



HAL
open science

Droits fondamentaux et mesures antiterroristes : l'exemple du gel des avoirs des présumés terroristes

Lisa Dumoulin

► To cite this version:

Lisa Dumoulin. Droits fondamentaux et mesures antiterroristes : l'exemple du gel des avoirs des présumés terroristes. Institut Universitaire Varenne. Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques, L.G.D.J., 2013, 9782916606767. hal-01081705

HAL Id: hal-01081705

<https://hal.science/hal-01081705v1>

Submitted on 20 Nov 2014

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

Droits fondamentaux et mesures antiterroristes : l'exemple du gel des avoirs des présumés terroristes

Lisa DUMOULIN

Il n'y a plus rien de simple¹ à évoquer les droits fondamentaux, tant la notion² montre de complexité et de ressources à la fois³, et tant son utilisation dans des domaines très divers au titre des « *droits et libertés auxquels peuvent prétendre tous justiciables dans un État de droit* »⁴ ont fait l'objet de développements, nombreux et riches. Le phénomène ne saurait d'ailleurs vraisemblablement se tarir dans les années à venir, précision étant faite qu'en l'absence de sources écrites, le « *bloc de fundamentalité* »⁵

1 Si tant est qu'il y ait eu un jour quelque chose de simple à ce faire...

2 V. par ex. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323.

3 Si, à l'origine, la Communauté européenne ignorait les droits fondamentaux en raison de sa nature économique, l'Union s'est progressivement dotée d'un *corpus* important en matière de droits fondamentaux, dont le catalogue recouvre à la fois des droits civils et politiques, économiques et sociaux et des droits dits « de nouvelle génération », au point qu'aujourd'hui, l'action même du législateur européen est orientée par sa politique en matière de droits de l'homme, depuis la mise en place de l'Agence des droits fondamentaux. V. sur ce point Fl. BENOIT-ROHMER, « L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, une boussole pour l'Union en matière de droits fondamentaux », *L'Europe des Libertés*, n° 34, janvier 2011, Doctr. p. 2.

4 La définition est extraite de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, rubrique « Droits fondamentaux », PUF, 2008.

5 A. BERRAMDANE, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE*, 2009, p. 441 et s.

développé par la Cour de Justice⁶ a été conforté par l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'accession de la Charte des droits fondamentaux au rang des traités⁷.

Pour autant, des interrogations demeurent – récurrentes – à l'égard des droits fondamentaux, s'agissant tant de leur essence que de leur fonction. Par ailleurs, des questions – nouvelles – jaillissent en permanence, le plus souvent suite à l'application spécifique opérée par les juges au titre des droits fondamentaux, mais aussi au regard de leur diversification et de leur intégration dans un système de normes, de valeurs et de pratiques lui-même en constante évolution. La réflexion autour de ces droits reste donc d'actualité, pour ne pas dire qu'elle s'impose plus que jamais.

Dans cette perspective, la présente contribution se propose d'évoquer les droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes⁸, et singulièrement d'analyser la rencontre des droits fondamentaux avec la mesure de gel des avoirs – mesures restrictives prises contre les présumés terroristes (individus ou entités dont le nom figure sur des *black lists*) ayant pour effet de priver ces derniers de la libre disposition de leurs biens, pour éviter qu'ils ne financent l'action terroriste. En effet, ce prisme des mesures antiterroristes permet d'apporter un éclairage original et pertinent sur les droits fondamentaux, on le verra, outre que lesdites mesures touchent tout autant aux droits fondamentaux, qu'à l'ordre public et aux libertés économiques, notions qui sont au cœur de la présente journée d'étude.

À cet égard, justement, sans doute faut-il replacer d'abord cette question de la rencontre des droits fondamentaux et de la mesure de gel des avoirs dans le cadre plus précis de ces trois thèmes qui gouvernent notre journée, de sorte à faire quelques rappels sur l'organisation des mesures antiterroristes, et surtout à insister sur les relations qui existent entre l'ordre public, les libertés économiques et les droits fondamentaux dans ce cadre spécifique.

⁶ Cour de Justice, « CJCE » devenue « CJUE ».

⁷ Si depuis 1970, la CJUE protège les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire, inspirés des traditions constitutionnelles communes des États membres, et de la CEDH – cette dernière revêtant une « signification particulière » –, désormais, ces droits reçoivent en effet un fondement textuel autonome, grâce à la Charte des droits fondamentaux de l'Union (signée au sommet de Nice le 7 décembre 2000) qui reprend les droits énoncés par la Convention et qui a la même valeur juridique que les traités fondateurs (TFUE, art. 6.1).

⁸ La question est souvent traitée sous l'angle de l'articulation des droits fondamentaux avec les instruments de coopération judiciaire répressive (V. par ex. M.-C. GUÉRIN, « La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice en matière de lutte contre le terrorisme et d'harmonisation ou de coopération pénale », *Droit pénal*, n° 9, sept. 2010, étude 20, ou G. TAUPIAC-NOUVEL, « La garantie des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire pénale européenne », *Droit pénal*, n° 9, sept. 2010, étude 22.

L'ordre public, d'abord, doit s'entendre en matière d'antiterrorisme comme l'impératif de sécurité collective qui justifie cette même lutte contre le terrorisme⁹, lutte exercée par différentes institutions tant au niveau international, régional que national.

En pratique, en effet, il faut rappeler que, sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹⁰, et principalement depuis une quinzaine d'années, le Conseil de Sécurité de l'ONU a adopté plusieurs résolutions tendant à élaborer des mécanismes de lutte contre le terrorisme, dont l'efficacité doit être garantie sur la scène internationale. Au titre de ces résolutions, et pour ce qui nous intéresse spécifiquement dans le cadre de cette étude, figurent notamment les résolutions 1267 (1999) et 1373 (2001). S'agissant de la résolution 1267 (1999), son paragraphe 4, sous b), prescrit à tous les États, notamment, de geler les fonds et autres ressources financières des talibans d'Afghanistan, en raison de leur soutien à Oussama ben Laden. À ce titre, les États membres sont tenus de communiquer à un Comité des sanctions – communément appelé « Comité 1267 » et institué au sein de l'organisation internationale¹¹ – les informations relatives aux personnes ou entités soupçonnées ou convaincues de participer, de près ou de loin, à l'activité de certains réseaux terroristes. Ces personnes et entités peuvent, par suite, être inscrites sur des listes noires (*black lists*) tenues à jour par le Comité des sanctions¹² et conduisant à des mesures de gel des avoirs, ainsi que des mesures de limitation de la liberté de circulation. Une résolution 1333 (2000) du Conseil de Sécurité¹³ a considérablement étendu et renforcé ce régime des mesures restrictives, dirigé à l'origine contre les seuls talibans, son paragraphe 8, sous c), disposant notamment que tous les États devront geler sans retard les fonds et autres actifs financiers d'Oussama ben Laden et des individus et entités qui lui sont « associés », tels qu'identifiés par le Comité des sanctions, et veiller à ce qu'aucun fond ou actif financier ne soit mis à la disposition ou

⁹ Sur l'impératif de l'efficacité, paradigme de référence de la sécurité collective, V. M. ARCARI, « Les exigences de la sécurité collective », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Équilibres et déséquilibres de la balance*, Bruylant, « Droit et Justice », 92, 2010, spéc. p. 14 et s.

¹⁰ Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies (signée à San Francisco, 26 juin 1945) définit les actions à entreprendre en cas de menace contre la paix, rupture de paix et acte d'agression.

¹¹ Au paragraphe 6 de la résolution 1267 (1999), le Conseil de Sécurité a décidé de créer un Comité du Conseil de Sécurité, composé de tous ses membres, et chargé de veiller notamment à la mise en œuvre par les États des mesures imposées par le paragraphe 4 de ladite résolution.

¹² Précision étant faite qu'outre la surveillance par les États de l'application des mesures restrictives, le Comité des sanctions tient à jour une liste récapitulative des personnes et entités dont les fonds et autres ressources économiques doivent être gelés en vertu des résolutions du Conseil de Sécurité ; les États peuvent ainsi demander au Comité des sanctions d'ajouter des noms sur la liste, sachant que les propositions d'ajout de noms doivent être motivées, et que l'État demandeur doit préciser si les informations fournies dans sa motivation peuvent être communiquées à l'individu ou l'entité ciblée ou non, ainsi qu'aux autres États qui en font la demande.

¹³ Résolution 1333 (2000) du Conseil de Sécurité, en date du 19 déc. 2000.

utilisé au bénéfice d'Oussama ben Laden ou de ses associés, y compris l'organisation Al-Qaida¹⁴. Dans ce contexte, le Conseil de l'Union européenne a pris certains règlements en vue d'assurer l'application des résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU¹⁵ ; ces règlements intègrent donc les dispositions des normes édictées par l'organisation internationale, ainsi que les listes établies sous l'égide du Comité des sanctions. Les règlements européens sont par suite régulièrement modifiés par la Commission au gré de ces mises à jour assurées par ledit Comité, selon que celui-ci procède à l'ajout ou au retrait de certaines personnes ou entités, ou modifie les données d'identification relatives aux unes ou aux autres. S'agissant de la seconde résolution – la résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001 –, elle instaure un régime plus large de sanctions. Le paragraphe 1, sous c), de cette résolution dispose en effet et notamment que tous les États gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées par elles, et des personnes et des entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes. L'identification de ces personnes ou entités est toutefois laissée à l'entière discrétion des États. Là encore, considérant qu'une action de la Communauté était nécessaire afin de mettre en œuvre cette résolution du Conseil de Sécurité, le Conseil a notamment adopté, d'une part, la position commune 2001/931/PESC, du 27 décembre 2001, relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme¹⁶, et, d'autre part, le règlement n° 2580/2001, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme¹⁷. Ces actes

14 La résolution 1333 (2000) a été suivie par une série d'autres résolutions du Conseil de Sécurité qui ont modifié, renforcé et actualisé le régime des mesures restrictives visant Oussama ben Laden, les talibans et les personnes, groupes, entreprises et entités qui leur sont associés (v. les résolutions 1390 [2002], 1455 [2003], 1526 [2004], 1617 [2005], 1735 [2006], 1822 [2008] et 1904 [2009]).

