



**HAL**  
open science

# LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH : LA SÉCURITÉ AU PRIX DE LA LIBERTÉ ?

Laure Laganier Milano

► **To cite this version:**

Laure Laganier Milano. LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH : LA SÉCURITÉ AU PRIX DE LA LIBERTÉ ?. Le droit des libertés en question, 2017, Grenoble, France. hal-02298464

**HAL Id: hal-02298464**

**<https://hal.science/hal-02298464v1>**

Submitted on 26 Sep 2019

**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.

# LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH : LA SÉCURITÉ AU PRIX DE LA LIBERTÉ ?

 [revuedlf.com/cedh/lutte-contre-le-terrorisme-la-securite-au-prix-de-la-liberte/](http://revuedlf.com/cedh/lutte-contre-le-terrorisme-la-securite-au-prix-de-la-liberte/)

Article par [Laure Milano](#)

Chronique classée dans [Dossier](#), [Droit européen des droits de l'homme](#)

Appartient au dossier : "[Le droit des libertés en question\(s\) - Colloque des 5 ans de la RDLF](#)"

RDLF 2017, chron. n°24

Mot(s)-clef(s): [CourEDH](#), [Droit au procès équitable](#), [Droits de la défense](#), [remises extraordinaires](#), [terrorisme](#), [Vie privée](#)

Alors que certains États européens, confrontés à une vague de terrorisme sans précédent, se dotent de nombreux outils de prévention et de répression du terrorisme, souvent dérogoires au droit commun, il est intéressant de confronter ces outils à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de vérifier si la gravité de la situation actuelle conduit ou non à une modification du contrôle européen.

**Par Laure Milano, professeur de droit public à l'Université d'Avignon – IDEDH (ea 3976)**

Ainsi que l'a rappelé l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution du 27 janvier 2016 <sup>1</sup>, « les démocraties ont le droit inaliénable, et l'obligation indissociable de se défendre, lorsqu'elles sont attaquées », « la lutte contre le terrorisme doit être renforcée, tout en garantissant le respect des droits de l'homme, de l'Etat de droit et des valeurs communes défendues par le Conseil de l'Europe ».

Respect des droits fondamentaux et lutte contre le terrorisme ne doivent pas, en effet, être perçus comme antinomiques, mais bien au contraire, comme complémentaires car le droit à la sécurité des populations est au cœur des droits fondamentaux.

Si l'adoption de mesures de prévention et de répression du terrorisme est susceptible d'emporter une restriction aux droits fondamentaux, ces restrictions trouvent leur limite dans l'obligation de respecter les droits fondamentaux. La Cour européenne est de longue date confrontée à la question des mesures adoptées par des Etats parties en matière de lutte contre le terrorisme <sup>2</sup>. Face à cette situation de crise, la Convention offre aux Etats la possibilité de déroger à la Convention. L'article 15 autorise ainsi l'Etat « en cas de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation » à prendre des mesures dérogeant aux obligations conventionnelles.

Il convient à ce propos de rappeler que la déclaration de l'état d'urgence en France par le décret du 14 novembre 2015 s'est accompagnée du recours à cette clause, le gouvernement français ayant notifié au secrétaire général du Conseil de l'Europe, comme le prévoit l'article 15 §3 de la Convention, dès le 25 novembre 2015, sa décision de déroger à la Convention, notification renouvelée après chaque prorogation de l'état d'urgence. Ce n'est pas la première fois que l'Etat français utilise la clause dérogoire de l'article 15, il l'avait déjà utilisée en 1985 au moment des événements en Nouvelle-Calédonie. Néanmoins, de par sa durée et son champ d'application étendu à l'ensemble du territoire national, la dérogoation actuelle est sans précédent. Le fait que le régime de l'état d'urgence s'applique aussi longtemps n'est d'ailleurs pas en soi contraire à la Convention puisque le juge européen a admis, s'agissant justement de la menace terroriste, « qu'un "danger public" au sens de l'article 15 peut persister plusieurs années » <sup>4</sup>.

Cette possibilité de dérogation est toutefois encadrée, la Cour vérifiant les conditions de mise en œuvre de l'article 15, contrôlant que l'Etat ne porte pas atteinte aux droits intangibles de la Convention, ceux-ci étant insusceptibles de dérogation, et contrôlant la nécessité et la proportionnalité des mesures dérogatoires <sup>5</sup>.

Le nombre d'arrêts portant sur le contrôle des dérogations autorisées par l'article 15 est cependant relativement faible.

Le contrôle de la Cour sur les limitations aux droits garantis du fait de l'adoption par l'Etat de mesures de lutte contre le terrorisme offre, en revanche, un éventail jurisprudentiel beaucoup plus important et une diversité de situations qui permet plusieurs possibilités de systématisation.

Une première clé d'analyse de ce contentieux pourrait consister à prendre compte la situation des personnes par rapport aux mesures antiterroriste.

Les requêtes à Strasbourg les plus fréquentes concernent les auteurs présumés d'actes terroristes, ces requêtes portent tant sur l'allégation de violation des droits substantiels que sur celle des droits procéduraux.

