



HAL
open science

Les défis de la justice pénale en Europe - Le défi du terrorisme

Olivier Cahn, Matthias Lemke

► **To cite this version:**

Olivier Cahn, Matthias Lemke. Les défis de la justice pénale en Europe - Le défi du terrorisme. Europe(s) et Justice pénale XXVè Congrès de l'AFDP (Association Française de droit Pénal), 2021, Aix en Provence, France. hal-03835053

HAL Id: hal-03835053

<https://hal.science/hal-03835053>

Submitted on 31 Oct 2022

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.

XXV^e Congrès de l'AFDP

Les défis de la justice pénale en Europe Le défi du terrorisme

Olivier Cahn

Professeur de droit pénal
CY Cergy Paris Université
CESDIP (CNRS-UMR 8183)

Matthias Lemke

Professeur agrégé de Sciences Politiques
Helmut-Schmidt-Universität, Hambourg

Les États parties aux Europe(s) - Conseil de l'Europe et Union européenne - n'ont cessé d'être confrontés au terrorisme¹. Si tant est qu'existe *une* « justice pénale en Europe » - et les progrès de la construction de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice comme le mouvement constant d'harmonisation des procédures répressives par l'effet de la jurisprudence des Cours européennes autorisent à le postuler² -, le terrorisme apparaît pour celle-ci un motif de préoccupation constant; la lutte contre le terrorisme est une composante de « l'ordre public européen »³, dans ses aspects répressifs comme de protection des droits fondamentaux. Cependant, le terrorisme constitue aussi un point d'achoppement de la construction de la coopération répressive entre les États européens à raison des enjeux et considérations politiques qui affectent l'appréhension par les États de cette forme de criminalité. La construction d'une réponse commune des Europe(s) au terrorisme est ainsi affectée - et demeure parfois entravée - par des obstacles juridiques⁴, des considérations juridico-politiques⁵ et des décisions politiques⁶.

De surcroît, l'antiterrorisme est éminemment régalien, ce qui renforce l'incidence du principe de subsidiarité, qu'il se rapporte à la compétence de l'Union européenne en matière pénale⁷ ou à sa position « à la base du système de la Convention » européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁸. Dès l'arrêt *Lawless*⁹, la CEDH a admis qu'en cette matière, les gouvernements peuvent déroger aux obligations prévues par la Convention, dans la limite du respect des dispositions du paragraphe 2 de l'article 15, et qu'ils jouissent d'une marge nationale d'appréciation importante sur leur territoire. La capacité des institutions

¹ V. G. Ferragu, *Histoire du terrorisme*, 2^e éd., Perrin, coll. Tempus, 2019; J. A. Lynn II, *Une autre guerre. Histoire et nature du terrorisme*, Passés/Composés, 2021.

² V. N. Catelan, S. Cimamonti et J.-B. Perrier, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, PUAM, 2014; E. Saulnier-Cassia, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, LGDJ, 2014 et A. Petropoulou, *Liberté et sécurité: les mesures antiterroristes et la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, coll. : « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2014.

³ Au sens de CEDH, GC, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, n°15318/89.

⁴ Par exemple, l'opposition entre les États membres qui ont très tôt consacré le terrorisme comme une catégorie juridique spéciale d'infractions et ceux qui ont, jusqu'au début des années 2000, traité le terrorisme par le droit pénal commun.

⁵ Par exemple, l'implication des services de renseignement dans la lutte contre le terrorisme.

⁶ Par exemple, la protection octroyée aux militants basques sur le territoire français jusqu'au changement de doctrine en réaction à l'affaire des GAL.

⁷ Art. 3.2, 4 et 5 TUE et art. 2, 4 et 67 *et seq.* TFUE.

⁸ *A fortiori* depuis l'entrée en vigueur du Protocole n°15 du 24 juin 2013.

⁹ CEDH, 14 nov. 1960 et 7 avril 1961, *Lawless c. Irlande (n°1)*, série A, n°1.

européennes à influencer sur les politiques nationales et sur la qualité des coopérations en matière répressive, s'en trouve affectée d'autant. Mais l'acte de terrorisme constitue aussi un vecteur d'accélération de la construction de l'Europe pénale, comme un moyen de contraindre les États à passer outre leurs réticences à concéder les abandons de souveraineté qu'implique l'amélioration de l'entraide répressive¹⁰.

Enfin, le terrorisme expose les Europe(s) à la difficulté induite par la menace qu'il fait peser sur le fondement même du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne en déstabilisant la démocratie libérale. En effet, l'acte terroriste suscite au sein de la population qui le subit une demande sécuritaire qui la dispose au renoncement aux libertés et la conduit à admettre, sinon réclamer, une réponse étatique autoritaire. En conséquence, les libertés que prennent la majorité des États avec les contraintes de l'État de droit pour combattre le terrorisme malmènent le consensus politique qui fonde l'équilibre de l'ELSJ ou le modèle de la société démocratique consacré par la CESDH, au point que la valeur supra-législative du droit européen et de la jurisprudence des cours européennes ne suffit pas toujours à réguler les excès étatiques¹¹.

Ce constat des paradoxes de la lutte des Europe(s) contre le terrorisme permet d'appréhender la spécificité et la complexité de cette dernière, mais aussi - parce que l'acte terroriste comme sa répression sont, plus que tout autre objet en matière pénale, politiques - le fait que la seule analyse juridique ne saurait suffire à appréhender « le défi » auquel est confrontée la justice pénale. Il a donc paru utile de combiner les analyses en droit et science politique de la contribution à la lutte « européenne » contre le terrorisme de deux États qui justifient d'une expérience comparable de cette criminalité et jouissent ensemble au sein des institutions des Europe(s) d'une influence susceptible d'orienter les politiques communes.