15 Les États membres de l'Union européenne réunis au sein du Conseil ayant considéré, dans diverses positions communes adoptées au titre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), qu'une action de la Communauté européenne était nécessaire afin de mettre en œuvre les diverses résolutions du Conseil de Sécurité, le Conseil a successivement adopté, notamment, le règlement (CE) n° 337/2000, du 14 février 2000, concernant l'interdiction des vols et le gel des fonds et autres ressources financières décidés à l'encontre des talibans d'Afghanistan (*JO* L 43, p. 1), le règlement (CE) n° 467/2001, du 6 mars 2001, interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains vols vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidés à l'encontre des talibans d'Afghanistan, et abrogeant le règlement n° 337/2000 (*JO* L 67, p. 1), et le règlement n° 881/2002. Ces deux derniers règlements prescrivent notamment le gel des fonds et des autres ressources économiques des personnes, des groupes et des entités désignés par le comité des sanctions et identifiés à leur annexe I. La Commission européenne est habilitée à modifier ladite annexe I sur la base des décisions du Conseil de Sécurité ou du Comité des sanctions.

16 Position commune 2001/931/PESC, du 27 décembre 2001, relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (*JO* L 344, p. 93).

17 Règlement (CE) n° 2580/2001, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (*JO* L 344, p. 70, rectificatif au *JO* CE 2010, L 52, p. 58).

prescrivent, notamment, le gel des fonds et des autres ressources économiques des personnes, des groupes et des entités impliqués dans des actes de terrorisme, tels qu'identifiés par le Conseil lui-même et repris dans une liste en annexe, régulièrement révisée, sur la base d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision a été prise par une autorité compétente, en principe judiciaire, à l'égard des personnes, des groupes et des entités visés, qu'il s'agisse de l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste, ou la tentative de commettre, ou la participation à, ou la facilitation d'un tel acte, fondée sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles, ou qu'il s'agisse d'une condamnation pour de tels faits.

On le comprend, c'est donc principalement par une action politique impulsée au niveau international par l'ONU et relayée ensuite par les États et l'Union européenne, que s'organise la lutte antiterroriste, et, partant, que la préservation de l'ordre public – la sécurité collective – se trouve en principe renforcée.

Or, cette exigence de sécurité – ou cette considération d'ordre public au sens large – conduit, en matière antiterroriste, à une restriction des libertés, et singulièrement à une restriction des libertés économiques. Rappelons en effet que, si initialement la lutte antiterroriste passait par des mesures d'embargo qui avaient pour effet d'isoler économiquement du reste du monde un ou plusieurs États jugés « terroristes », aujourd'hui les mesures sont dites « ciblées »¹⁸, c'est-à-dire qu'elles ne jouent qu'à l'encontre d'individus ou d'entités clairement identifiés, faisant d'ailleurs l'objet d'une désignation individuelle au sein des fameuses *black lists* précitées. Or, à l'évidence, inscrire un individu ou une entité sur une liste noire au nom d'une exigence de sécurité, d'où il résultera un gel de ses avoirs, cela consiste bien en une restriction manifeste à sa liberté économique, celle de disposer librement de ses biens. Si l'appellation « sanctions économiques », utilisée quelquefois en l'espèce, n'est pas anodine à cet égard, de fait, le lien entre ordre public et liberté(s) économique(s) est ainsi établi, en matière d'antiterrorisme.

Pourtant – troisième élément de ce qui pourrait apparaître comme une sorte « d'équation » –, cette restriction à la liberté économique, portée par la mesure antiterroriste de gel des avoirs au nom de l'ordre public, ne saurait s'effectuer sans considération aucune des droits fondamentaux des individus et entités ciblés par ces mesures. En matière d'antiterrorisme, ces principes sont *a priori* saufs, puisque – depuis l'inscription sur les *black lists* jusqu'à l'application des mesures de gel des avoirs – toute action se doit d'être menée

18 On parle aussi de *smart sanctions* ou de sanctions intelligentes. V. A. MIRON, « Les sanctions ciblées du Conseil de Sécurité des Nations Unies ; réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de Sécurité », *Rev. du Marché Commun et de l'UE*, n° 529, juin 2009, p. 355 ; M. BEULAY, « La mise en œuvre des *smart sanctions* des Nations Unies par les États membres et la Communauté européenne », *ibid.*, p. 367.

dans le respect des droits fondamentaux, conformément au principe selon lequel l'espace de liberté, de sécurité et de justice se doit d'être avant tout un espace unique de protection de ces droits¹⁹, outre le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans le cadre de sa compétence propre²⁰.

Les liens entre les trois notions ayant été identifiés en matière antiterroriste – et « l'équation » finale pouvant alors être posée comme suit : l'ordre public conduit à une restriction des libertés économiques, mais ce, sous réserve du respect des droits fondamentaux -, on peut désormais entrer pleinement dans l'analyse des relations unissant les droits fondamentaux et les mesures antiterroristes, et poser la question centrale de l'incidence des droits fondamentaux sur le régime des mesures antiterroristes, ou plus singulièrement sur le régime des mesures de gel des avoirs subies par les présumés terroristes.

À cet égard, notre réponse sera organisée en trois temps. Premier temps, il s'agira de montrer que l'incidence des droits fondamentaux sur le régime des mesures antiterroristes est réelle (I) ; nous en détaillerons ainsi l'expression, en rappelant les obstacles qui ont pu jaloner le chemin menant à ce résultat. Dans un deuxième temps, on développera l'idée que cette incidence est également assez troublante (II), non seulement au vu des résultats concrets que produit l'entrée des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes, mais aussi au vu de la façon dont l'ONU a intégré cette nouvelle dimension dans son propre système. Troisième temps enfin, on soulignera que l'incidence des droits fondamentaux s'avère également édifiante (III) : les mesures antiterroristes et le gel des avoirs forment en effet, on l'a annoncé, un prisme très intéressant pour analyser les droits fondamentaux, et revenir sur la question de leur essence et de leur fonction, ainsi que pour analyser le positionnement du juge communautaire ; on essaiera donc, à titre terminal, de tirer quelques conclusions plus générales sur les droits fondamentaux et sur ses juges, à la lumière – éblouissante ou aveuglante, selon les cas – des mesures antiterroristes et du gel des avoirs.

19 V. art. 1.1. du Programme de Stockholm : « *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* » (Conseil européen du 2 déc. 2009, n° 17024/09).

20 Sur ce contrôle, v. J. AUVRET-FINCK, « Le contrôle des décisions du Conseil de Sécurité par la Cour européenne des droits de l'homme », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 213.

I. L'INCIDENCE RÉELLE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE RÉGIME DES MESURES ANTITERRORISTES ET DU GEL DES AVOIRS

L'entrée des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes et leur incidence sur la procédure et le régime du gel des avoirs des présumés terroristes paraissent une évidence : comment imaginer que de telles mesures restrictives puissent être prononcées sans que les individus et entités concernés puissent réagir, contester lesdites mesures, ou faire valoir leur défense ? Il est un fait, pourtant, que l'association des droits fondamentaux et des mesures antiterroristes est longtemps restée quasi-lettre morte, dès lors que ces mesures émanaient de l'ONU, organisation qui ne connaît pas de contrôle juridictionnel de ses décisions, pas plus sur le terrain des droits fondamentaux que sur un autre terrain, et pas plus au niveau international que national²¹. Il faudra donc que – non sans difficultés et interrogations juridiques majeures²² – ce soit la Cour de justice de l'Union²³ qui endosse la responsabilité d'un tel contrôle juridictionnel²⁴ – *via* le contrôle de légalité des règlements communautaires transposant une résolution onusienne – pour que les droits fondamentaux fassent leur entrée dans le cadre du régime des mesures antiterroristes, et deviennent enfin une réalité.

Pour le vérifier, il convient de retracer d'abord l'affaire *Kadi*, laquelle a magistralement conduit à l'affirmation du principe du contrôle juridictionnel par le juge communautaire des règlements européens d'application des résolutions onusiennes (A), pour mieux évoquer ensuite le régime juridique

21 Sur l'attitude des juges français, v. TOMKIEWICZ, « Les juridictions françaises », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 293, et sur le fait qu'il est crucial que les juges nationaux s'emparent aussi de la question du contrôle des décisions onusiennes, v. L. BALMOND, « Conclusions », *ibid.*, p. 373.

22 V. D. SIMON et A. RIGAUX qui qualifient de « laboratoire » le contentieux né de l'application des sanctions prévues par le Conseil de Sécurité « *au sein duquel les rapports entre droit international et droit communautaire sont revisités* », dans « Le droit international revisité par le juge communautaire : les surprises du contentieux des sanctions économiques anti-terroristes », in *Hommage à J.-A. Toussez - Droit international et coopération internationale*, France Europe Éd., 2007, spéc. p. 795.

23 Sur l'idée d'une « *voie européenne assumant la responsabilité de se constituer en une puissance régionale civilisatrice et médiatrice, plus apte à affronter les défis de la terreur, sans pour autant sacrifier la justice à des considérations d'opportunité ou d'efficacité* » (S. DIMITROULIAS, « L'humanisme juridique européen à l'épreuve du terrorisme: le crépuscule de la clémence ? », *L'homme et la société*, n° 159, janv. 2006, spéc. p. 116).

24 Sur les carences des mécanismes onusiens et le fait que les systèmes de protection européens et nationaux ont cherché à les compenser par l'intervention des institutions européennes et nationales dans la mise en œuvre des sanctions, v. J. RIDEAU et C. GREWE, « Avant-propos. Dans les plateaux de la balance », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), spéc. p. 3 et s. et, dans le détail, J. RIDEAU, « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *ibid.*, p. 87.

actuel des mesures antiterroristes, telles qu'elles peuvent être prononcées, sous réserve donc du « nouveau » respect des droits fondamentaux (B).