D'autres requêtes sont portées par les victimes d'attentats terroristes, celles-ci alléguant de la violation par l'Etat de son obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour protéger les droits fondamentaux des personnes sous sa juridiction contre les actes terroristes. Ces requêtes sont moins nombreuses que les premières, mais cette jurisprudence est sans doute appelée à connaître des développements dans les années à venir.

Une autre clé d'analyse pourrait reposer sur le critère de la nature de la mesure adoptée par l'Etat, selon qu'il s'agit de mesures de prévention ou de mesures de répression du terrorisme.

Les mesures de répression touchent un nombre relativement réduit de personnes, les présumés auteurs d'actes terroristes, alors que les mesures de prévention peuvent affecter un cercle beaucoup plus important de personnes, en particulier si l'on pense aux outils de collectes de données (sonorisation de lieux, écoutes téléphoniques, géolocalisation, etc.) qui peuvent s'avérer être de véritables outils de surveillance de masse <sup>6</sup>.

Ces deux premières tentatives de systématisation de la jurisprudence de la Cour en matière de terrorisme sont utiles dans le cadre de l'analyse de cette jurisprudence et nous les utiliserons, mais elles ne permettent pas de rendre compte de l'évolution qui semble se dessiner et qui n'est sans doute pas sans lien avec la recrudescence des attentats et de la menace terroriste en Europe depuis plusieurs mois déjà.

Pour faire face à cette menace grandissante, les Etats ont instauré des régimes d'urgence et mis en place de nouveaux outils de lutte contre le terrorisme, souvent dérogatoires au droit commun. Tel est, par exemple, le cas de la loi française du 3 juin 2016, n°2016-731, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale <sup>7</sup> qui inscrit dans le droit commun des outils qui relèvent de la logique l'état d'urgence et opère ainsi un glissement progressif du régime d'exception vers le droit commun <sup>8</sup>.

La Cour européenne, souvent confrontée à ce type de législation, a toujours veillé à encadrer les dérives. Néanmoins, l'affirmation récente selon laquelle le terrorisme constituerait « une catégorie spéciale du droit », formule employée dans l'arrêt *Sher contre Royaume-Uni* <sup>9</sup> inquiète.

A partir de cette affirmation, il est intéressant d'essayer de vérifier si la Cour, dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, cherche à établir un point d'équilibre entre le respect des droits fondamentaux et les nécessités de la lutte contre le terrorisme ou bien si, en raison de la gravité de la situation actuelle, sa jurisprudence tend vers un relâchement du contrôle au nom du principe de subsidiarité et de l'idée selon laquelle l'Etat doit disposer en la matière d'une large marge d'appréciation.

Il ne s'agit donc pas ici de dresser un panorama complet de la jurisprudence européenne en matière de terrorisme, mais de se concentrer sur des affaires récentes pour analyser si elle opère un traitement particulier des contentieux en lien avec le terrorisme.

Il est cependant difficile de tirer des conclusions définitives de l'analyse de la jurisprudence récente, d'une part, parce que des affaires importantes sont actuellement pendantes (13 recours ont, par exemple, été introduits contre la loi renseignement du 24 juillet 2015) et, d'autre part, parce que la jurisprudence récente offre un tableau assez bigarré.

Néanmoins, on peut estimer que globalement, s'agissant des mesures de lutte contre le terrorisme qui affectent les droits substantiels, la Cour maintient le cap de sa jurisprudence antérieure et essaie de réaliser un équilibre entre contrôle des ingérences et prise en compte des exigences de la lutte contre le terrorisme, quelle que soit d'ailleurs la situation des personnes à l'égard de ces mesures, auteur ou victime d'actes terroristes (I).

En revanche, en ce qui concerne les garanties procédurales, certains arrêts témoignent ces derniers mois d'une atténuation du contrôle qui aboutit à la relativisation de ces garanties s'agissant des auteurs présumés d'actes terroristes, en rupture avec la ligne jurisprudentielle antérieure (II).

## I- L'ENCADREMENT DES MESURES ANTI-TERRORISTES AFFECTANT LES DROITS SUBSTANTIELS : LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE CONTRÔLE STRICT ET NÉCESSITÉS DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

La Cour est confrontée à des questions très diverses en lien avec le terrorisme, qu'il s'agisse, par exemple, sous l'angle de l'article 3 de la Convention des conditions de détention des terroristes ou de leur éloignement du territoire, sous l'angle de l'article 10 de la diffusion de propos haineux et d'incitation au terrorisme, sous l'angle de l'article 11 de la question de la dissolution d'associations ou de partis politiques qui pourraient constituer une menace pour l'ordre public.

Les mesures de lutte contre le terrorisme peuvent donc avoir des répercussions sur de nombreux droits substantiels.

Il apparaît néanmoins que la prévention des actes terroristes passe aujourd'hui essentiellement par la recherche de renseignements et par la mise en place d'outils toujours plus performants en matière de surveillance des individus et de collecte d'informations. Ceci est d'ailleurs attesté par la réglementation française, qu'il s'agisse de la loi renseignement du 24 juillet 2015 <sup>10</sup>, de celle du 3 juin 2016 <sup>11</sup> ou par la publication, le 30 octobre 2016, du décret relatif au méga fichier Titres électroniques sécurisés <sup>12</sup>.