L'étude du droit et de la pratique de la lutte contre le terrorisme permettent alors d'appréhender le défi auquel le terrorisme confronte la justice pénale en Europe. Compte tenu de l'effet du terrorisme sur les populations des États européens, la solution aux menaces que fait peser cette criminalité sur le modèle démocratique européen ne peut procéder que de l'amélioration de l'efficacité de la répression du terrorisme, qui implique elle-même d'amener les États à dépasser l'égoïsme régalien pour mieux coopérer contre une menace transnationale (I). Toutefois, sauf pour les institutions européennes à renoncer à leur raison d'être, l'amélioration de l'efficacité répressive ne saurait s'opérer au détriment du respect des principes de l'État de droit qui caractérisent le modèle démocratique européen; or, la lutte antiterroriste conduit les institutions européennes à adapter l'équilibre délicat entre sécurité et libertés, afin d'éviter une confrontation avec les autorités nationales, au risque d'obérer le modèle d'ensembles démocratiques libéraux que constituent les Europe(s) (II).

I. Améliorer l'efficacité répressive pour protéger le modèle démocratique

Le terrorisme impose aux institutions européennes de contribuer à l'efficacité répressive afin d'éviter que la réaction autoritaire développée par certains gouvernements contre cette

¹⁰ V., par exemple, R. Koering-Joulin et H. Labayle, « Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme », *JCP*, G, I, 1988, 3349; l'adoption des décisions-cadres 2002/475/JAI et 2002/584/JAI du 13 juin 2002 après les attentats du 11 septembre 2001; le renforcement des compétences et prérogatives d'Europol et d'Eurojust après les attentats de Madrid en 2004 et Londres en 2005 ou la création du *European Counter-Terrorism Center* au sein d'Europol après les attentats de 2015-2016.

¹¹ Comp. CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, C-511/18, C-512/18 et C-520/18 et CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network e.a.*, n°393099, 394922, 397844, 397851, 424717 et 424718.

criminalité ne fragilise le projet européen d'établir des organisations internationales regroupant des démocraties fondées sur l'État de droit¹².

Or, même si les Europe(s) constituent les entités inter-étatiques au sein desquelles l'entraide répressive est la plus aboutie¹³, nombre d'obstacles continuent d'affecter cette efficacité et constituent le premier défi lancé par le terrorisme à la justice pénale en Europe.

Ces difficultés se manifestent tant dans la collaboration entre les exécutifs (A) que dans le dialogue des juges (B).

A. La collaboration entre les exécutifs

Le terrorisme est une criminalité dirigée contre l'État *ès qualité*¹⁴. Dès lors, l'autorité publique voit sa position de tiers neutre dans l'administration de la justice répressive fragilisée, d'autant que la confrontation à cette criminalité la conduit à déployer une réaction que nous qualifierons de « régaliennne exacerbée » - c'est-à-dire à mobiliser ses ressources de manière brutale et unilatérale¹⁵. Ce faisant, le droit national de l'antiterrorisme se déploie au risque de heurter parfois les valeurs et principes de la petite et de la grande Europe.

Cependant, après les attentats de Madrid¹⁶ et Londres, les États européens ont été contraints d'admettre tant la nécessité de coopérer pour lutter contre une menace transnationale commune que la plus-value que les institutions européennes pouvaient apporter pour mettre en œuvre cette collaboration. Mais l'implication désordonnée de certains États européens dans la « guerre contre le terrorisme », structurée par la doctrine de la globalisation de la sécurité à laquelle l'Union européenne a adhéré dès 2003¹⁷, comme les particularités propres à chacun des ordres juridiques nationaux ont influencé la collaboration des États membres, entre eux et avec les institutions européennes.

L'étude des situations allemande (1) et française (2) permet de l'illustrer.

1. Du point de vue allemand

Le renforcement de l'efficacité répressive dans la lutte contre le terrorisme en Allemagne s'effectue dans un environnement institutionnel, politique et historique compliqué et limité: compliqué en ce que le fédéralisme implique que 19 lois¹⁸ régissent les différentes polices et que 17 gouvernements différents au niveau des *Länder* et du *Bund* soient responsables de leur organisation; et limité par la Constitution (*Grundgesetz*) dont l'article 1er impose une restriction importante des compétences des différents pouvoirs exécutifs.

Commençons par ce dernier aspect. Il permet de comprendre pourquoi l'amélioration de l'efficacité répressive, fut-ce pour protéger les institutions et valeurs démocratiques

¹² C. Hillebrand, *Counter-terrorism Networks in the European Union. Maintaining Democratic Legitimacy after 9/11*, Oxford UP, 2012.

¹³ S. Hufnagel, C. Harfield et S. Bronitt (dir.), *Cross-Border Law Enforcement. Regional Law Enforcement Cooperation - European, Australian and Asia-Pacific Perspectives*, Routledge, 2013.

¹⁴ P. Bourdon et F. Blanc (dir.), *L'État et le terrorisme*, Éd. de la Sorbonne, 2018.

¹⁵ J. Alix et O. Cahn, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017.845-868.

¹⁶ V. la Déclaration du Conseil européen sur le terrorisme (Bruxelles, 25 mars 2004) consacrant le principe de « solidarité contre le terrorisme ».

¹⁷ Conseil européen, *Stratégie européenne de sécurité. A Secure Europe in a Better World*, 2003.

¹⁸ Afférentes à chaque police des 16 *Länder*, à la police fédérale, au *Bundeskriminalamt* (BKA), à la police du *Bundestag* et à la police militaire.

fondamentales contre le terrorisme, n'est pas chose aisée. Depuis la République de Weimar, voire depuis l'époque de l'Empire wilhelmien, le pouvoir exécutif est appréhendé avec une certaine méfiance par les cercles républicain et démocrates¹⁹. La démocratie – du point de vue culturel et institutionnel – était un projet de la République de Weimar, qui a échoué – entre autres – à cause des faiblesses de la Constitution qui ont permis à l'exécutif de dissoudre le Parlement et d'appliquer l'état d'exception, faisant ainsi le lit du régime totalitaire national-socialiste. Dès lors, la culture politique de l'Allemagne d'après-guerre a été fortement marquée par une profonde défiance envers le pouvoir exécutif.

Cette défiance s'est inscrite dans le système politique allemand. Elle s'incarne dans l'obligation faite à l'État de protéger la dignité humaine²⁰ et se manifeste de manière plus évidente encore dans l'auto-limitation de l'État et l'absence de toute disposition afférente à l'état d'exception dans la Constitution lors de la proclamation de la *Bundesrepublik*, le 23 mai 1949.