A. *L'affaire Kadi et l'arrêt de la CJUE du 3 septembre 2008*

Monsieur Kadi est un ressortissant saoudien, homme d'affaires et financier. Il prétend n'avoir jamais été mêlé au terrorisme, ni n'avoir jamais apporté aucun soutien, financier ou autre, au terrorisme. Il n'a par ailleurs jamais été jugé ni reconnu coupable pour une quelconque infraction pénale relative au terrorisme, où que ce soit dans le monde. Quoiqu'il en soit, au motif que « *l'individu Yasin Abdullah Ezzedine Qadi [...] satisfait aux conditions d'inscription par le [Comité des sanctions] en raison de ses actes consistant en a) le fait de participer au financement, à l'organisation, à la facilitation, à la préparation ou à l'exécution d'actes ou d'activités en association avec le réseau Al-Qaida, Oussama ben Laden ou les talibans, ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident, sous leur nom, pour leur compte ou pour les soutenir ; b) le fait de fournir, vendre ou transférer des armements et matériels connexes à ceux-ci ; c) le fait de recruter pour le compte de ceux-ci ; d) le fait de soutenir, de toute autre manière, des actes commis par ceux-ci ou des activités auxquelles ils se livrent* », les fonds de M. Kadi ont été gelés dans l'ensemble de l'Union depuis 2001, M. Kadi ayant fait l'objet d'une inscription sur la liste du Comité des sanctions de l'ONU – liste relative aux personnes liées à Oussama ben Laden, aux talibans et au réseau Al Qaida –, liste reprise et intégrée ensuite par un règlement européen (n° 2062/2001²⁵), et produisant ses effets restrictifs à l'encontre de M. Kadi. Ce dernier saisit alors le Tribunal de l'UE d'un recours visant à l'annulation du règlement européen le concernant, sur le fondement des droits fondamentaux, au motif notamment que le règlement en cause viole son droit à être entendu ainsi que son droit à une protection juridictionnelle effective et qu'il organise une atteinte disproportionnée à son droit de propriété.

Le 21 septembre 2005, le Tribunal de première instance de l'Union rejette son recours²⁶. Il juge, en substance, qu'il découle des principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations Unies et l'ordre juridique communautaire que le règlement concerné, dès lors qu'il vise à mettre en œuvre une résolution adoptée par le Conseil de Sécurité, ne peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel

²⁵ Règlement CE n° 467/2001 (JOCE L 277, p. 25), modifié par le règlement CE n° 2062/2001 du 19 oct. 2001.

²⁶ TPICE, 21 sept. 2005, aff. T-315/01 et T-306/01, *Kadi et Yusuf Al-Barakaat*.

quant à sa légalité interne, sauf pour ce qui concerne sa compatibilité avec les normes relevant du *jus cogens*, et bénéficie donc, sous cette réserve, d'une immunité juridictionnelle²⁷. Partant, le Tribunal a jugé que c'était au regard du seul *jus cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger, que la légalité du règlement n° 881/2002 en cause²⁸ pouvait être examinée, y compris pour ce qui concernait les moyens tirés par le requérant d'une violation de ses droits fondamentaux.

Par son arrêt du 3 septembre 2008²⁹, la Cour va annuler la décision du Tribunal³⁰ et le règlement litigieux n° 881/2002, marquant ainsi un revirement de jurisprudence majeur, et ouvrant la voie au contrôle juridictionnel des mesures antiterroristes, sur le terrain des droits fondamentaux, par le juge communautaire.

Dans son arrêt, la Cour affirme que, nonobstant le respect des engagements pris dans le cadre des Nations Unies par les États et l'Union, la thèse du Tribunal est constitutive d'une erreur de droit³¹. Elle affirme surtout expressément – et quasi solennellement – que le contrôle, par le juge communautaire, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du Traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international – à savoir, en l'occurrence, la Charte des Nations Unies elle-même – ne saurait porter atteinte.

Il résulte de ce qui précède que, même si la compétence de principe du Conseil de Sécurité est admise pour définir ce qui constitue une menace à la paix ou à la sécurité internationales et adopter des sanctions ciblées, et bien qu'il n'incombe pas au juge communautaire de contrôler directement la

27 Sur ce jugement, v. not. S. ZASOVA, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de première instance des communautés européennes », *RTDH*, 74/2008, p. 481 ; F. BERROD, « La lutte contre le terrorisme et les droits de l'Homme : étude des affaires terroristes devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *L'Europe des Libertés*, n° 24, sept. 2007, doctrine, p. 2.

28 Le nom de M. Kadi avait été inscrit à l'annexe I du règlement n° 881/2002 lors de l'adoption de celui-ci.

29 CJUE, 3 sept. 2008, aff. C-402/05, *Kadi c/ Conseil et Commission*. L'arrêt a été largement commenté ; on peut notamment lire : J.-P. JACQUE, « Primauté du droit international et protection des droits fondamentaux ; à propos de l'arrêt *Kadi* de la CJCE », *L'Europe des libertés*, n° 27, sept. 2008, doctrine, p. 11 et « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux, à propos de l'arrêt *Kadi* de la CJCE », *RTDE*, 2009, p. 161 ; P. CASSIAS et F. DONNAT, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *RFDA*, 2008, p. 1204.

30 Suivant ainsi les recommandations de l'Avocat général POIARES MADURO (v. Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire C-402/05, 16 janv. 2008).

31 CJUE aff. *Kadi*, arrêt précité, pts 326 et 327.

légalité d'une résolution du Conseil de Sécurité adoptée au titre de la Charte des Nations Unies, il n'en demeure pas moins qu'il lui revient de contrôler la légalité d'un acte communautaire qui se borne à mettre en œuvre, au niveau de la Communauté, une telle résolution.

Avec l'arrêt *Kadi* de la Cour, en 2008, est donc posé le principe du contrôle juridictionnel de légalité des mesures antiterroristes onusiennes relayées par un acte communautaire, et ce, dans le respect des rapports de systèmes. Bien que la Cour ait inscrit sa décision dans les limites d'un examen de la réglementation européenne et non de l'action du Conseil de Sécurité lui-même, l'effet est le même en pratique puisque, clairement, l'applicabilité du régime imposé par le Conseil de Sécurité est directement compromise.

À cet égard, certains doutes ont pu être exprimés dans les milieux juridiques quant à la pleine conformité de cet arrêt *Kadi* avec le droit international, outre que les institutions et les gouvernements ont dit avec force leurs préoccupations quant au risque de bouleversement du régime de sanctions mis en place par les Nations Unies, par l'instauration – à un niveau national ou régional – d'un tel contrôle juridictionnel. Quoiqu'il en soit, à ce stade, la règle du contrôle juridictionnel de la légalité des règlements européens d'application des résolutions onusiennes est bel et bien posée. Et la Cour réaffirme d'ailleurs à cet effet – renforçant ainsi l'autorité de la règle qu'elle vient de dégager – que le contrôle qu'elle autorise en l'espèce, se doit nécessairement d'être un contrôle complet³² : très logiquement, limiter l'étendue ou l'intensité du contrôle juridictionnel reviendrait en effet à opérer non pas un contrôle juridictionnel effectif, mais un simulacre de contrôle, c'est pourquoi il incombe au juge européen d'assurer un contrôle « *en principe complet* »³³ de la légalité des règlements attaqués au regard des droits fondamentaux, sans faire bénéficier lesdits règlement d'une quelconque immunité juridictionnelle au motif qu'ils viseraient à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Les bases d'un contrôle juridictionnel complet et rigoureux des mesures de gel des fonds ayant été jetées, il convient de se pencher sur les droits fondamentaux dont les juges communautaires sont ainsi désormais en charge de la protection, dans le cadre des mesures antiterroristes en général.

32 Portant non seulement sur le bien-fondé apparent de l'acte attaqué, mais aussi sur les éléments de preuve et d'information sur lesquels les appréciations portées dans cet acte sont fondées.

33 Sur l'étendue et l'intensité du contrôle juridictionnel, les principes ont été dégagés par l'arrêt *OMPI* (v. TPI CE, 12 déc. 2006, aff. T-228/02), *OMPI I* (TPI UE, 4 déc. 2008, aff. T-284/08) et *OMPI II* (TPI UE, 23 oct. 2008, aff. T-256/07), et repris dans l'arrêt *Kadi*.

B. Le régime actuel des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes

Au fond, la Cour a estimé que les droits fondamentaux de M. Kadi avaient été bafoués, à au moins trois égards. D'abord, dès lors que le Conseil n'avait pas communiqué les éléments retenus à la charge du requérant pour fonder les mesures restrictives qui lui ont été imposées, ni accordé à celui-ci le droit d'en prendre connaissance dans un délai raisonnable après l'imposition de ces mesures, la Cour relève que l'intéressé n'a pas pu faire connaître utilement son point de vue, et elle en conclut que les droits de défense, en particulier le droit d'être entendu, n'ont pas été respectés³⁴. En outre, compte tenu des rapports qui existent entre les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif, le requérant n'a pas non plus pu défendre ses droits à l'égard des éléments précités dans des conditions satisfaisantes devant le juge communautaire, de sorte qu'une violation dudit droit à un recours juridictionnel effectif doit également être constatée³⁵. Enfin, la Cour affirme que si les mesures restrictives imposées au titre du règlement n° 881/2002 constituent des restrictions au droit de propriété qui, en principe, peuvent être justifiées³⁶, dans les circonstances de l'espèce – le règlement ayant été adopté sans fournir à ce dernier aucune garantie lui permettant d'exposer sa cause aux autorités compétentes, et, eu égard à la portée générale et à la durée effective des mesures restrictives en question – cela constitue une restriction injustifiée au droit de propriété du requérant³⁷.

On le comprend, d'une façon plus générale, en matière de mesures antiterroristes, le principe des *black lists* et l'effet de gel qui en résulte sur les avoirs des individus et entités recensés, ne peuvent exister en marge du droit à une protection juridictionnelle effective, d'une part, et sans considération du droit à la propriété de chacun, d'autre part.

S'agissant du régime du droit à la protection juridictionnelle effective, la réalité de ce droit repose sur plusieurs éléments à propos desquels la jurisprudence communautaire a donné des précisions importantes. Le premier élément constitutif du droit à la protection juridictionnelle est évidemment celui de l'accès au juge : c'est une réalité depuis l'arrêt *Kadi* de la Cour. Le deuxième élément touche à la question de l'intensité du contrôle juridictionnel. À cet égard, en matière de mesures antiterroristes, l'intensité du contrôle varie selon le degré de généralité des mesures contestées : lorsqu'elles sont générales et visent à organiser les listes noires, le contrôle est limité au

³⁴ CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pt 348.