Ces outils de collecte des données font l'objet d'un encadrement du juge européen, encadrement qui reste relativement strict même si la jurisprudence récente témoigne de la nécessité de ne pas entraver la lutte contre le terrorisme (A).

Une autre question retient l'attention. Les mesures de lutte contre le terrorisme, d'autant plus si elles sont très attentatoires aux droits fondamentaux, sont souvent justifiées par les autorités publiques par la raison d'Etat. La question est de savoir si l'invocation de ce motif par les autorités appelle un contrôle atténué de la part du juge européen. Or, la jurisprudence récente confirme que la Cour entend veiller à ce que la raison d'Etat ne puisse justifier des actes qui seraient ouvertement contraires aux principes de l'Etat de droit et aux valeurs de la société démocratique comme en témoigne l'exemple des remises extraordinaires entre Etats (B).

### A- L'encadrement des outils de collecte de données

La Cour dès l'arrêt *Klass contre Allemagne* de 1978 <sup>13</sup> a été confrontée aux mesures de surveillance secrète destinées à lutter notamment contre le terrorisme.

Ces mesures de surveillance ou de collecte d'informations constituent, par nature, des ingérences dans le droit au respect de la vie privée quelle que soit la technique utilisée, même si la Cour considère que certains outils sont plus attentatoires que d'autres à la vie privée. Ainsi, dans un arrêt *Uzun contre Allemagne* <sup>14</sup>, rendu dans une affaire de terrorisme, elle a estimé que la surveillance par GPS est moins susceptible de porter atteinte au droit au

respect de la vie privée d'une personne que les méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui « révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet » (§52). Elle a néanmoins considéré dans cette affaire que la surveillance par GPS constituait, en l'espèce, une ingérence dans la vie privée.

Ces outils peuvent toutefois être compatibles avec la Convention, si l'ingérence dans la vie privée respecte les critères posés par la Cour au fil de sa jurisprudence.

Pour comprendre la grille d'analyse utilisée par la Cour en la matière et vérifier si celle-ci a connu des inflexions au regard de la nature du but légitime poursuivi, à savoir la lutte contre le terrorisme, il est possible de prendre pour illustration deux arrêts : l'arrêt *Sher* rendu contre le Royaume-Uni en 2015 (préc.), qui concernait des perquisitions au domicile de personnes soupçonnées de terrorisme et l'arrêt du 12 janvier 2016 *Szabo et Vissy contre Hongrie* <sup>15</sup> qui concernait des opérations anti-terroristes de surveillance secrète prévues par la législation et susceptibles de s'appliquer à un large cercle de personnes.

La Cour aboutit à des constats opposés, différence qui s'explique essentiellement par la nature des mesures et leurs destinataires.

Dans l'arrêt *Sher*, il s'agissait de mesures ciblées concernant des personnes soupçonnées de terrorisme ; la Cour, au terme de son contrôle, constate l'absence de violation de l'article 8 de la Convention. Dans *Szabo et Vissy*, les mesures de surveillance en cause pouvaient potentiellement toucher tout citoyen, ce qui justifiera, en raison de l'absence de garanties suffisantes, le constat de violation de l'article 8. Il faut souligner que la Cour applique dans cette dernière affaire la jurisprudence *Zakharov contre Russie* <sup>16</sup> sur la qualité de victime en matière de surveillance secrète, selon laquelle lorsque le droit interne n'offre pas de recours devant un organe indépendant pour se plaindre de ces mesures de surveillance, les particuliers peuvent invoquer devant elle la seule existence de telles mesures sans avoir à démontrer qu'ils ont été directement concernés.

Cette interprétation extensive de la notion de victime aboutit dès lors à un contrôle in abstracto de la loi et confirme que la Cour n'entend pas restreindre le champ de son contrôle.

Dans ces deux affaires, la Cour applique les critères et la grille d'analyse classiques en matière de contrôle des mesures de surveillance <sup>17</sup>. Même si on peut constater une certaine souplesse dans leur application, il ne semble pas qu'elle réserve ici un traitement particulier à la prévention du terrorisme par rapport à la prévention d'autres infractions pénales.

Ainsi, en ce qui concerne la prévisibilité de l'ingérence par la loi, la Cour a élaboré une grille d'analyse très détaillée dans l'arrêt de Grande chambre *Roman Zakharov* (préc.) qui était relatif à l'interception secrète de communications de téléphonie mobile mais qui ne concernait pas spécifiquement la lutte contre le terrorisme <sup>18</sup>. Or, cette grille est en partie reprise dans l'arrêt *Szabo et Vissy*.

En effet, conformément à la jurisprudence *Zakharov*, la Cour considère que l'exigence de prévisibilité n'impose pas aux États d'énumérer en détails toutes les situations pouvant entraîner des opérations de surveillance secrète, mais que néanmoins cette législation, qui accorde un pouvoir discrétionnaire à l'exécutif, doit indiquer quelle est l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire et les modalités de son exercice avec suffisamment de clarté pour offrir à tout individu une protection adéquate contre les ingérences arbitraires. En l'espèce, la législation hongroise ne définissait pas de manière suffisamment précise le cercle des personnes susceptibles d'être concernées par ces mesures ouvrant la voie, selon la Cour, à une surveillance illimitée d'un grand nombre de citoyens.

