d'un tyran.

Mais pour cette tâche, les réformes ne suffiront pas sans une plus grande acceptation du risque, c'est-à-dire l'intime conviction de tous que la sécurité totale n'existera jamais. Cela n'est pas sans conséquences : parce qu'en période de tension, il faut le soutien de tous, il faut savoir refuser une mesure préventive discriminatoire qui délite le lien social, parce qu'en affaiblissant la solidarité, elle coûte souvent indirectement plus que le gain d'efficacité directe qu'elle permet. Accepter le risque, c'est choisir la solidarité. Il faut aussi une vision de la liberté. Face à un terrorisme que la raison enjoint de considérer comme durable, il faut se projeter dans la construction future de notre communauté. Autant dire qu'il faut une politique juridique face au terrorisme. Et au lieu d'en rappeler aux vieilles libertés, disons nous qu'elles évoluent et qu'il serait plus sage de les construire ensemble.

Les Américains avaient débaptisé les représailles « Justice sans limite » en « Liberté immuable ». Cette requalification prit une journée. Pour sauver notre liberté, sortons de l'alternative entre la sécurité et la liberté et commençons donc par construire ensemble, durablement et publiquement nos libertés.

Glossaire

ACLU	American Civil Liberties Union
CCR	Center For Constitutional Rights
CCT	Comité Contre le Terroriste (adopté par la résolution de l'Onu n° 1373 du 28 septembre 2001)
CILAT	Comité Interministériel de Lutte Contre le Terrorisme
CNIL	Commission Nationale Informatique et Libertés
GIGN	Groupe d'Intervention de la Gendarmerie Nationale
RAID	Recherche, Assistance, Intervention, Dissuasion
CRI	Conseil de Renseignement Intérieur
Commission de Venise : commission européenne pour la démocratie par le droit (organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles, créé en 1990)	
DFAE	Direction des Français De l'Etranger (Ministère des Affaires Etrangères)
DGSE	Direction Générale de la Sécurité Extérieure
DST	Direction de la Surveillance du Territoire
FNAEG	Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques
Jus ad bellum : ensemble des règles qui définissent les raisons légitimes que peut avoir un Etat à entrer en guerre et proposent certains critères qui confèrent légalité à la guerre	
Jus in bello : ensemble des règles qui s'appliquent une fois le conflit engagé	
NRBC	armes Nucléaire, Radiologique, Bactériologique et Chimique
DCRG ou RG	Direction Centrale des Renseignements Généraux
STIC	Système de Traitement des Infractions Constatées
UCLAT	Unité de Coordination de la Lutte Antiterroriste