³⁵ CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pt 349.

³⁶ CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pt 366.

³⁷ CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pts 369 et 370. V. également en ce sens CJUE, 3 déc. 2009, aff. C-399/06 et C-403/06 P, *Hassan*, spéc. pt 93.

respect des règles de procédure et de motivation, à l'exactitude matérielle des faits et au détournement de pouvoir, tandis que lorsque les mesures sont particulières et tendent à inclure ou maintenir telle personne sur une liste, le contrôle est alors plus intense et s'étend à l'appréciation des faits et circonstances, de même qu'à la vérification des éléments de preuve et d'information invoqués, sans oublier le respect des droits de la défense, de l'exigence de motivation, et, le cas échéant, du bien-fondé des considérations impérieuses et exceptionnelles invoquées par le Conseil pour se soustraire à telle ou telle obligation. Le troisième élément touche aux droits de la défense et à l'effectivité du contrôle juridictionnel : l'autorité qui édicte la mesure d'inscription sur la liste doit en effet supporter des exigences de motivation formelle et de communication aux personnes intéressées des motifs qui l'ont conduite à adopter de telles mesures, dans un double but : d'une part, informer la personne ou l'entité concernée des motifs qui justifient la décision pour qu'elle puisse la contester – c'est le versant « droits de la défense » – et d'autre part, permettre au juge d'exercer effectivement son contrôle – c'est le versant « droit au contrôle juridictionnel effectif ». Précisons, du point de vue des droits de la défense, que l'obligation de motivation sera surtout importante lors de l'inscription initiale du présumé terroriste sur la liste, car elle sera son unique garantie de se prévaloir des voies de recours pour contester la légalité de la décision en cause, étant donné qu'il ne dispose pas d'un droit d'audition préalable à son adoption (« effet surprise »). À cet égard, la jurisprudence rappelle que la motivation doit avoir un contenu « suffisant » (c'est-à-dire être adaptée à la nature de l'acte et au contexte) et être communiquée concomitamment à la décision d'inscription sur la liste ou le plus rapidement possible après celle-ci³⁸, ce, sauf à ce qu'il soit fait obstacle à cette communication des motifs, notamment en cas de considération impérieuse touchant à la sûreté

38 S'agissant de la procédure d'inscription (paragraphe 12 de la résolution 1822 [2008]), les États doivent se conformer au paragraphe 5 de la résolution 1735 (2006) et fournir un exposé détaillé des motifs ; en outre, les États doivent, pour chaque demande d'inscription, préciser les éléments du mémoire correspondant qui pourraient être divulgués, notamment pour que le Comité des sanctions puisse élaborer le résumé décrit au paragraphe 13 ou pour aviser ou informer la personne ou l'entité dont le nom est porté sur la liste. Le paragraphe 13 de cette même résolution prévoit notamment, d'une part, que le Comité des sanctions, lorsqu'il ajoute un nom à sa liste, publie sur son site web, en coordination avec les États ayant fait la demande d'inscription correspondante, un « résumé des motifs de l'inscription », et, d'autre part, que ce Comité s'efforce de publier sur son site web, en coordination avec les États ayant soumis les demandes d'inscription correspondantes, des « résumés des motifs ayant présidé aux inscriptions » de noms sur ladite liste, avant l'adoption de cette même résolution. Au paragraphe 17 de la même résolution, il est encore exigé que les États concernés prennent toutes les mesures possibles, conformes à leurs lois et pratiques internes, pour aviser ou informer en temps voulu la personne ou l'entité concernée de l'inscription de son nom sur la liste du Comité des sanctions, et pour joindre à cet avis copie de la partie du mémoire pouvant être divulguée, des informations sur les motifs de l'inscription figurant sur le site web du Comité des sanctions, une description des effets de l'inscription tels qu'ils résultent des résolutions pertinentes, les modalités d'examen par le Comité des sanctions des demandes de radiation de sa liste et les possibilités de dérogations.

de la Communauté ou de ses États membres ou s'opposant à la conduite des relations internationales.

S'agissant du régime de la protection du droit fondamental à la propriété, il est évident que son exercice est directement affecté par l'inscription sur une *black list*, qui provoque un gel des fonds d'un présumé terroriste ; c'est parfois même l'exercice même d'une activité économique tout entière qui est suspendue, par exemple, lorsque l'entité ciblée est une banque. Mais dans ce cas, la protection au titre du caractère fondamental de la propriété semble plus friable que les protections assurées au titre des autres droits fondamentaux précités. À cet égard, le texte de l'arrêt *Bank Melli* rendu par la Cour en novembre 2011³⁹ – et organisant le gel des fonds de la banque précitée, soupçonnée d'apporter un appui aux activités nucléaires de l'Iran – est particulièrement instructif et clair. Certes, on peut y lire une affirmation de principe, qui semble viser à « désacraliser » les droits fondamentaux de façon générale – « *les droits fondamentaux en cause ne sont pas des prérogatives absolues et leur exercice peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté* » –, mais la mention qui suit marque la spécificité du droit de propriété à cet égard, puisqu'il est en effet énoncé que « *Tel est le cas du droit de propriété et de la liberté d'exercer une activité économique. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées au droit d'exercer librement une activité professionnelle, tout comme à l'usage du droit de propriété, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis* ». On le comprend, en matière d'atteinte à la propriété, le raisonnement semble inversé : la règle n'est plus celle de l'affirmation du droit, sauf circonstances permettant d'y déroger, mais celle de la licéité de l'atteinte au droit, sous conditions à respecter. Or, si l'on s'attache à ces fameuses conditions à respecter, on note qu'en pratique le motif faisant état de « *l'importance primordiale du maintien de la paix et de la sécurité internationales* », est généralement jugé suffisant pour prouver la poursuite d'un objectif d'intérêt général, et que, quant au principe de proportionnalité, il est souvent considéré comme étant respecté dès lors que les listes font l'objet d'une révision régulière et surtout que les règlements prévoient certaines exceptions permettant aux personnes ou entités visées par des mesures de gel des fonds de faire face aux dépenses essentielles : une telle considération constituerait en effet une vérification implicite, mais suffisante, du caractère proportionné desdites mesures.

Au fil des affaires et des arrêts rendus par le juge communautaire, se dessinent ainsi, petit à petit, le cadre et le régime de la protection des

³⁹ CJUE (Grande Chambre), 16 nov. 2011, aff. C-548/09 P, *Bank Melli Iran c/ Conseil de l'UE*.

droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes, notamment autour de la notion de protection juridictionnelle effective. D'autres droits fondamentaux que ceux précédemment évoqués et retenus en jurisprudence seront, par ailleurs, susceptibles de faire leur entrée dans ce cadre (droit au respect de la vie privée, par exemple), à terme, ce qui conduira certainement à une révision corrélative – et plus ou moins substantielle – du régime de ces droits. Quoiqu'il en soit, on peut d'ores et déjà observer que le paysage des droits fondamentaux en matière antiterroriste n'a pas toujours les contours, ni la netteté, auxquels on se serait attendu à ce stade de développement.

II. L'INCIDENCE TROUBLANTE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE RÉGIME DES MESURES ANTITERRORISTES ET DU GEL DES AVOIRS

L'entrée des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes est aujourd'hui une réalité avec laquelle les instances internationales luttant contre le terrorisme doivent évidemment composer. Il n'en reste pas moins que le trouble peut s'installer lorsqu'on constate certaines limites que le juge semble poser en la matière, ayant pour effet de restreindre sensiblement l'impact de l'entrée des droits fondamentaux dans le régime de ces mesures (A). La surprise peut également s'installer à l'analyse de la façon dont l'ONU a voulu « gérer l'arrêt *Kadi* » et ses suites, notamment en instaurant un Médiateur intervenant en matière de radiation de la liste des personnes et entités liées à « Al Qaida » (B).

A. Les limites posées par le juge communautaire ayant pour effet de restreindre l'impact des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes

Trois sortes de limites posées par le juge communautaire lui-même peuvent être relevées ; d'importance variable, ces limites ont cependant toutes pour point commun de restreindre l'impact des droits fondamentaux en matière antiterroriste, et donc de tempérer l'enthousiasme premier – et de principe – qui avait pu être affiché, suite à l'arrêt *Kadi* de la CJUE.

La première limite touche au traitement de la présomption d'innocence. Tout comme le contrôle du respect au droit à la propriété – dont on a déjà évoqué l'aspect fragile –, celui du respect à la présomption d'innocence fait

évidemment partie de l'office du juge en matière de mesure antiterroriste, et *a fortiori* au titre du gel des avoirs. Dans ce cas particulier, en effet, la configuration des choses peut être source de confusion dès lors que des mesures préventives, mais restrictives, sont appliquées à des individus (ou entités) qui – par définition – ne sont que des « présumés terroristes » ou des « présumés associés » à des individus ou groupes terroristes. Pourtant, la violation de ce droit est rarement reconnue, la chose étant assez pernicieuse juridiquement : en effet, le principe est que cette présomption est évidemment respectée, dès lors que les mesures de gel ne constituent pas des sanctions pénales, qu'elles ont « *un caractère préventif et sont indépendantes des règles pénales de droit interne* »⁴⁰, sans confusion aucune possible avec les mesures répressives de confiscation. Or, cette analyse, fondée sur le caractère provisoire et préventif des mesures, semble reposer sur une vision par trop théorique des choses : la considération de la nature et des effets des mesures de gel des fonds, appréhendées dans leur dimension temporelle, laisse en effet apparaître qu'en réalité, ces mesures peuvent être particulièrement oppressives pour ceux qui y sont astreints. La *Supreme Court* du Royaume-Uni⁴¹ a ainsi estimé qu'il n'était pas exagéré d'affirmer que les personnes listées sont en fait « *prisonnières* » des autorités étatiques, que leur liberté de mouvement est sévèrement restreinte dès lors qu'elles n'ont pas accès à leurs fonds, et les effets du gel des fonds, sur elles-mêmes et leur famille, peuvent être accablants. Et l'on ne peut que valider cette approche, lorsqu'on se souvient que, sur de simples présomptions, M. Kadi subissait ce gel de ses biens depuis dix ans, ce qui, à l'échelle d'une vie humaine, représente une durée considérable. Il semble donc que la qualification des mesures en question comme étant de nature préventive ou répressive, conservatoire ou confiscatoire, civile ou pénale, doit être rouverte⁴², et que le juge a, sur ce terrain, sa part de responsabilité à prendre. Tel est d'ailleurs l'avis du Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme qui, dans un rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies de 2009⁴³ indiquait : « *Les décisions individuelles d'inscription sur la liste étant actuellement illimitées dans le temps, elles peuvent aboutir à ce qu'un gel des avoirs temporaire devienne permanent, ce qui peut à son tour équivaloir à une peine criminelle en raison de la sévérité de la sanction* » ; suivant ce raisonnement, il serait ainsi plus que nécessaire de réviser l'analyse selon laquelle le

⁴⁰ V. notamment le préambule de la résolution 1822 (2008) qui le rappelle expressément.