De même, s'agissant de la nécessité de telles mesures, la Cour affiche une volonté de fermeté puisqu'elle considère que l'exigence de nécessité « dans une société démocratique » doit être interprétée de façon stricte (§73) et doit permettre d'éviter le risque d'arbitraire.

L'arrêt se prête toutefois ici à plusieurs interprétations. Certes, la Cour renforce l'exigence de nécessité en exigeant que les mesures de surveillance secrète soient strictement nécessaires pour la préservation des institutions démocratiques, condition posée dès l'arrêt *Klass* de 1978 (préc.), mais elle ajoute qu'il faut également qu'elles soient strictement nécessaires pour l'obtention de renseignements vitaux dans le cadre d'une

opération individuelle donnée (§73), ce qui suppose donc que la mesure de surveillance ne peut être générale mais doit être ciblée. Pourtant dans le même temps, elle abandonne le critère posé dans l'arrêt *Zakharov* (préc.) selon lequel l'autorisation de ces surveillances devait être subordonnée à la preuve d'un « soupçon raisonnable » et n'exige plus qu'un « soupçon individuel » (§71). Certains ont pu y voir un affaiblissement du contrôle au regard des nécessités de la lutte contre le terrorisme <sup>19</sup>.

Le contrôle de la nécessité de la mesure suppose également de vérifier les garanties qui entourent ces mesures de surveillance.

A ce sujet, il faut noter la récente censure d'une disposition de la loi renseignement par le Conseil constitutionnel <sup>20</sup> selon un raisonnement et une motivation très proches de ceux qu'emploie la Cour européenne, le Conseil estimant que les mesures de surveillance par voie hertzienne n'étaient pas suffisamment encadrées et portaient ainsi atteinte au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

Le juge européen, quant à lui, se montre sans doute plus compréhensif que par le passé, sans pour autant remettre en cause l'intensité du contrôle.

Il a ainsi admis dans l'arrêt *Sher* que la lutte contre le terrorisme et l'urgence de la situation pouvaient justifier qu'un mandat de perquisition fut formulé de manière relativement large. En pareil cas, il y a lieu selon lui d'accorder une certaine flexibilité aux autorités pour apprécier quels éléments peuvent être liés à des activités terroristes et être saisis pour un plus ample examen (§174). C'est néanmoins l'existence de garanties judiciaires contre le risque d'arbitraire (mandat délivré par un juge, contrôle juridictionnel du mandat) qui justifiera la non violation de l'article 8 en l'espèce.

S'agissant justement des garanties juridictionnelles entourant ces mesures, dans l'arrêt *Szabo et Vissy*, la Cour se livre à une analyse du moment auquel doit intervenir le contrôle. Ce contrôle, elle l'a affirmé dès l'arrêt *Klass*, doit être exercé par une juridiction et non, comme c'était le cas en l'espèce, par une autorité politique en raison du risque d'abus. Elle reconnaît cependant le caractère nécessairement a posteriori de ce contrôle en matière de terrorisme en estimant que la mise en œuvre d'une autorisation juridictionnelle n'est pas praticable compte tenu « de la nature de la menace terroriste contemporaine » et parce qu'elle ferait « gaspiller un temps précieux » et serait « contreproductive » (§80).

Elle avait d'ailleurs précédemment admis, dans d'autres contextes que celui du terrorisme, que le contrôle du juge puisse se faire postérieurement à la perquisition (10 nov. 2015, n°58500/10, *Slavov c/ Bulgarie*, §§145-147, elle constatera cependant en l'espèce une violation de l'article 8).

On peut donc reconnaître dans ces affaires récentes liées à un contexte de terrorisme, une certaine flexibilité de la position de la Cour. Elle adopte une position nuancée qui vise à concilier protection des droits fondamentaux et efficacité de la lutte contre le terrorisme.

Il ne semble pas, cependant, que l'on puisse parler d'inflexion de la jurisprudence européenne s'agissant du contrôle des mesures de surveillance sous l'angle de l'article 8 car cette même flexibilité se retrouve pour des affaires dans lesquelles les mesures de surveillance sont destinées à lutter contre d'autres types d'infractions pénales. Sous l'angle de l'article 8, le terrorisme ne paraît donc pas faire l'objet d'un traitement spécifique dans la jurisprudence européenne.

L'intensité du contrôle de la Cour ne faiblit pas non plus lorsqu'il s'agit de poser des limites à la raison d'Etat comme c'est le cas dans le cadre du contentieux des opérations de remises secrètes entre Etats.

## B- Le contrôle des mesures fondées sur la raison d'Etat, l'exemple des remises secrètes

Différentes affaires de remises secrètes entre Etats dans le cadre d'opérations de lutte contre le terrorisme ont été portées devant la Cour européenne ces dernières années.

La Cour a statué pour la première fois dans l'arrêt *El-Masri* <sup>21</sup>.