Ce n'est qu'en juin 1968 que la notion législative de *Notstand* (état d'urgence) a été créée. Il s'agit d'un régime d'état d'urgence sans équivalent dans les démocraties: le gouvernement ne peut mettre en œuvre seul aucune des ses deux formes²¹ et doit impérativement impliquer le Parlement. En outre, le *Notstand* n'a pas été mis en œuvre par le gouvernement fédéral, y compris durant la vague terroriste des années soixante-dix²², jusqu'à la crise Covid qui, à partir de 2020, a constitué une menace à laquelle le gouvernement fédéral a décidé de répondre en appliquant un régime de *Gesundheitsnotstand*²³.

Ainsi, le renforcement de l'exécutif étant obéré par des obstacles historiques importants, la question n'est pas tant celle d'un accroissement de ses compétences que celle de l'organisation des pouvoirs qui lui sont octroyés. À ce titre, le *Grundgesetz* impose une autre restriction. Un des défis majeurs de la coopération entre exécutifs au sein du système fédéral est de créer des espaces d'échange entre les institutions nationales (*Bund*) et régionales (*Länder*). À chacun de ces niveaux opèrent une pluralité d'institutions: police, police judiciaire, police militaire, services de renseignements, etc. Or, le *Grundgesetz*, dans ses articles 73 Abs. 1 Nr. 10 et 87 Abs. 1, mentionne une pluralité de services et institutions chargés de la sécurité de l'État. Cela a été interprété comme traduisant une « exigence de séparation » (*Trennungsgebot*) et les différents services se voient ainsi soumis à des restrictions drastiques de leurs capacités à échanger des informations. Cet obstacle opérationnel constitue, de fait, un pilier institutionnel de la démocratie allemande, qui se distingue ainsi de la confusion, voire de l'intégration idéologique totale, qui caractérisait les services de sécurité du régime nazi.

Dès lors, le renforcement de l'efficacité répressive dans la lutte contre le terrorisme a toujours suscité des réticences. L'amélioration de la collaboration entre la quarantaine de services et offices impliqués dans la lutte contre le terrorisme n'a pu intervenir que dans le respect du *Trennungsgebot*. Trois « centres communs » de coopération, regroupant des services du *Bund* et des *Länder* ont ainsi été créés: Le *GTAZ*²⁴ en 2004, consacré au

¹⁹ V. pour une illustration, H. Mann, *Le Sujet de l'Empereur*, Gallimard, 1982.

²⁰ Cf. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Art. 1, Abs. 1.

²¹ Extérieur (*äußerer Notstand*) et intérieur (*innerer Notstand*).

²² *Rote Armee Fraktion - RAF*.

²³ État d'urgence sanitaire ; v. M. Lemke, *Deutschland im Notstand. Politik und Recht während der Corona-Krise*, Campus, 2021.

²⁴ *Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum*.

terrorisme d'origine islamiste ; en 2011, après la découverte du *NSU*²⁵, le *GAR*²⁶, consacré au terrorisme de droite et en 2012, le *GTEZ*²⁷, intégré au *GAR* pour former un centre commun d'échange d'informations pour lutter contre l'extrémisme de droite, de gauche et étranger. Ces « Centres communs » sont exposés à au moins trois difficultés qui subsistent à ce jour: ils ne sont pas coordonnés par une autorité centralisée, ne sont pas intégrés dans la coopération avec les institutions supra-nationales et ils ne disposent pas d'un système centralisé de traitement de leurs données relatives au terrorisme. Toutefois, d'un point de vue légal et technique, le renforcement de l'efficacité répressive dans la lutte contre le terrorisme semble avoir ainsi atteint, en Allemagne, un seuil quasi insurmontable.

2. Du point de vue français

Le renforcement de l'efficacité répressive dans la lutte contre le terrorisme implique principalement l'amélioration de la qualité de la coopération entre les administrations et, accessoirement, la redéfinition de l'utilisation des forces militaires.

- D'abord, améliorer la collaboration des administrations implique la résolution de deux difficultés.

La première est structurelle et découle des disparités dans l'organisation des services de sécurité intérieure chargés de la lutte contre le terrorisme dans les différents États membres.

Au début des années 2000, le Coordinateur de la lutte contre le terrorisme de l'Union européenne avait procédé à des visites dans les différents États membres pour identifier les bonnes pratiques. Il avait retenu en France la centralisation et la spécialisation des services répressifs, qu'il jugeait susceptibles d'améliorer la coopération européenne²⁸. Si le modèle français n'a pas été retenu dans tous les pays, au moins l'Union a-t-elle obtenu la désignation par l'ensemble des États d'un interlocuteur spécialisé unique.

Par ailleurs, l'entraide est entravée par l'implication des services de renseignement, culturellement rétifs à la formalisation de la coopération et à la disponibilité du renseignement qu'implique la construction de l'ELSJ²⁹. Il en découle un double écueil: la circulation, et *a fortiori* la mutualisation, des renseignements demeure relative et, lorsqu'elle s'opère, elle implique des mécanismes de « blanchiment » par l'intermédiaire, en interne, de services hybrides³⁰ et, au niveau régional, d'Europol - de sorte qu'il est délicat pour les juges de connaître l'origine et d'apprécier la fiabilité de ces éléments lorsqu'ils sont judiciairisés³¹. La situation est compliquée d'autant que les États doivent à présent gérer la menace que représentent les « combattants terroristes étrangers » - endogènes et exogènes

²⁵ Le *Nationalsozialistischer Untergrund* (Parti national-socialiste souterrain), est un groupe terroriste d'extrême droite qui a commis quinze attaques de banques, des assassinats racistes et d'une policière et deux attentats à la bombe, entre le 9 septembre 2000 et le 6 avril 2006. V. A. Ramelsberger, T. Schulz, R. Stadler, W. Ramm, *Der NSU-Prozess. Das Protokoll*, Kunstmann, 2018 ; v. M. Pichl, *Untersuchung im Rechtsstaat : Eine deskriptiv-kritische Beobachtung der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse zur NSU-Mordserie*, Velbrück, 2022.

²⁶ *Zentrum gegen Rechtsextremismus*.

²⁷ *Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum*.

²⁸ Entretien, Bruxelles, 4 mars 2008.