⁴¹ *UK Supreme Court*, 27 oct. 2010, aff. 2010 UKSC 2, *Her majesty's Treasury c/ Mohammed Jabar Ahmed*, pts 60 et 192.

⁴² V. en ce sens le 9^{ème} rapport de l'équipe de surveillance (§ 34).

⁴³ V. « *Report [...] on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism* » (2 sept. 2009) (Doc A/HRC/12/22), spéc. pt 42.

gel des fonds est une mesure conservatoire⁴⁴ qui, à la différence d'une confiscation, ne porterait pas atteinte, ni à la substance même du droit de propriété des intéressés sur leurs actifs financiers, ni à la présomption d'innocence.

La deuxième limite que l'on peut relever touche aux effets de l'annulation des règlements européens violant les droits fondamentaux. Il convient en effet de souligner que lorsqu'un requérant obtient l'annulation d'un règlement européen d'application d'une résolution onusienne, au titre de la violation des droits fondamentaux, l'individu ou l'entité n'est pas automatiquement restauré(e) dans sa liberté économique. C'est ainsi que dans l'affaire *Kadi*, la Cour a maintenu les effets du règlement n° 881/2002 pour une période ne pouvant excéder trois mois, de façon à permettre au Conseil de remédier aux violations constatées. Cette solution peut paraître choquante ; en tout cas, elle relativise grandement l'intérêt d'exercer un recours en annulation, et minimise le poids des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes, et du gel des avoirs. Le fait est que le juge va ainsi pouvoir reconnaître la violation des droits fondamentaux, prononcer l'annulation du règlement litigieux, tout en maintenant les effets de ce règlement pour une période ne pouvant excéder trois mois, de façon à permettre au Conseil de remédier aux violations constatées, notamment par la prise d'un nouveau règlement à l'encontre du requérant, et ce, dans le respect des droits fondamentaux procéduraux cette fois. Cette position⁴⁵ est justifiée par le fait que « l'annulation du règlement avec effet immédiat serait susceptible de porter une atteinte sérieuse et irréversible à l'efficacité des mesures restrictives qu'imposait ledit règlement⁴⁶ et – notamment lorsque la violation des droits fondamentaux revêt un caractère procédural – qu'il ne saurait être exclu que, sur le fond, l'imposition de telles mesures au requérant puisse tout de même s'avérer justifiée »⁴⁷.

⁴⁴ Pour un appel à la réflexion sur la nature juridique des mesures de gel des fonds, v. Y. MOINY, « Aperçu de la jurisprudence communautaire développée dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international », *Rev. du Droit de l'UE*, 1/2009, spéc. p. 53. V. également les critiques de cette qualification de « mesure conservatoire » élevées par A. BORGHI dans « La législation de l'Union européenne en matière de sanctions internationales et sa compatibilité avec les droits fondamentaux », *RTDH* 76/2008, spéc. p. 116.

⁴⁵ CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pts 373 à 376.

⁴⁶ En ce sens, H. ROUIDI, « Vers un *motus operandi* de l'exécution communautaire des résolutions onusiennes ? », *Rev. de sciences crim.*, 2009, p. 75 qui conclut justement que « l'annulation du règlement litigieux traduit l'intransigeance de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux. Toutefois, dans le même temps, l'ajournement des effets de sa décision traduit sa parfaite connaissance des conséquences de l'annulation du règlement communautaire, qui est un acte d'exécution d'une obligation onusienne, mais aussi un acte de coopération entre deux ordres juridiques ayant des objectifs et des intérêts communs ».

⁴⁷ En ce sens, D. SIMON et A. RIGAUX, « Le jugement des pourvois dans l'affaire *Kadi* et *Al-Barakaat* : smart sanctions pour le TPI ? », *Europe*, n° 11, nov. 2008, étude 9, n° 27 et s. et H. BRODIER, « De l'importance, pour l'efficacité de la lutte contre le terrorisme, du respect des garanties procédurales des droits fondamentaux des individus et organisations 'black listed' », *L'Europe des libertés*, n° 28, janv. 2009, p. 28.

Quoiqu'il en soit, cette neutralisation des effets de l'annulation du règlement par le biais d'une « régularisation » marque assurément la résurgence de l'ordre public et son autorité finale sur les droits fondamentaux⁴⁸ ; en effet, si l'on reprend notre « équation » de départ, il s'avère que si l'ordre public justifie les restrictions aux libertés économiques sous réserve des droits fondamentaux, à l'inverse, la violation des droits fondamentaux ne saurait justifier la restauration des libertés économiques *que* sous réserve des considérations d'ordre public, qui prévalent toujours.

La troisième limite qui peut être relevée touche à la question de la responsabilité de l'Union envers la victime d'une atteinte à ses droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes. à cet égard, récemment, dans l'arrêt *Sison*⁴⁹, le Tribunal de l'UE a jugé que – malgré l'annulation à deux reprises d'actes du Conseil qui avaient ordonné le gel des fonds de M. Sison – la violation des droits fondamentaux n'était pas suffisamment grave pour engager la responsabilité de la Communauté envers le requérant. Le Tribunal rappelle que seule une violation suffisamment grave d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers peut engager la responsabilité de la Communauté, le critère étant celui de la méconnaissance manifeste et grave, par l'institution concernée, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. Or, le Tribunal considère que l'interprétation et l'application du droit communautaire en question sont particulièrement difficiles, et rappelle qu'il n'a pu élaborer un cadre rationnel et cohérent d'interprétation de ces dispositions que, très progressivement, suite à l'examen de plusieurs affaires, échelonnées sur plusieurs années⁵⁰. Dans ces circonstances, et eu égard également à l'importance fondamentale de la lutte contre le terrorisme international, le Tribunal affirme que la violation par le Conseil s'explique par les contraintes et responsabilités particulières qui pèsent sur cette institution et que cela constitue une irrégularité qu'aurait pu commettre une administration normalement prudente et diligente placée dans des circonstances analogues. Si la justification juridique et circonstancielle de la décision *Sison* semble assez irréprochable, il n'en reste pas moins que cette absence de responsabilité de l'Union accentue encore la sensation paradoxale que les droits fondamentaux n'ont pas forcément d'autorité – ni absolue, ni même très forte – au sein du régime des mesures antiterroristes, et que leur impact reste malgré tout relativement limité.

48 Sur cette prise en compte des considérations d'ordre public et affirmant que cela « borne la portée du contrôle juridictionnel, avec l'accord évident de la Cour de justice », v. H. LABAYLE et R. MEHDI, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme », *RTD Eur.*, 45(2), avril-juin 2009, spéc. p. 259.

49 TPI UE, 23 nov. 2011, aff. T-341/07, *Sison*. V. les commentaires de D. SIMON, *Europe*, janv. 2012, p. 23.

50 TPI UE, aff. *Sison*, arrêt précité, pt 65.

Mais le trouble n'est pas que le fait de la jurisprudence communautaire en marche ; il vient aussi de « plus haut », c'est-à-dire de l'ONU, qui a cru pouvoir faire face à cette évolution prétorienne du régime des mesures anti-terroristes - c'est-à-dire à l'entrée des Droits fondamentaux dans leur giron - *via* l'institution d'un « Médiateur du Comité 1267 ».

B. L'institution du « Médiateur du Comité 1267 » au niveau onusien

Depuis la mise en place du régime 1267 – touchant aux sanctions contre Al Qaida et les talibans et complété ensuite par les personnes associées à Oussama ben Laden –, les critiques se sont faites nombreuses à l'encontre de l'institution onusienne, dénonçant non seulement l'absence de garantie d'une procédure régulière, mais aussi le manque d'équité et de transparence de la procédure. Il faut dire qu'initialement, les individus inscrits sur la *black-list* en cause n'étaient pas informés de cet état de fait et que souvent, ils ne se rendaient compte du gel de leurs avoirs qu'au moment où ils essayaient de faire des opérations financières⁵¹. Une fois avisés des sanctions, il leur était également difficile de savoir pourquoi ils étaient sur la liste. Enfin, sauf à demander à un État de porter la question devant le Conseil de Sécurité, les moyens de recours pour contester cette inscription étaient quasiment inexistantes, étant donné que le Conseil de Sécurité ayant pleine autorité en la matière, aucun mécanisme d'examen indépendant n'avait été prévu – ni sans doute voulu – à cet égard.

Le Conseil de Sécurité n'a pas été insensible ou imperméable aux critiques ainsi élevées. Sur une période de huit ans, on a en effet assisté à une évolution progressive du régime général des sanctions⁵², avec notamment la mise en place de la possibilité d'obtenir des dérogations au gel des avoirs pour raisons humanitaires⁵³, l'établissement de directives pour les travaux du Comité, l'adoption de règles selon lesquelles les motifs d'inscription devaient faire l'objet d'un exposé et d'un résumé, la désignation d'un « point focal » à qui les personnes ou entités figurant sur les listes pouvaient transmettre leurs demandes de radiation⁵⁴ et l'obligation d'un réexamen périodique des listes, suivi d'une révision de celles-ci le cas échéant.

51 Sur le manque de transparence, v. les conclusions du rapport d'analyse de la FIDH, « L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité », *FIDH* éd., n° 429, oct. 2005, spéc. p. 39.