Ces remises extraordinaires secrètes sont définies par la Cour comme « le transfert extrajudiciaire d'une personne de la juridiction ou du territoire d'un État à ceux d'un autre État, à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire, la mesure impliquant un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » (§221, *El-Masri*). Concrètement, il s'agit de l'enlèvement d'un individu présumé terroriste par les agents de la CIA sur un territoire étranger, avec, ou non, la coopération de l'État où l'enlèvement a lieu, afin de le transférer dans un État tiers et lui soutirer des informations.

Dans les différentes affaires qui ont été soumises à la Cour depuis l'arrêt *El-Masri* <sup>22</sup>, elle a toujours fait preuve d'une grande fermeté. Dans ces affaires, plusieurs droits substantiels étaient invoqués, mais ces remises secrètes soulèvent essentiellement un problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention. La Cour pose une présomption de violation de cette disposition en qualifiant les traitements administrés à ces détenus de torture et sanctionne sous le volet procédural de l'article 3 l'absence d'enquête effective des autorités ou l'absence de punition des responsables de tels actes <sup>23</sup>.

Ces affaires soulèvent également le problème du caractère illégal des privations de liberté dont font l'objet ces détenus, détention non reconnue, en violation totale des exigences de l'article 5 de la Convention qui garantit le droit à la liberté et à la sûreté. La Cour souligne d'ailleurs « l'importance fondamentale des garanties figurant à l'article 5 pour assurer aux individus dans une démocratie le droit à ne pas être soumis à des détentions arbitraires par les autorités » et estime « totalement inacceptable » qu'une personne puisse être privée de sa liberté dans un lieu de détention extraordinaire échappant à tout cadre légal, « ce qui constitue une violation particulièrement grave » de l'article 5 §1 <sup>24</sup> et « est totalement contraire à l'Etat de droit et aux valeurs protégées par la Convention <sup>25</sup>.

Certes, la Cour reconnaît que « les enquêtes concernant les infractions à caractère terroriste confrontent indubitablement les autorités à des problèmes particuliers. Cela ne signifie pas pour autant que les autorités aient carte blanche, au regard de l'article 5, pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes et, en dernière instance, par les organes de contrôle de la Convention, chaque fois qu'elles estiment qu'il y a infraction terroriste » <sup>26</sup>.

De plus, dans ces affaires, la Cour retient une conception élargie de sa propre compétence et des effets de la Convention, ce qui n'est d'ailleurs pas propre à la question des remises secrètes. Néanmoins ces affaires se caractérisent par une double responsabilité des Etats au regard de la Convention :

- responsabilité de l'Etat pour les actes commis sur son sol par ses propres agents mais également par des agents étrangers avec la complicité ou l'approbation formelle ou tacite des autorités nationales ;
- responsabilité de l'Etat pour les actes commis sur le territoire d'un Etat tiers dans le cadre de l'opération de remise extraordinaire.

La jurisprudence récente confirme donc, là encore, que la Cour entend veiller à ce que la raison d'Etat ne puisse justifier des actes qui seraient ouvertement contraires aux principes de l'Etat de droit et aux valeurs de la société démocratique. Sous l'angle des droits substantiels, en l'état actuel, car plusieurs affaires importantes sont pendantes à Strasbourg notamment en matière de surveillance de masse (requêtes concernant le Royaume-Uni et 13 recours concernant la France), l'heure n'est pas à l'abaissement du standard conventionnel, la Cour maintenant le cap de sa jurisprudence antérieure. Il n'en va pas tout à fait de même s'agissant des garanties procédurales.

## II- VERS UNE RELATIVISATION DES GARANTIES PROCÉDURALES ?

S'agissant des garanties procédurales protégées par la Convention, les derniers arrêts rendus offrent un tableau assez confus dans la mesure où, sur le plan des principes, la Cour affirme avec une intransigeance renouvelée la place centrale des garanties procédurales dans un Etat de droit, alors que sur le fond, certains d'entre eux témoignent d'un recul des droits de la défense au nom de l'efficacité des investigations en matière de terrorisme.

## A- Une fermeté renouvelée sur le plan des principes

---

Dans la jurisprudence récente, la Cour réaffirme avec force les principes de l'Etat de droit et la nécessité de garantir l'absence d'arbitraire, cette notion de « lutte contre l'arbitraire » étant présente, de manière quasi-systématique, dans les arrêts rendus ces dernières années en matière de terrorisme, y compris ceux que nous avons analysés sous l'angle des droits substantiels.

Tel est le cas, par exemple, de l'arrêt de Grande chambre *Al-Dulimi* rendu le 21 juin 2016 <sup>27</sup> dans lequel la Cour, dans la lignée de l'arrêt *Kadi* de la CJCE <sup>28</sup> et de l'arrêt *Nada* contre Suisse qu'elle avait rendu le 12 septembre 2012 <sup>29</sup>, réitère la nécessité pour un Etat partie de respecter ses obligations conventionnelles lorsqu'il exécute ses obligations internationales nées de la Charte des Nations Unies ; or, dans toutes ces affaires, il s'agissait plus particulièrement du Chapitre 7 de la Charte relatif à la lutte contre le terrorisme et des résolutions du Conseil de sécurité prises en application de ce Chapitre en matière de sanctions ciblées.