²⁹ V. C. Chevallier-Govers, *L'échange des données dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne*, Mare&Martin, coll. Droit public, 2017.

³⁰ DGSI, Tracfin.

³¹ O. Cahn, « Judicialisation du renseignement - secret versus défense », *JCP*, G, n°35, 2021, 880.

- que le seul renforcement de la sécurité des frontières extérieures³² ne suffisent pas à prévenir ce risque.

La seconde est conjoncturelle et se rapporte aux conséquences du *Brexit*. Ce dernier a affecté la lutte contre le terrorisme en raison, d'une part, du leadership assumé par les Britanniques en cette matière depuis le début des années 2000 et, d'autre part, de leur accès privilégié au renseignement étasunien³³. Ces craintes sont cependant atténuées par l'Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni³⁴.

Ces difficultés ne doivent pas faire oublier que depuis le milieu des années 2000, des progrès constants ont été accomplis pour améliorer la lutte contre le terrorisme en Europe.

L'adoption de la Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016³⁵ a permis de faciliter le transfert de données entre services répressifs des États membres et leur traitement aux fins de prévention et de détection des infractions terroristes ainsi que des enquêtes et des poursuites en cette matière. Le traité de Prüm³⁶ a amélioré les coopérations multilatérales entre États membres, d'une part, en permettant la transmission (spontanée) d'informations aux fins de prévention des infractions terroristes entre points de contact nationaux et, d'autre part, en autorisant les « opérations conjointes » destinées à « intensifier la coopération policière »³⁷. Enfin, si Europol a longtemps été cantonné à un rôle d'évaluation de la menace, les attentats de Madrid et Londres et, surtout, ceux de 2015-2016 en France et en Belgique, ont contribué à lever cette réticence. En effet, l'Office a, d'une part, apporté la preuve de l'utilité de ses compétences³⁸ et, d'autre part, mis en place, en janvier 2016, le *European Counter Terrorism Centre* (ECTC), conçu comme un hub d'expertises et un centre opérationnel³⁹.

- Ensuite, la lutte contre le terrorisme oblige les États membres à reconsidérer l'implication de l'Union dans l'engagement de moyens militaires.

À la suite des attentats de Madrid et Londres, la lutte contre le terrorisme a été intégrée dans le traité de Lisbonne au titre des compétences de l'Union qui relevaient anciennement du 2^e pilier⁴⁰. Si ces dispositions n'ont pas effacé les freins à l'efficacité européenne induits par le mécanisme intergouvernemental, l'article 43 prévoit, en son paragraphe 1., que l'Union peut mener sous sa bannière des opérations extérieures et que « ces missions peuvent contribuer

³² Par l'adaptation des capacités du système d'information Schengen et la modification du Code frontières Schengen en 2017 et 2018 pour renforcer le contrôle aux frontières extérieures et intégrer de nouveaux types de signalements liés aux activités terroristes.

³³ V. « Crise des sous-marins : Boris Johnson souhaite « rétablir une coopération entre la France et le Royaume-Uni » », *Le Monde*, 24 septembre 2021.

³⁴ Art. 527 *et seq.*, Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté Européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, JOUE L149 du 30 avril 2021, p.10.

³⁵ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, JOUE L119, 4 mai 2016, p.89.

³⁶ Intégré dans l'ordre juridique européen par les décisions 2008/615/JAI et 2008/616/JAI du 23 juin 2008, JOUE L210 du 6 août 2008, p.1.

³⁷ V. S. Vuelta-Simon et P. Ollivier-Maurel, *La justice française contre ETA*, PUF, coll. Questions judiciaires, 2012.

³⁸ V. sa contribution à la *Task Force Fraternité* (M. Karamanli et J. Pueyo, *Rapport d'information sur la proposition franco-allemande d'un « pacte de sécurité européen »*, Ass. Nat., n°4267, 30 novembre 2016.

³⁹ V. <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-counter-terrorism-centre-ectc>

⁴⁰ Titre V TUE, art. 42 *et seq.*

à la lutte contre le terrorisme ». C'est sur ce fondement qu'a été créée la *Task force européenne TAKUBA*, à l'issue du sommet de Pau du 13 janvier 2020⁴¹.

En revanche, l'invocation par les autorités françaises de l'article 42.7 TUE lors de la réunion des ministres de la Défense de l'UE convoquée le 17 novembre 2015 n'a pas prospéré. Aucun consensus n'a été trouvé pour considérer que les attentats constituaient une « agression armée », au sens de l'article 51 de la Charte des Nations unies, justifiant la mise en œuvre de cette disposition. Peut-être le gouvernement français aurait-il été mieux inspiré d'invoquer l'article 222 du TFUE. Activée lors des attaques de Madrid en 2004, cette clause de solidarité est cependant soumise à des conditions restrictives de mise en œuvre qui limitent la possibilité de l'invoquer valablement tandis que l'aide effectivement susceptible d'être apportée à l'État requérant demeure soumise aux limites de la procédure intergouvernementale⁴².

La collaboration entre autorités judiciaires ne va pas non plus sans poser quelques difficultés susceptibles d'affecter l'efficacité répressive.

B. Dialogue des juges

Plus encore que la coopération entre les administrations, la collaboration entre les magistrats se heurte aux disparités culturelles et juridiques des différents systèmes pénaux des États européens.

1. Du point de vue allemand

Le système judiciaire allemand reproduit l'organisation fédérale de l'État. Nous concentrerons notre analyse sur la Cour constitutionnelle fédérale, qui joue un rôle essentiel dans l'interprétation des compétences attribuées aux différentes institutions étatiques. Après le 11 septembre 2001, le *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) a, en diverses occasions, expressément limité le pouvoir et les compétences du gouvernement fédéral. Deux exemples permettent de l'illustrer.