52 Sur les réformes progressives du système des sanctions ciblées par l'ONU, v. M. ARCARI, « Les exigences de la sécurité collective », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), spéc. p. 32 et s.

53 Résolution 1452 (2002).

54 Résolution 1730 (2006). Cette résolution a d'abord été modifiée par la résolution 1904 (2009) instituant le Médiateur – lequel est devenu compétent pour les questions de radiation des listes relatives

La qualité et la transparence y ont assurément gagné, surtout en ce qui concerne les nouvelles inscriptions, mais des préoccupations majeures ont subsisté, notamment quant à la garantie d'une procédure régulière pour les personnes et entités figurant déjà sur les listes. Les critiques ont donc continué d'affluer d'un peu partout dans le monde, mais, on l'a souligné, le « point de non-retour » a été atteint quand la Cour de justice de l'Union, dans l'arrêt *Kadi* de 2008, a annulé les mesures que l'Union européenne avait prises pour appliquer le régime de sanctions imposé par la résolution 1267, sur le terrain de la protection des droits fondamentaux. Cette décision de la Cour est en effet venue donner raison à tous ceux qui, dans les milieux universitaires, politiques et autres, critiquaient le manque d'équité et de transparence de la procédure, et elle a été une sorte de détonateur conduisant l'ONU à l'adoption de la résolution 1904 (2009), créant le bureau du Médiateur⁵⁵.

S'agissant de ce « nouveau » Médiateur (une Médiatrice, en l'occurrence⁵⁶), sa tâche est d'assister le Comité du Conseil de Sécurité dans son examen des demandes de radiation de la liste. Le rôle du Médiateur est ainsi d'apprécier s'il existe suffisamment d'informations pour fournir un motif raisonnable et crédible qui justifie l'inscription sur la liste des individus ou entités y figurant.

La procédure est la suivante : les individus ou entités listés prennent d'abord contact avec le Médiateur⁵⁷, puis s'ensuit une phase de collecte

à Al Qaida, et le régime taliban –, puis par les résolutions 1988 (2011) et 1989 (2011) qui ont opéré une division de compétence, le Médiateur reste uniquement compétent pour les questions liées à Al Qaida, et le point focal retrouvant sa compétence pour les questions liées au régime taliban.

- 55** Le paragraphe 20 de la résolution 1904 (2009) prévoit que lorsque le Conseil de Sécurité examine les demandes de radiation de la liste du Comité des sanctions, il est assisté par un « bureau du Médiateur ». Il est par conséquent indiqué au paragraphe 21 de ladite résolution, qu'après la désignation du Médiateur, le bureau du Médiateur recevra les demandes des personnes et des entités qui souhaitent être radiées de la liste du Comité des sanctions 1267, conformément aux modalités définies à l'annexe II de cette résolution, et que, après la désignation du Médiateur, le mécanisme du point focal ne recevra plus de telles demandes. L'annexe II de la résolution 1904 (2009) définit les tâches que le Médiateur est habilité à accomplir, conformément au paragraphe 20 de cette résolution, lorsqu'il reçoit une demande de radiation.
- 56** « *Personnalité éminente jouissant d'une haute considération morale, connue pour son impartialité et son intégrité et possédant les hautes qualifications et l'expérience requises dans les domaines pertinents (droit, droits de l'homme, lutte antiterroriste, sanctions)* », M^{me} Kimberly PROST, juge canadienne *ad litem* au TPI pour l'ex-Yougoslavie, a ainsi été désignée le 7 juin 2010, comme Médiatrice, et reconduite à ce titre ultérieurement.
- 57** Le bureau du Médiateur a beaucoup travaillé à se faire connaître : conférences de presse, réunions intergouvernementales, séances d'information à l'intention des États membres de l'ONU, participation à la conférence annuelle de l'Association internationale du Barreau et à celle de l'Association des avocats défenseurs des droits de l'homme et surtout création d'un site web (<http://www.un.org/en/sc/ombudsperson/>).

d'informations par le Médiateur auprès des États concernés⁵⁸, suivie d'une phase de dialogue, en particulier avec le requérant⁵⁹, qui doit déboucher sur l'établissement d'un rapport d'ensemble faisant la synthèse et l'analyse des informations recueillies, puis, *in fine*, sur la formulation « d'observations »⁶⁰ et la présentation des arguments en présence par le Médiateur à l'adresse du Comité et, enfin, la décision du Comité sur la radiation (acceptation ou rejet).

Il faut encore souligner, pour parfaire cette présentation rapide, que le mandat du Médiateur, initialement prévu pour un an, a été renouvelé pour la même durée (jusqu'en décembre 2012) par la résolution 1989 (2011). Cette résolution modifie également la mission et les pouvoirs initiaux du Médiateur, dans le sens d'une plus grande étendue ; on note ainsi l'allongement du délai pour la collecte d'information (2 à 4 mois), l'invitation forte du Conseil aux États à coopérer avec le bureau du Médiateur et à communiquer des informations, l'obligation pour le Comité de motiver ses décisions de rejet de la demande de radiation⁶¹, le droit désormais pour le Médiateur de formuler des « recommandations » au Comité et non plus de simples « observations », le fait aussi que lorsque le Médiateur recommandera la radiation, la personne ou l'entité sera radiée de la liste

58 À cet égard, dans son second rapport annuel (juill. 2011 – publié sur le site de l'ONU sous la référence S/2011/447), le Médiateur indique à propos de la coopération des États que « *L'efficacité du travail du bureau du Médiateur et sa capacité à fournir des informations détaillées, à procéder à une analyse complète et à tirer des observations en vue d'aider le Comité sont largement fonction de la coopération des États. Jusqu'à présent les États concernés par les premiers dossiers se sont montrés coopératifs en répondant aux demandes et en fournissant des informations. Les difficultés rencontrées sont à mettre au compte de la complexité des dossiers, de la nature des informations nécessaires à une analyse satisfaisante ou de questions liées à l'accès à des documents classés, et ne sont pas dues à des refus de coopérer. Il serait utile de renforcer et d'encourager cette indispensable coopération de tous les États avec le bureau du Médiateur, sans se limiter à ceux qui sont membres du Comité* ».

59 Dans son premier rapport annuel (janv. 2011 – publié sur le site de l'ONU sous la référence S/2011/29), le Médiateur indique que « *dans plusieurs cas, la demande officielle a été précédée de contacts informels entre la Médiatrice et le requérant potentiel ou son conseiller juridique par voie de courriers, courriels ou de conversations téléphoniques* » et dans son troisième rapport annuel (janv. 2012 – publié sur le site de l'ONU sous la référence S/2012/49), que « *les échanges entre la Médiatrice et les requérants ont pris diverses formes [...] selon la nature du dossier* ». Il est par ailleurs expliqué que « *les échanges avec le requérant pendant la phase de concertation restent importants pour l'efficacité du processus. Ils permettent à la médiatrice de mieux comprendre le dossier et les circonstances qui l'entourent. Ils permettent aussi au requérant de répondre aux accusations figurant dans le dossier et de communiquer des éléments d'information qui seront repris dans le rapport présenté au Comité* ».

60 Les « observations » qui devaient initialement être formulées sont désormais de véritables « recommandations », depuis l'adoption de la résolution 1989 (2011).

61 Le Comité des sanctions ne justifie à l'heure actuelle que ses décisions de rejet. Le Médiateur appelle au contraire à la justification de toute décision – acceptation comme rejet de la demande de radiation – pour plus de crédibilité et de transparence, outre que ces justifications pourraient servir de « guide » pour dialoguer avec les requérants ou juger si l'information fournie est ou non suffisante (en ce sens, v. Troisième rapport annuel – janv. 2012 précité, p. 10 (« Justification des décisions »)).

au bout de 60 jours, à moins que les 15 membres du Comité ne décident par consensus de maintenir son nom sur la liste⁶².

Le Médiateur 1267 est ainsi une institution créée en réaction à la jurisprudence *Kadi*, c'est-à-dire à l'affirmation du nécessaire respect des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes et à leur contrôle par le juge communautaire, et, en ceci, l'institution du Médiateur constitue bien une amélioration certaine du régime onusien des mesures antiterroristes en direction des droits fondamentaux⁶³. Plusieurs éléments contribuent d'ailleurs à illustrer cette affirmation : la progression des pouvoirs du Médiateur par la résolution 1989 (2011) et sa capacité à *recommander* une radiation au Comité⁶⁴, sans compter le fait que – en ce qui concerne l'accès à l'information classée confidentielle ou sensible – le bureau du Médiateur a réussi à conclure des accords avec quelques pays⁶⁵. Surtout, et de façon plus pragmatique, on observe que, à la fin 2011, sur 20 demandes reçues et admises par le Médiateur, 11 étaient encore en cours de procédure et 9 cas étaient clos, dans le sens suivant : 1 cas en attente auprès du Comité pour décision finale, 1 demande retirée en cours de procédure par le requérant lui-même, 1 demande de radiation rejetée par le Comité et – à l'actif du Médiateur – 6 demandes de radiation acceptées par le Comité.

Ce bilan étant dressé, reste à savoir si la création de ce bureau du Médiateur peut être considérée comme une mesure suffisante. Il est intéressant de noter à cet égard que deux juridictions ont déjà jugé que ce bureau n'avait pas les moyens de garantir une procédure régulière. Le TPI UE, dans sa récente décision sur l'affaire *Kadi*⁶⁶ et la *Supreme Court* du

⁶² Et en l'absence de consensus, la seule possibilité est qu'un État demande que le Conseil de Sécurité soit saisi de l'affaire pour qu'il se prononce sur la radiation ; c'en est donc fini de la règle très critiquée selon laquelle il suffisait qu'un État s'oppose à la radiation, sans avoir à se justifier, pour qu'elle soit rejetée.

⁶³ En ce sens, K. PROST elle-même, Médiateur (conférence prononcée le 24 juin 2011 à l'Institut de Recherche juridique), et J.-Chr. MARTIN, « Le respect des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme : le contentieux des mesures restrictives antiterroristes devant le juge de l'Union européenne », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme – État des lieux et perspectives*, Éd. Larcier, 2010, spéc. p. 129 et 130.