Dans l'arrêt *Al-Dulimi*, sans remettre en cause la primauté du droit onusien, la Cour contrôle néanmoins indirectement la conventionnalité de la résolution du Conseil de sécurité à l'aune des garanties de l'article 6 §1 de la Convention. Elle justifie cette solution par l'invocation des principes de l'Etat de droit, de l'ordre public européen et la nécessité de lutter contre l'arbitraire (voy. §145 en particulier). Tant sur le plan des principes que sur le fond, elle conditionne ainsi les nécessités de la lutte contre le terrorisme au respect des garanties procédurales. Elle constate, en effet, la violation du droit d'accès à un tribunal en raison de l'absence de contrôle juridictionnel permettant de garantir l'absence d'arbitraire de l'inscription d'une personne sur une liste de sanctions et subordonne donc la mise en œuvre par les Etats parties du Conseil de l'Europe des sanctions décidées par le Conseil de sécurité de l'ONU à l'existence d'un contrôle juridictionnel.

Un autre arrêt particulièrement illustratif de la volonté de la Cour de rappeler l'importance des garanties procédurales, du moins sur le plan des principes, est l'arrêt *Ibrahim* contre Royaume- Uni rendu en Grande chambre le 13 septembre 2016 <sup>30</sup> et qui concernait les interrogatoires de plusieurs personnes ayant tenté de commettre un attentat quelques semaines après les attentats meurtriers du métro de Londres.

Dans cette affaire, la Cour va utiliser des formulations très fortes, inédites, en estimant que le droit à un procès équitable « ne souffre aucune dérogation » (§250) ou encore en affirmant qu'« il est hors de question que les droits tenant à l'équité du procès soient atténués pour la seule raison que les personnes concernées sont soupçonnées d'être mêlées à des actes de terrorisme » (§252).

Néanmoins, derrière le discours de fermeté, les derniers arrêts rendus à Strasbourg, et en particulier l'arrêt *Ibrahim*, témoignent d'une certaine relativisation des droits de la défense et finalement la tentation de considérer le terrorisme « comme une catégorie spéciale ».

## B- L'efficacité des investigations au détriment des droits de la défense

---

Pour comprendre la rupture jurisprudentielle que constitue l'arrêt *Ibrahim* (préc.), il est important de rappeler que la Cour européenne a rendu les arrêts les plus protecteurs en matière de droits de la défense dans des affaires liées au terrorisme : qu'il s'agisse de l'arrêt *Salduz* <sup>31</sup> qui a imposé la présence de l'avocat, sauf raisons impérieuses, dès les premiers interrogatoires de la police, de l'arrêt *Dayanan* <sup>32</sup> relatif à l'effectivité des droits de la défense ou encore de l'arrêt *John Murray* <sup>33</sup> qui a consacré le droit de ne pas témoigner contre soi-même.

De plus, de manière plus générale, à partir de l'arrêt *Salduz*, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, relayée d'ailleurs par les différentes directives adoptées par l'Union européenne en matière de procédure pénale <sup>34</sup>, s'est illustrée par une montée en puissance importante des droits de la défense.

Dans la jurisprudence européenne, l'autonomie des notions d' « accusation » en « matière pénale » <sup>35</sup> fait remonter l'applicabilité de cet article et les garanties qui en découlent très amont de la phase judiciaire et, outre le droit à l'assistance de l'avocat <sup>36</sup>, elle a reconnu l'application, dès la phase d'enquête, du droit de se taire <sup>37</sup>, du

droit à un interprète<sup>38</sup> ou du droit à être informé de ses droits, droit qu'elle a consacré dans l'arrêt Ibrahim (préc., §272) comme inhérent au droit de se taire et d'être assisté d'un avocat, ces garanties s'appliquant indépendamment du type de contentieux, qu'il s'agisse ou non de litiges en lien avec le terrorisme.

Pour autant, un manquement à l'une de ces garanties n'emporte pas automatiquement la violation de l'article 6, la Cour pratiquant un contrôle global et considérant qu'un manquement à l'une des exigences du procès équitable à un stade de la procédure peut être corrigé dans les phases ultérieures, à condition toutefois que ce manquement n'ait pas porté une atteinte irréversible à l'équité du procès.

Ainsi, s'agissant le droit d'accès à un avocat, figure centrale des droits de la défense, elle a toujours estimé que ce droit n'était pas absolu. L'arrêt *Salduz* a néanmoins marqué un durcissement des restrictions admissibles puisqu'à partir de cet arrêt elle a exigé des « raisons impérieuses » pour justifier une limitation à ce droit<sup>39</sup>. A la suite de cette affaire, la Cour va adopter une ligne jurisprudentielle très protectrice des droits de la défense en général et du droit à l'assistance d'un avocat en particulier en estimant que la violation de ce droit au stade de l'enquête porte une atteinte irréversible à l'équité du procès. Cette ligne jurisprudentielle est rompue par l'arrêt Ibrahim.