D'abord, le *Bundestag* avait adopté la Loi sur la sécurité aérienne⁴³, destinée à répondre à une situation de menace identique à celle vécue le 11 septembre 2001. Considérant que les moyens dévolus à la police ne lui permettaient pas d'abattre un avion civil, le Parlement avait pour ce faire autorisé une assistance administrative fournie par l'armée. Le *BVerfG* a censuré cette disposition et estimé, dans sa décision 1 BvR 357/05 du 5 février 2005⁴⁴, que l'armée allemande ne peut en aucun cas faire usage de moyens militaires pour abattre un avion civil utilisé comme une arme par des terroristes, estimant, d'une part, que, dans une telle situation, l'utilisation de la force militaire serait incompatible avec le droit à la vie et la dignité humaine et, d'autre part – et l'on retrouve l'héritage et la responsabilité historique qui fondent le *Grundgesetz* –, que l'armée ne peut en aucune manière se substituer à la police sur le territoire national.

Ensuite, le *BVerfG* a, dans sa décision 1 BvR 3214/15 du 10 novembre 2020⁴⁵, décidé que l'échange de données entre les différents services de police et de renseignement doit

⁴¹ V. <https://www.bruxelles2.eu/tag/task-force-takuba/>

⁴² Décision 2014/415/UE du Conseil du 24 juin 2014, JOUE L192 du 1er juillet 2014, p.53.

⁴³ V. C. Gusy (Éd.), *Evaluation von Sicherheitsgesetzen*, Springer VS, 2015; R. van Ooyen, M. H. W. Möllers, *Bundesverfassungsgericht und öffentliche Sicherheit. Band 1: Grundrechte*, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2019.

⁴⁴ Décision *Luftsicherheitsgesetz I*.

⁴⁵ Décision *Antiterrordatei II*.

impérativement respecter le *Trennungsgebot*. L'échange et le partage d'informations doivent être strictement limités (*informationelles Trennungsprinzip*), car les informations concernées peuvent émaner de sources qui ne satisfont pas nécessairement aux exigences légales qui s'imposent à la police ou aux services secrets. Cette restriction, qui procède elle aussi du précédent du régime totalitaire national-socialiste, ne connaît qu'une exception, certes importante: l'échange de données demeure possible en cas de péril imminent - ce qui pose la question de l'autorité compétente pour décider de l'existence d'une telle situation.

Rapportées à la lutte contre le terrorisme, ces deux décisions établissent clairement la réticence du *BVerfG* envers l'expansion des compétences de l'exécutif. Cela ne signifie pas qu'après le 11 septembre 2001, le gouvernement allemand n'a pas cherché à étendre ses capacités anti-terroristes. Mais, le système fédéral et la Cour constitutionnelle ont, chacun à leur manière, limité la collaboration entre les différentes institutions exécutives. Reste à savoir si ces décisions, et la limitation des pouvoirs des exécutifs qui en résulte, rendent moins efficace la lutte contre le terrorisme.

2. Du point de vue français

S'il est possible d'identifier une (sous)culture commune entre les services de police chargés de la lutte contre le terrorisme des différents pays européens, qui facilite leur coopération, éventuellement au prix d'arrangements avec la légalité, il en va différemment des magistrats, garants des libertés et serviteurs de la loi. La coopération, entre juges nationaux comme entre juge national et juges européens, s'en trouve affectée, dès lors que les disparités entre les droits, matériel et procédural, sont susceptibles de paralyser la répression⁴⁶.

- S'agissant de la collaboration entre juges nationaux, le droit européen, par la mise en œuvre du principe de confiance mutuelle, apporte des instruments efficaces, tels que le mandat d'arrêt européen⁴⁷, la décision d'enquête européenne⁴⁸ ou les équipes communes d'enquête⁴⁹.

Surtout, la confrontation au terrorisme islamiste « global » a contribué à lever, au moins partiellement, les réticences étatiques à associer Eurojust à la lutte contre le terrorisme. Le caractère international de cette criminalité et la multiplication des attentats perpétrés au sein de l'ELSJ, comme le fait que les individus partis rejoindre la Syrie étaient ressortissants de l'ensemble des États membres, ont imposé de coordonner la réponse répressive et, pour ce faire, de recourir à la plus-value offerte par l'agence européenne.

Le règlement (UE) 2018/1727⁵⁰, entré en vigueur le 12 décembre 2019, a permis de renforcer les capacités d'Eurojust de contribuer à des enquêtes et à des poursuites et de les coordonner en fournissant une assistance juridique et opérationnelle. Celle-ci consiste, en matière de lutte contre le terrorisme, dans l'organisation de réunions de coordination, l'assistance à la constitution et au financement d'équipes communes d'enquête, la transmission des décisions d'enquête européenne et des demandes d'entraide judiciaire et l'assistance fournie

⁴⁶ V., par exemple, HC, *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Ramda*, 27 juin 2002, [2002] EWHC 1278 (Admin) ou *mutatis mutandis* Crim, 26 janvier 2021, 20-86.216.

⁴⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002, JOUE L190 du 18 juillet 2002 p.1.

⁴⁸ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, JOUE L130 du 1er mai 2014, p.1.

⁴⁹ Art. 13 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, JOUE L197 du 12 juillet 2000, p.3.

⁵⁰ Règlement (UE) 2018/1727 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018, JOUE L295 du 21 novembre 2018, p.138.

à leur exécution. S’y ajoute le dispositif des procureurs de liaison des États tiers détachés auprès d’Eurojust et le réseau de points de contact judiciaires d’Eurojust dans les États tiers. Enfin, l’agence a aussi mis en place depuis 2008 le *Terrorism Convictions Monitor* (TCM), qui répertorie les décisions rendues par les juridictions européennes dans les affaires terroristes afin d’améliorer le partage d’information sur les condamnations et acquittements prononcés dans les différents États membres. De surcroît, elle a lancé, le 1er septembre 2019, le registre judiciaire antiterroriste européen⁵¹. Cet outil opérationnel centralise les informations sur les poursuites judiciaires en cours et clôturées dans le domaine de la lutte contre le terrorisme dans les États membres de l’Union, afin d’identifier des liens potentiels entre les procédures judiciaires et les éventuels besoins de coordination. Par ailleurs, depuis 2015, l’agence a été chargée par le Conseil de contribuer au développement d’une politique pénale européenne en matière de lutte contre les « combattants terroristes étrangers », en procédant au suivi des orientations et développements du cadre légal et jurisprudentiel dans les États membres afin de les partager avec l’ensemble des autorités judiciaires de ces États. En outre, elle a, depuis 2017, développé une coopération entre ses correspondants « terrorisme » nationaux et le réseau « Génocide »⁵², afin de définir les bonnes pratiques en matière de collecte de preuves par les forces armées dans les zones de conflits aux fins de permettre leur exploitation dans des procédures pénales⁵³. A partir de 2019, cette collaboration s’est enrichie de celle du *U.S. Government Battlefield Information Project*. Enfin, Eurojust contribue à permettre aux États d’anticiper l’émergence de nouvelles menaces terroristes afin de préparer leur réponses, éventuellement coordonnées⁵⁴.