⁶⁴ Dans son troisième rapport annuel (précité), le Médiateur insiste sur le fait que cette capacité nouvelle qu'il a de pouvoir formuler des recommandations et « *de servir de déclencheur de la radiation a fortement incité les États à communiquer toute l'information possible dans les délais impartis* » et va même jusqu'à écrire que « *ne pas le faire aura des conséquences plus directe qu'auparavant sur la décision qui sera prise dans chaque dossier* ».

⁶⁵ Belgique, Costa Rica, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse.

⁶⁶ TPICE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi*, spéc. pt 128 : « *Or, les considérations exprimées à cet égard par la Cour, aux points 323 à 325 de son arrêt Kadi, notamment en ce qui concerne le point focal, demeurent fondamentalement valables à l'heure actuelle, même en tenant compte du 'bureau du médiateur', dont la création a été décidée en son principe par la résolution 1904 (2009) et qui a été très récemment pourvu. En substance, le Conseil de Sécurité n'a toujours pas estimé opportun d'établir un*

Royaume-Uni⁶⁷ ont en effet toutes deux affirmé que l'existence du bureau ne réglait pas le problème. De toute évidence, en effet, si cette institution nouvelle participe à l'amélioration du régime des sanctions contre Al Qaida, en accordant davantage de poids aux garanties d'une procédure régulière, elle n'équivaut pas à l'instauration d'un contrôle indépendant, impartial et complet en charge des recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le Comité des sanctions, ni *a fortiori* portant sur le respect des droits fondamentaux des individus ou entités dont les noms sont inscrits sur les *black lists*, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que l'existence même du Médiateur est relativement précaire : il n'existe que sous réserve de reconduction par résolutions annuelles successives, lesquelles ne seraient peut être pas réaccordées si le Médiateur jouait à l'avenir un rôle trop marqué de « trouble-fête des Droits fondamentaux » dans le cadre de sa mission. Ensuite, parce que l'indépendance du Médiateur – organe choisi par le Conseil de Sécurité de l'ONU et rattaché à l'institution internationale – est tout de même très relative, objectivement. En outre, parce qu'en fait de médiation, et malgré les « recommandations » du Médiateur, son avis reste consultatif, en ce sens que le Comité des sanctions reste maître de la décision finale quant à la radiation ou pas d'un nom inscrit, sans voie de recours possible. Enfin, parce que, plus fondamentalement, si l'existence du Médiateur améliore la procédure de radiation, son action ne touche justement *qu'à* la procédure de radiation des listes, et ne saurait – à ce stade⁶⁸ – couvrir toutes les questions que pose le respect des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes et du gel des avoirs. Considérant tous ces éléments, il paraît ainsi un peu aventureux et excessif de conclure à une avancée déterminante de l'ONU en direction des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte antiterroriste ; l'institution du Médiateur 1267 nous semble plutôt relever des options « minimales » dont disposait l'organisation internationale pour ne pas tomber sous le coup d'une jurisprudence communautaire

organe indépendant et impartial chargé de statuer, en droit comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le Comité des sanctions. En outre, ni le mécanisme du point focal ni l'office du Médiateur ne remettent en cause le principe selon lequel la radiation d'une personne de la liste du Comité des sanctions requiert un consensus au sein de ce Comité. De plus, le choix des éléments de preuve qui peuvent être révélés à l'intéressé continue à relever de l'entière discrétion de l'État qui a proposé l'inscription de celui-ci sur la liste du Comité des sanctions, et aucun mécanisme ne garantit que l'intéressé dispose de suffisamment d'éléments d'information pour lui permettre de se défendre utilement (ni même qu'il connaisse l'identité de l'État qui a demandé son inscription sur la liste du comité des sanctions). Pour ces motifs au moins, la création du point focal et du Médiateur ne saurait être assimilée à l'institution d'un recours juridictionnel effectif contre les décisions du comité des sanctions ».

67 UK Supreme Court, 27 oct. 2010, précité, pt 78 : « *While these improvements are to be welcomed, the fact remains that there was not when the designations were made, and still is not, any effective judicial remedy* ».

68 Sur ce point, v. nos développements terminaux, *infra* II.B).

plus stricte et embarrassante encore, ni perdre en légitimité dans le cadre de son action antiterroriste.

III. L'INCIDENCE ÉDIFIANTE DE L'ENTRÉE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE CADRE DES MESURES ANTITERRORISTES ET DU GEL DES AVOIRS

L'incidence – réelle, mais troublante – de l'entrée des droits fondamentaux dans la sphère de l'antiterrorisme ayant été examinée, il convient d'essayer de tirer quelques enseignements plus généraux sur ces droits, à partir des observations faites, et de vérifier ainsi une certaine dimension « édifiante » du régime des droits fondamentaux dans le cadre antiterroriste.

A. Enseignements quant aux droits fondamentaux

La première conclusion qui s'impose sans doute, c'est qu'en matière de mesures antiterroristes, il semble y avoir des droits fondamentaux qui soient « plus fondamentaux » que d'autres, ou, autrement dit, qu'il se dégage comme une sorte de hiérarchie à l'intérieur de la catégorie des droits fondamentaux, liée à leur mise en œuvre et à leur autorité corrélative. Ainsi, en matière de mesures restrictives ciblées se traduisant par un gel des avoirs, l'accent est-il clairement mis sur les droits fondamentaux « procéduraux » – d'ailleurs relayés haut et fort par le juge communautaire comme par le Médiateur onusien – puisque leur atteinte est systématiquement sanctionnée, tandis que les droits fondamentaux « substantiels » (droit à la propriété, à la présomption d'innocence) restent – comparativement – comme en marge ; on observe, en effet, que ces droits substantiels sont rarement reconnus comme atteints par les mesures antiterroristes, ou plus exactement qu'en pratique ces droits substantiels sont rarement reconnus comme atteints « illégitimement », la légitimation venant systématiquement de la prise en considération de l'ordre public (préservation de l'efficacité des mesures restrictives, intérêt de la communauté, intérêts des États, etc.). En ce sens, il est d'ailleurs significatif, que, dans les rares cas où l'atteinte au droit de propriété est reconnue (et sanctionnée comme telle) par le juge, la motivation des arrêts est si détaillée et surtout si personnalisée, qu'il devient difficile de donner à la solution un quelconque effet général, pouvant servir par suite de précédent, en matière de défense du droit fondamental à la propriété. Une hiérarchie très nette se dessine donc en matière antiterroriste entre les droits fondamentaux

procéduraux qui tiennent le haut du pavé et les droits fondamentaux substantiels, dont on s'accorde à considérer que le sacrifice sur l'autel de la sécurité collective est un mal nécessaire et acceptable. Certes, un mouvement général de « procéduralisation » des droits fondamentaux a également été observé hors du cadre antiterroriste, mais on peut cependant ne pas s'arrêter à ce mouvement général, et chercher une explication plus spécifique à cet état de fait. À cet égard, il nous semble qu'en l'espèce, ce qui explique ce résultat, c'est un phénomène de nécessaire mise en balance des valeurs⁶⁹, et plus singulièrement – revenant à notre équation de départ, ordre public/libertés économiques/droits fondamentaux –, c'est un phénomène de prévalence de l'ordre public en matière de mesures antiterroristes. En effet, autant l'ordre public s'accommode des droits procéduraux – la procédure régulière ne venant pas fondamentalement perturber la réalisation des mesures antiterroristes, *a fortiori* en ce qu'elle souffre des dérogations et exceptions pré-organisées, au vu d'impératifs d'ordre public justement –, autant les droits fondamentaux substantiels (comme le droit à la propriété) viennent-ils en contradiction frontale avec la politique antiterroriste, qui s'appuie justement sur le gel des avoirs. Dès lors, on comprend mieux que la protection des droits fondamentaux s'effectue selon un rythme et une intensité dédoublée : rythme supérieur et intensité maximum pour la protection des droits fondamentaux procéduraux, parce qu'ils sont consensuels et finalement assez peu compromettants, rythme ralenti et intensité minimum pour la protection des droits fondamentaux substantiels comme le droit à la propriété, parce que les institutions de lutte contre le terrorisme utilisent ce droit comme vecteur même des mesures antiterroristes, et que protéger absolument ce droit reviendrait *de facto* à interdire l'application de mesures de gel des avoirs contre des individus ou des entités dont on présume l'implication terroriste.

Le second enseignement que l'on peut tirer touche aux effets de la reconnaissance des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes et tend à s'interroger sur le but même de cette reconnaissance. La question peut certes paraître surprenante, car il va de soi que la finalité du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux réside dans la protection des individus et entités contre de possibles atteintes à ces droits, qui sont les leurs. Mais cette affirmation de bon sens se vérifie-t-elle toujours et absolument en matière de mesures antiterroristes ? Cet effet évident et primaire des droits fondamentaux joue-t-il vraiment lorsque l'on observe, par exemple, le peu de cas qui est fait des restrictions à la liberté économique que génèrent les mesures de gel des avoirs ? Ou lorsqu'on considère les décisions judiciaires qui organisent une régularisation de procédure, neutralisant ainsi les effets

⁶⁹ V. en ce sens, J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY, « Terrorisme, droits de l'homme, Conseil de Sécurité de l'ONU et jurisprudence des juridictions de l'Union européenne », *Mélanges Melchior*, coll. « Anthémis », 2010, p. 769 et spéc. p. 787 et s.

de l'annulation d'un règlement communautaire pris en violation des droits fondamentaux ? Ou encore lorsqu'on constate l'éclatement formidable du régime des mesures antiterroristes sur le terrain de la protection des droits fondamentaux et l'inégalité flagrante qui en résulte pour les présumés terroristes ? Sur ce dernier point, en effet, il faut souligner qu'aujourd'hui, selon que les mesures antiterroristes sont prises *via* un règlement communautaire ou en dehors de ce type d'acte, l'individu ou l'entité pourra ou non faire valoir ses droits fondamentaux devant une juridiction communautaire, tandis que, pour une demande de radiation, certaines personnes ou entités auront recours au Médiateur 1267, tandis que les autres devront composer avec le point focal, simple courroie de transmission vers le Comité des sanctions compétent : cet éclectisme et cette variété des situations possibles n'est certainement pas le gage d'un traitement égal des individus, ni d'un régime unanimement protecteur de leurs droits et intérêts. On est ainsi loin de l'idée équilibrée et généreuse d'un système de lutte antiterroriste tout à fait respectueux des droits fondamentaux, et d'un système de contrôle judiciaire qui serait organisé exclusivement en direction des individus/entités, dans une pure optique de protection de leurs droits. Allant plus loin, on pourrait même s'interroger pour savoir si – paradoxalement – l'introduction du contrôle des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes n'a pas quelquefois pour effet de servir davantage les intérêts des institutions qui mènent la lutte antiterroriste, plutôt que celui des présumés terroristes, en donnant à ces institutions un *satisfecit* procédural, le cas échéant.