Antérieurement à l'arrêt Ibrahim, l'arrêt *Sher* contre Royaume-Uni rendu en 2015 (préc.), qui concernait l'arrestation et la détention de ressortissants pakistanais dans le cadre d'une opération antiterroriste, marquait déjà une régression des droits de la défense mais sous l'angle de l'article 5 §4 de la Convention. L'article 5 §4 garantit le droit de toute personne privée de sa liberté d'introduire un recours contre un tribunal et la Cour considère de longue date que ce droit implique « des garanties substantiellement identiques à celles que consacre le volet pénal de l'article 6 §1 »<sup>40</sup>. Il est d'ailleurs frappant de constater que, là encore, l'affirmation de cette identité de garanties entre l'article 5 §4 et l'article 6 §1 est notamment le fait de l'arrêt A. qui concernait la mise en œuvre par le Royaume-Uni de l'article 15 dans un contexte de terrorisme.

Or, dans l'arrêt *Sher*, la Cour estime que l'article 5 §4 ne doit pas être appliqué d'une manière telle qu'il causerait aux autorités policières des difficultés excessives pour combattre de manière efficace le terrorisme (§149), formule que l'on retrouvera sous l'angle de l'article 6 dans l'arrêt *Ibrahim* (§252), et elle va considérer, en rupture avec sa jurisprudence antérieure, que l'article 5 §4 ne fait pas obstacle à la tenue d'une audience à huis clos, en l'absence du détenu ou de son avocat, audience consacrée à la présentation de sources d'informations confidentielles.

L'arrêt Ibrahim, sous l'angle de l'article 6, confirme cette inflexion de la jurisprudence et laisse également une impression d'ambiguïté parce qu'il oscille entre fermeté et relativisation des garanties procédurales

En effet, alors même que la Cour, en Grande chambre, constate la violation de l'article 6 dans le chef de l'un des requérants, ce qui n'était pas le cas de l'arrêt de chambre qui ne constatait aucune violation de l'article 6, les droits de la défense sont fragilisés par cet arrêt au moins à un double titre.

En ce qui concerne le droit d'accéder à un avocat, la Cour fait, pour la première fois, jouer l'exception posée par l'arrêt *Salduz*. Certes, cette exception à la présence de l'avocat dès les premiers interrogatoires de la police est encadrée et la Cour, délivrant une grille d'appréciation à l'attention des Etats, estime que cette exception suppose la vérification de deux critères : l'existence de raisons impérieuses justifiant une restriction aux droits de la défense et l'appréciation du préjudice causé par cette restriction. Elle précise que la restriction doit avoir un caractère temporaire, doit reposer sur une appréciation individuelle des circonstances et doit être encadrée par le droit interne. Toutefois, à la question de savoir si l'absence de raisons impérieuses emporte à elle seule la violation de l'article 6, elle répond, de façon très contestable, par la négative alors que l'arrêt *Salduz* laissait supposer une solution inverse. Elle estime néanmoins que, dans cette circonstance, le contrôle doit être strict et, renversant la charge de la preuve, considère que c'est à l'Etat de prouver que cette atteinte n'a pas porté une atteinte irréversible à l'équité globale du procès. De ce point de vue, l'arrêt Ibrahim constitue cependant un recul du droit à l'assistance d'un avocat dans la mesure où l'absence de raisons impérieuses de différer l'accès à l'avocat n'emporte plus automatiquement la violation de l'article 6.

Le droit de ne pas témoigner contre soi-même semble également relativisé, la Cour estimant qu'il constitue une protection non pas contre la tenue de propos incriminants en tant que telle mais contre l'obtention de preuves par la coercition ou l'oppression (§267), ce qui paraît réducteur par rapport à sa jurisprudence antérieure dans laquelle

il semblait que cette protection valait en toute hypothèse <sup>41</sup>.

Cette fragilisation est d'autant plus inquiétante que la Cour a manifestement souhaité faire de l'affaire Ibrahim un arrêt de principe s'agissant de l'application des droits de la défense au contentieux en matière de terrorisme. Les affaires ultérieures permettront de vérifier si cette jurisprudence ouvre ou non la porte à l'arbitraire des Etats.

La Cour européenne a un rôle central à jouer dans le contexte actuel de recul des droits fondamentaux dans plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe, elle doit à ce titre se montrer ferme dans son contrôle et trouver un juste équilibre entre la nécessité d'adopter des mesures de prévention et de répression du terrorisme efficaces et celle de garantir l'effectivité des droits fondamentaux.

Notes:

1. « Combattre le terrorisme international tout en protégeant les normes et valeurs du Conseil de l'Europe », résolution 2090(2016) [↵](#)
2. Voy. O. de Schutter, « La CEDH à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in E. Bribosia et A. Weyembergh (Dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, 2002, pp. 90 et ss [↵](#)
3. 1er juillet 1961, n°332/57, *Lawless c/ Irlande* n°3 [↵](#)
4. GC, 19 fév. 2009, n°3455/05, *A. c/ Royaume-Uni*; *GACEDH* n°8 [↵](#)
5. P. Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2016.2425 [↵](#)
6. F. Dubuisson, « La Cour EDH et la surveillance de masse », *RTDH*, 2011.855 ; K. Blay-Grabarczyk, « Surveillance secrète, visites domiciliaires et autres intrusions des pouvoirs publics dans la vie privée », *RDP*, 2016. 1022 [↵](#)
7. E. Dupic, « La loi n°2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, Perben III de la procédure pénale française ? », *Gaz. Pal.*, 2016, n°22.12 ; J. Buisson, « Parution du nouvel arsenal de lutte contre le terrorisme », *Procédures*, 2016.239 [↵](#)
8. Y. Mayaud, « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion ! », *JCP G*, 2016.344 [↵](#)
9. 20 octobre 2015, n°5201/11 [↵](#)
10. X. Latour, « La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance », *JCP A*, 2015.2286 ; O. Desaulany, R. Ollard, « Le renseignement français n'est plus hors la loi », *Droit pénal*, 2015.17 ; C. Lazerges, H. Henrion-Stoffel, « Politique criminelle, renseignement et droits de l'homme », *RSC*, 2015.761 [↵](#)
11. préc. ; H. Matsopoulou, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée » *JCP G*, 2016.707 ; E. De Marco, « La captation des données », in K. Blay-Grabarczyk, L. Milano (Dir.), *Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux*, coll. Colloques & Essais, Institut universitaire Varennes, LGDJ Lextenso, à paraître en septembre 2017 [↵](#)
12. TES ; M. Quémener, *D. IP/IT*, 2017.58 [↵](#)
13. 9 sept. 1978, n°5029/71 [↵](#)
14. 2 sept. 2010, n°35623/05 ; Note H. Matsopoulou, *D.*, 2011, 724 [↵](#)
15. n°37138/14 ; Zoom A. Schahmaneche, *JCP G*, 2016.93 ; Note S. Peyrou, *ELSJ* [↵](#)
16. GC, 4 déc. 2015, n°47143/06 ; Chron. F. Sudre, *JCP G*, 2016.65 [↵](#)
17. voy. K. Blay-Grabarczyk, « Surveillance secrète, visites domiciliaires et autres intrusions des pouvoirs publics dans la vie privée », préc. [↵](#)
18. voy. également l'application de cette grille d'analyse en dehors de tout motif de sécurité publique dans l'arrêt du 18 oct. 2016, n°61838/10, *Vukota-Bojic c/ Suisse*, concernant la surveillance secrète d'un assuré par sa compagnie d'assurance [↵](#)
19. opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque ; contra F. Dubuisson, préc., spéc. pp.883-884 [↵](#)
20. 21 oct. 2016, n°2016-590 QPC, *La Quadrature du Net et autres* ; Comm. J.H ROBERT, *Droit pénal*, 2016.174 [↵](#)
21. GC, 13 déc. 2012, n°39630/09, *El Masri c/ Ex République yougoslave de Macédoine* [↵](#)
22. voy. 24 juill. 2014, n°28761/11, *Al-Nashiri c/ Pologne et Husayn c/ Pologne*, n°7511/13 ; *Nasr et Ghali c/ Italie*, n°44883/09, 23 févr. 2016 ; plusieurs affaires sont actuellement pendantes devant la Cour [↵](#)
23. *Nasr et Ghali* [↵](#)

24. *El-Masri*, §§236-237 ↵
25. *Nasr et Ghali*, §244; *Al-Nashiri*, §454; *Husayn*, §452 ↵
26. *Nasr et Ghali*, §298 ; dans le même sens *El Masri*, §232 ; *Al Nashiri*, §529 ↵
27. n°5809/08 ; Note F. Sudre, *JCP G*, 2016.968 ↵
28. CJCE, 3 sept. 2008, C.-402/05P ; Note J.P. Jacqué, *RTDE*, 2009.161 ↵
29. GC, n°10593/08 ; Note R. Tinière, *RTDE*, 2013.515 ↵
30. n°50541/08 ; act. L. Milano, *JCP G*, 2016.1010 ; Chron. F. Sudre, *JCP G*, 2017.32 ↵
31. 27 nov. 2008, n°36391/02, *Salduz c/ Turquie* ; *GACEDH* n°35 ↵
32. 13 oct. 2009, n°7377/03, *Dayanan c/ Turquie* ↵
33. 8 fév. 1996, n°18731/91, *John Murray c/ Royaume-Uni* ↵
34. Directive 2010/64/UE du 20 oct. 2010, Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012, Directive 2013/48/UE du 22 oct. 2013 ↵
35. *GACEDH* n°25 ↵
36. *Salduz*, préc. ↵
37. 24 oct. 2013, n°62880/11, *Navone c/ Monaco* ; obs. L. Milano, *RDP*, 2014.801 ↵
38. 14 oct. 2014, n°45440/04, *Baytar c/ Turquie* ; obs. L. Milano, *JCP G*, 2014, actu n°1158 ↵
39. dans la jurisprudence antérieure, elle exigeait seulement « des raisons valables », voy. *John Murray*, préc. ↵
40. GC, 19 févr. 2009, *A c/ Royaume-Uni*, préc. ↵
41. 24 oct. 2013, n°62880/11, *Navone c/ Monaco* ; obs. L. Milano, *RDP*, 2014.801 ↵

Laure Milano, «La Lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence de la Cour EDH : la sécurité au prix de la liberté ?»

RDLF 2017, chron. n°24 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com))