L’efficacité opérationnelle de la contribution d’Eurojust trouve une illustration dans la coordination des enquêtes consécutives aux attentats du 13 novembre 2015. L’agence a été saisie dès le 26 novembre 2015. Le Bureau français a organisé 17 réunions de coordination entre janvier 2016 et février 2019, à la demande des autorités judiciaires françaises en charge de ces enquêtes; ces réunions ont associé 14 États membres et les représentants détachés par les services antiterroristes des États-Unis. En novembre 2015, les autorités françaises et belges ont mis en place une équipe commune d’enquête qui a associé, en décembre 2015, Eurojust et Europol, puis en janvier 2018, les services antiterroristes néerlandais.

Néanmoins, les Rapports annuels d’Eurojust permettent de constater que des difficultés subsistent dans l’exécution de certaines demandes d’entraide fondées sur des instruments de reconnaissance mutuelle ainsi qu’en matière de solution des conflits positifs de compétence entre les juridictions nationales.

- S’agissant de la relation entre juges national et européen, la situation diffère à raison de la primauté des normes internationales sur le droit national. Le dialogue des juges ne se concentre donc plus sur l’entraide judiciaire aux fins d’une répression efficace du terrorisme mais, d’une part, sur l’interprétation et la portée des normes européennes susceptibles d’être mises en œuvre par les juridictions nationales et, d’autre part, sur la conformité des normes et pratiques nationales au droit européen⁵⁵.

⁵¹ *Counter-Terrorism Register (CTR)*, v. https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/2019-09/2019-09-05-CTR-Press-Release_FR.pdf.

⁵² V. <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/genocide-network>.

⁵³ V. <https://www.eurojust.europa.eu/publication/eurojust-memorandum-battlefield-evidence>.

⁵⁴ Par exemple, en novembre et décembre 2020, une série de *workshops* d’experts a été organisée par Eurojust sur l’extrémisme violent d’extrême-droite et le terrorisme.

⁵⁵ V. par ex., CJUE, 6 octobre 2020, précit. et CJUE, 2 mars 2021, *H.K. / Prokuratuur*, C-746/18; CE, Ass., 21 avril 2021, précit.; CEDH, 25 mai 2021, *Big Brother Watch e. a. c. Royaume-Uni*, req. n°58170/13, 62322/14 et 24960/15 et Crim. 12 juillet 2022, n°21-83.710, 21-83.820, 21-84.096 et 20-86.652.

Le pragmatisme du dialogue des juges en matière de lutte contre le terrorisme conduit à des interprétations de la norme européenne, tant par la CJUE que par la CEDH, qui prennent en compte la nécessité à laquelle les États sont confrontés d'apporter une réponse d'une grande fermeté. Les deux juridictions européennes ont, en conséquence, adapté à la baisse leur niveau d'exigence afin de permettre le recours à des moyens procéduraux dérogatoires, au point d'entraîner, comme en droit national, « une érosion de la protection conventionnelle, voire une tentative d'érection d'une "conventionnalité d'exception" propre à la lutte contre le terrorisme »⁵⁶.

Ce constat conduit à s'intéresser au défi du respect des principes démocratiques libéraux.

II. Préserver la légalité démocratique libérale pour protéger le modèle européen

En 1978 - c'est-à-dire à l'acmé de la confrontation de l'Europe occidentale au phénomène terroriste - la CEDH a considéré que le terrorisme ne justifiait pas qu'il soit dérogé aux libertés fondamentales et a averti les États du danger « de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre »⁵⁷. En 2015, la même juridiction a consacré le terrorisme comme « une catégorie spéciale » justifiant que, même en dehors du cadre de l'article 15 de la Convention, il puisse être porté atteinte aux droits garantis par cette dernière⁵⁸. Cette évolution suffit à résumer le défi que lance le terrorisme à la démocratie.

Nous avons choisi de ne pas entrer dans le débat inextricable relatif à l'éventuelle dérive autoritaire des États sous l'effet du terrorisme. Nous postulons que, si depuis le début des années 2000, les États européens ont adopté des normes et des pratiques sécuritaires attentatoires aux libertés fondamentales pour lutter contre le terrorisme, ils demeurent néanmoins soumis au principe de prééminence du droit. En revanche, il est un principe au fondement de l'État de droit que la lutte contre le terrorisme malmène: celui de la sécurité juridique. L'évolution des normes et de la jurisprudence, nationales et européennes, en matière de lutte contre le terrorisme, trahit ainsi une progression inquiétante de l'arbitraire.

Le défi lancé à la justice pénale en Europe par la lutte contre le terrorisme s'incarne ainsi dans le fait qu'à raison de la marge d'appréciation laissée aux États, non seulement la jurisprudence des juridictions européennes apparaît de moins en moins contraignante⁵⁹, mais il devient de plus en plus difficile d'anticiper les limites juridiques qui s'imposent au droit de l'antiterrorisme.

L'étude du droit matériel (A) et du droit procédural (B) permet de le démontrer.

A. Insécurité juridique et légalité matérielle

Le défi auquel le terrorisme expose la justice pénale en Europe se manifeste, d'une part, dans la définition même du terrorisme, d'autre part, dans les interrogations suscitées par la légalité de certaines mesures prises pour le combattre.

1. Du point de vue allemand

⁵⁶ F. Sudre, « Lutte contre le terrorisme et érosion de la garantie européenne des droits de la défense » in *Études à la mémoire de P. Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p.981.

⁵⁷ CEDH, plén., 6 septembre 1978, *Klass e.a. c. Allemagne*, n°5029/71.

⁵⁸ CEDH, 20 octobre 2015, *Sher e.a. c. Royaume-Uni*, n°5201/11.