B. Enseignements quant aux garants du respect des droits fondamentaux

Des conclusions ayant été dégagées quant à l'essence et à la fonction des droits fondamentaux à travers le prisme antiterroriste, on peut également tirer quelques enseignements quant au(x) garant(s) de ces droits.

À cet égard, c'est évidemment le juge⁷⁰ qui apparaît comme le premier garant – le garant « naturel » pourrait-on dire – du respect des droits fondamentaux, et dans le cadre antiterroriste comme dans tout autre cadre. Il ne fait guère de doute, en effet, que le juge – ou le contrôle juridictionnel – est essentiel à la protection des droits fondamentaux en la matière, soient-ils substantiels ou procéduraux. En ce sens cependant, il semble qu'en matière de mesures antiterroristes plus qu'en toute autre matière, il n'est pas de mesure alternative possible : ce n'est pas par hasard – en tout cas pas au

⁷⁰ Sur les rapports du juge communautaire et du Conseil de Sécurité des Nations Unies, v. P. DE SENA, « Le Conseil de Sécurité et le contrôle du juge », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 43.

regard de ses seules fonctions ou des résultats de son action – que l'institution du Médiateur ne semble pas convaincre, c'est aussi par « nature », l'idée dominante étant qu'il doit absolument et exclusivement revenir à un juge d'assurer la protection des droits fondamentaux⁷¹.

Ceci étant dit, on peut toutefois s'étonner de la position que tient le juge communautaire, laquelle paraît assez paradoxale, voire contradictoire. D'un côté, en effet, le juge communautaire est apparu très audacieux, volontariste et presque écrasant en ce qui concerne les droits fondamentaux en matière antiterroriste – l'arrêt *Kadi* de la Cour étant la meilleure illustration de ce positionnement « fort » du juge communautaire –, mais d'un autre côté, ce dernier semble aussi se positionner comme une simple « variable d'ajustement » dans un système qui le dépasserait, à savoir le système onusien. Pour s'en convaincre, il suffit de relire les termes du plus récent jugement rendu par le TPI UE de l'Union dans le cadre de la suite de l'affaire *Kadi* : le Tribunal énonce qu'il considère qu'il lui incombe d'assurer un contrôle en principe complet de la légalité du règlement attaqué au regard des droits fondamentaux, mais il ajoute aussitôt – comme pour s'en défendre – qu'« *Il doit en aller ainsi, à tout le moins, aussi longtemps que les procédures de réexamen mises en œuvre par le comité des sanctions n'offrent manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective* »⁷². Le juge communautaire se considérerait-il comme une simple béquille, un filet de sécurité destiné à palier les défaillances des procédures onusiennes en terme de droits fondamentaux ? Ce serait regrettable. À notre sens, en effet, le juge communautaire ne doit pas inscrire son action dans l'ombre (ou la lumière) du Comité des sanctions : pour être forte, et incitative, pour être efficace tout simplement, l'action du juge communautaire doit absolument rester indépendante, et surtout autonome, par rapport à ce qui se fait au sein des Nations Unies.

Plus avant, il nous semble d'ailleurs que cette autonomie des acteurs de la lutte antiterroriste est à préserver autant du côté du juge – qui se doit de contrôler le respect des droits fondamentaux de façon pragmatique, au cas par cas, sans considérer les progrès ou efforts généraux de l'ONU en ce sens –, que du côté de l'ONU : dès lors qu'est admise la compétence de principe du Conseil de Sécurité pour adopter des sanctions visant des particuliers, plutôt que des États ou leur régime, en effet, le contrôle juridictionnel ne devrait pas interférer avec les prérogatives du Conseil de Sécurité, notamment pour ce qui est de la définition de ce qui constitue une menace à la paix ou à la sécurité internationales, de la constatation de l'existence d'une telle menace et de la détermination des moyens d'y mettre fin. Cette

⁷¹ En ce sens, C. GREWE, « Les exigences de la protection des droits fondamentaux », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 71.

⁷² TPICE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi*, spéc. pt 127.

ligne de partage entre les acteurs politiques et les acteurs juridictionnels est assurément délicate, mais, à notre sens, elle est tout à fait nécessaire au bon fonctionnement des institutions, et à l'efficacité de la lutte antiterroriste, dans le respect des droits fondamentaux.

Pour finir, s'agissant du « Médiateur 1267 », autre « garant des droits fondamentaux » dans le cadre spécifique de la radiation de la liste Al Qaida, il ne doit pas être critiqué à l'excès, d'autant que des enseignements peuvent également être tirés à partir de cette institution.

En effet, chargé exclusivement d'examiner les questions de radiation sur les listes « Al Qaida », le Médiateur sollicite, dans son troisième rapport annuel⁷³, l'extension de sa mission à des questions qui, de son point de vue, sont du même ressort – ou en tout cas sont indissociables – de ces questions de radiation dont il a la charge : il sollicite ainsi la charge du suivi des dossiers des personnes ou des entités radiées de la liste, ainsi que la possibilité d'assister les particuliers ou entités souhaitant déposer une demande de dérogation au Comité. Dans le premier cas, le Médiateur dénonce en effet que certaines personnes ayant obtenu leur radiation de la liste continuent d'être soumises à des restrictions de voyage ou d'accès à leurs comptes et de transfert de fonds. Or, à ce jour, ces « anomalies » ne peuvent faire l'objet que d'entretiens purement informels avec les États : le Médiateur considère que ces restrictions injustifiées constituent une entrave à l'équité, et il affirme ainsi qu'il pourrait remédier efficacement à ce type de situation, s'il avait le mandat précis de suivre ces cas avec les États concernés ou d'une autre façon qu'il resterait à imaginer. Dans le deuxième cas, le Médiateur souligne que la question de l'accès des particuliers et des entités aux dérogations aux mesures de sanction prescrites par le Conseil de Sécurité est encore plus pressante. Il explique très clairement que « *dans quatre des cas de radiation traités pendant la période à l'examen, les requérants ont demandé l'aide de la Médiatrice pour présenter des demandes de dérogation au Comité. Le mandat actuel du Médiateur ne lui permet même pas de faciliter la présentation d'une telle demande au Comité de la part d'un particulier ou d'une entité. Ceci s'est avéré problématique dans les cas traités pendant la période à l'examen. De plus, en règle générale, les particuliers ou entités n'ont pas d'autre possibilité que de passer par les États pour demander une dérogation au Comité. Pour les particu-*

⁷³ Troisième rapport annuel, janvier 2012, précité, spéc. pts 50 et s.

liers résidant dans des États disposant de ressources et d'une capacité limitée, notamment, ces dérogations auront peu de chance d'aboutir, puisqu'ils ne peuvent pas s'assurer que la demande sera présentée au Comité ». Pour toutes ces raisons, le Médiateur appelle à ce qu'il soit envisagé de donner à son bureau à la fois le mandat de suivre les plaintes concernant le maintien des mesures de sanction après la radiation de la liste et de transmettre directement les demandes de dérogation des particuliers et des entités au Comité pour examen.

Indépendamment des suites qui seront données – ou non – à cette requête du Médiateur, il faut sans doute souligner la vision « globale » très originale que tente de défendre ici le Médiateur, au titre de sa charge de protection des droits fondamentaux. De son point de vue, en effet, les mesures restrictives prises dans le cadre de la lutte antiterroriste ne doivent plus être scindées au titre de leur mise en œuvre et de leur contrôle, car il y a un lien entre l'inscription sur les listes, le gel des avoirs, les dérogations demandées, la radiation des listes, et l'extinction des effets provoqués par les mesures restrictives après la radiation. La chose est tout à fait juste. Il existe en effet, et d'abord, un lien institutionnel : ce sont les mêmes autorités qui décident – avec l'aide des États – des inscriptions sur les listes, des dérogations et des radiations. Et il existe également un lien matériel : c'est évidemment la rigueur des effets des mesures de gel des avoirs qui justifie les demandes de dérogations, comme les demandes de radiation des listes sont élevées pour que cessent ces mêmes effets. Par conséquent, suggère le Médiateur, l'unité devrait aussi exister au titre de la bonne application ou du contrôle, sous son égide. Cette approche unitaire et globale nous paraît à la fois logique et pertinente. Logique parce qu'il paraît bon qu'un « pôle de compétences » soit créé autour d'une seule et même personne, en l'occurrence le Médiateur, pour toutes les questions qui touchent – directement ou indirectement, au stade de la mise en place, pendant le déroulé ou au titre de l'extinction des effets – au gel des avoirs ; c'est le gage d'une certaine cohérence des décisions successives à prendre, ainsi que d'une connaissance approfondie de chaque dossier par le Médiateur, lui permettant une meilleure défense des intérêts des personnes listées et donc une plus grande efficacité dans l'exercice de son mandat premier. Mais l'approche « globale » est également pertinente. Si l'on revient aux enseignements que l'on peut tirer à l'égard des « garants » des droits fondamentaux en matière antiterroriste, en effet, on peut considérer que cette vision « unitaire » que tente de développer le Médiateur pourrait valablement inspirer le juge communautaire. Certes, il ne s'agit pas de prétendre à une réunification parfaite du régime de protection offert aux droits procéduraux et substantiels – les considérations d'ordre public en cause s'y opposeraient –, mais peut-être de raviver

l'idée d'une certaine unité des droits fondamentaux, et d'inviter à ce que la protection juridictionnelle qui doit être garantie aux individus listés au titre de ces droits soit, elle aussi, pensée globalement, pour plus de cohérence entre les décisions judiciaires et plus de justice au profit de ceux qui, rappelons-le, ne sont que des *présumés* terroristes.