⁵⁹ P. Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA* 2016, p.2425.

L'attentat du *Breitscheidplatz* à Berlin le 19 décembre 2016, qui a fait 13 morts et 67 blessés, constitue l'attaque la plus grave de l'histoire allemande récente⁶⁰. Il a été revendiqué le lendemain par l'État islamique. Son auteur, un Tunisien de 24 ans connu sous différents alias par plusieurs services de renseignement et de police allemands, a été tué près de Milan dans la nuit du 22 au 23 décembre. Au soir de l'attentat, dans ce contexte dramatique, le chef de la conférence des ministres de l'intérieur des Länder, Klaus Bouillon (CDU Sarre), a déclaré: « Maintenant, nous, l'Allemagne, sommes en guerre, même si quelques bonhommes ne veulent pas le croire. »⁶¹. S'il a retiré ce propos le lendemain matin, il a néanmoins ouvert la voie à un débat qui a accéléré une évolution profonde de la légalité matérielle afférente à la lutte anti-terroriste.

Le triangle discursif constitué par les notions de « sécurité », de « liberté » et de « peur » s'est ainsi déplacé vers les pôles « peur » et « sécurité »⁶². En mobilisant la notion de guerre plutôt que celle de criminalité pour qualifier un acte terroriste, le ministre de l'intérieur a suggéré l'imminence d'une crise grave et existentielle pour la société toute entière et posé alors la question de savoir si le gouvernement – et surtout les services de sécurité intérieure – seraient capables de gérer et contrôler cette crise avec les outils dont ils disposent, et plus spécifiquement la question de l'existence d'un cadre légal matériel permettant au gouvernement d'intervenir d'une manière appropriée. Bouillon – et certainement nombre d'autres avec lui dans l'administration publique – a ainsi par cette seule phrase suscité un climat invitant à dépasser l'auto-limitation du pouvoir exécutif, emblématique jusque là du système politique allemand. En effet, son intervention sous-entend la promesse d'une possible sécurité absolue. Si cette dernière est admise, tout autre aspect de la légalité démocratique devient négociable; décrire l'acte terroriste comme un acte de guerre suscite la « peur », sentiment qui devient le moyen nécessaire pour rendre la liberté superflue et autoriser tous les renforcements des capacités sécuritaires.

Cette déclaration a effectivement initié un changement profond de la légalité matérielle, plaçant la « liberté » en position défensive, d'autant que la légalité matérielle devient de manière croissante plus imprécise ou ouverte - en ce sens que la part de discrétion offerte aux institutions et/ou organisations de sécurité va s'élargissant, tandis qu'à l'inverse, les libertés individuelles déclinent face aux institutions d'État.

2. Du point de vue français

- S'agissant de la définition de l'infraction terroriste, les instruments du Conseil de l'Europe et la jurisprudence de la CEDH sont silencieux; en revanche, une définition a été proposée par l'Union européenne⁶³.

La directive retient une définition large de l'infraction, afin de permettre aux États membres qui disposaient déjà d'une incrimination spécifique du terrorisme de ne pas se trouver contraints de modifier la loi nationale. À ce titre, elle constitue un archétype du droit pénal matériel de l'Union européenne, élaboré d'abord en considération d'un objectif d'amélioration de l'entraide répressive en évitant que la disparité des normes

⁶⁰ V. T. Moser, *Der Amri-Komplex – Ein Terroranschlag, zwölf Tote und die Verstrickungen des Staates*, Westend, 2021.

⁶¹ V. <https://www.welt.de/newsticker/news1/article160456431/Vorsitzender-der-Innenministerkonferenz-spricht-von-Kriegszustand>.

⁶² V. M. Lemke, *Demokratie im Ausnahmezustand. Wie Regierungen ihre Macht ausweiten*, Campus, 2017.

⁶³ Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017, JOUE L88 du 31 mars 2017, p.6.

d'incrimination nationales d'un même phénomène criminel ne constituent des obstacles à la coopération en matière pénale.

J. Alix a néanmoins montré que, mieux que le droit pénal français, le droit de l'Union européenne satisfait aux exigences de la légalité criminelle en définissant plus précisément ce qui est susceptible de constituer un acte d'intimidation ou de terreur⁶⁴. Or, la question du critère de distinction, parmi les violences politiques - entre celles qui sont susceptibles d'épouser une qualification de terrorisme et celles qui relèvent du droit commun ou du régime de l'infraction politique⁶⁵ - continue d'incommoder les juges nationaux⁶⁶.

Au demeurant, s'il semble plus précis, le droit de l'Union européenne n'est pas dénué d'équivoque. En effet, le Conseil, en juin 2002, a approuvé une proposition espagnole « introduisant un formulaire standard aux fins d'échange d'informations sur les incidents terroristes » afin de prévenir « la poursuite du radicalisme violent de la jeunesse urbaine qui est de plus en plus utilisé par les organisations terroristes comme un moyen de parvenir à leurs fins criminelles »⁶⁷. Ainsi, le droit de l'Union européenne contribue à l'insécurité juridique⁶⁸.

- L'atteinte à la vie des terroristes permet d'apprécier le recul de la légalité des actes accomplis par l'État pour lutter contre le terrorisme.

A priori, la jurisprudence de la CEDH, afférente aux exécutions préventives⁶⁹, à la soumission de la « guerre contre le terrorisme » au respect des exigences de la Convention⁷⁰ et à l'application extraterritoriales de la Convention⁷¹ autoriserait à penser que la Cour se montrerait exigeante envers les États. Cependant, en matière de répression des violences politiques et de lutte contre le terrorisme, les juges de Strasbourg ont admis, en prenant en considération le contexte de la commission de l'acte homicide par l'agent de la force publique, l'abaissement des exigences relatives aux obligations de l'article 2 de la Convention⁷². Surtout, depuis 2015⁷³, la Cour consacre une « exception terroriste » qui implique une « mise en balance des garanties minimales » conventionnelles et « de l'obligation de protéger la vie et l'intégrité physique des citoyens » qui amène la Cour « à assouplir sa jurisprudence antérieure »⁷⁴; de sorte qu'il est aujourd'hui difficile d'anticiper ce qu'elle considèrera comme une pratique légale en matière de prévention d'un attentat par la neutralisation du terroriste; l'évolution de sa jurisprudence conduit à douter que le précédent *McCann* conserve son caractère absolu.

⁶⁴ J. Alix, « La qualification terroriste après l'arrêt du 10 janvier 2017 (affaire dite "de Tarnac") », *AJ pénal* 2017.79.

⁶⁵ V. J. Alix et O. Cahn, *Terrorisme et infraction politique*, Mare&Martin, 2021.

⁶⁶ Par exemple, en Italie: Corte di Cassazione, *MP c. C. Alberto, N. Blasi, M. Zanotti et C. Zenobi*, Penale Sent. Sez. 6 Num. 28009 Anno 2014 (15/05) ou, en France, Crim., 10 janvier 2017, n°16-84.596.

⁶⁷ Doc. 5712/02 ENFOPOL 18, 13 février 2002.

⁶⁸ V. par ex., Crim, 26 janvier 2021, 20-86.216.

⁶⁹ CEDH, 27 septembre 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, n°18984/91.

⁷⁰ V. à propos des *extraordinary renditions*, CEDH, GC, 13 décembre 2012, *El-Masri v. "The former Yugoslav Republic of Macedonia"*; CEDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne et Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*; CEDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*; CEDH, 31 mai 2018, *Abu Zubaydah c. Lituanie* et CEDH, 31 mai 2018, *Al Nashiri c. Roumanie*.

⁷¹ CEDH, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, n°29750/09.

⁷² CEDH, GC, 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, n°23458/02; CEDH, GC, *Armani da Silva c. Royaume-Uni*, n°5878/08.

⁷³ CEDH, 20 octobre 2015, *Sher et autres c. Royaume-Uni*, n°5201/11 et CEDH, GC, 13 septembre 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, n°50541/08.

⁷⁴ F. Sudre, *op. cit.*, p.988.

Des incertitudes similaires affectent la légalité procédurale.

B. Insécurité juridique et légalité procédurale

Au regard de la légalité procédurale, l'abaissement du niveau des garanties offertes au terroriste - suspecté ou condamné - peut être constaté dans la majorité des pays européens.

Cette procédure, qualifiée de « dérogatoire » - au sens d'un dispositif d'exception permanent⁷⁵ -, heurte les principes garantis par les droits européens, qu'il s'agisse des articles 3, 5, 6 et 8 de la CESDH, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou des directives de procédure pénale⁷⁶.

Pourtant, à nouveau, l'« exception terroriste » est source d'incertitudes.

1. Du point de vue allemand

La légalité procédurale afférente aux institutions et organisations de sécurité a certainement subi l'influence la plus marquée de l'évolution du climat discursif précédemment décrite. L'élargissement des compétences discrétionnaires attribuées à la police aboutit ainsi à une insécurité juridique importante qui affecte, d'abord, les citoyens qui se voient soumis à un ensemble normatif opaque et, ensuite, les institutions et organisations de sécurité, qui, si elles gagnent *a priori* en capacité d'agir, se voient confrontées à un accroissement concomitant du niveau de méfiance qu'elles suscitent. L'exemple de l'introduction dans le droit positif de la notion de *Gefährder* permet de l'illustrer⁷⁷.

Celle-ci apparaît comme la concrétisation policière du climat discursif sous-jacent à la politique qui prétend assurer une sécurité « absolue » ou « totale ». Elle a suscité une controverse nationale, parlementaire et dans l'opinion publique, lorsqu'elle a été consacrée pour la première fois dans la loi bavaroise relative aux devoirs de la Police (*Polizeiaufgabengesetz*, PAG) en 2018⁷⁸.

Il s'agit, en pratique, d'un néologisme apparu au début des années 2000, qui dérive du mot *Gefahr* (danger) et permet de qualifier une personne qui constitue effectivement un danger, notamment pour son environnement et/ou d'autres personnes. D'après la *Polizeiaufgabengesetz*, le qualificatif *Gefährder* peut être appliqué à une personne qui constitue une menace, en ce que la police estime avec un certain degré de certitude qu'elle pourrait commettre des crimes ou des actes violents d'un certain degré de gravité. Les autorités peuvent alors s'ingérer dans les libertés individuelles de cette personne.

⁷⁵ O. Cahn, « Le dispositif antiterroriste français est-il une loi d'exception », in *Droit et Humanisme - Mélanges en l'honneur du Professeur G. Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p.453-467.

⁷⁶ Particulièrement les directives 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, JOUE L142 du 1er juin 2012, p.1 et 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, JOUE L294 du 6 novembre 2013, p.1.

⁷⁷ Pour une définition légale v. Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, *Sachstand: Legaldefinition des Begriffs « Gefährder »*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/503066/8755d9ab3e2051bfa76cc514be96041f/wd-3-046-17-pdf-data.pdf>.

⁷⁸ V. <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayPAG>.

L'application de la notion de *Gefährder* est ainsi problématique en ce que l'atteinte aux droits fondamentaux ne s'opère que sur le fondement d'une conjecture policière. La personne peut alors être soumise à des mesures judiciaires et/ou policières qui affectent, par exemple, sa liberté de mouvement ou à une obligation de pointer à la préfecture de police alors même qu'elle n'a pas (encore) commis d'infractions. Il suffit que la police – sans que soit exigée l'intervention d'un juge – considère comme probable que le *Gefährder* puisse les commettre.

Cette logique de prévention policière⁷⁹, dans un contexte de lutte contre le terrorisme, entre ainsi en conflit avec les principes classiques du droit pénal libéral *nulla poena sine culpa / nulla poena sine lege*. De surcroît, elle touche aux principes mêmes de la démocratie, qui, dans le *Grundgesetz*, est en tout premier lieu, fondée sur le respect de la dignité humaine. Cependant, la pratique policière consistant à désigner une personne comme *Gefährder*, non seulement n'a pas été interrompue, mais elle a commencé à se déployer au niveau européen, en intégrant le discours juridique ⁸⁰. L'incidence exacte de cet élargissement des compétences de police sur l'équilibre entre sécurité et liberté au sein de la démocratie allemande contemporaine reste encore à déterminer.

2. Du point de vue français

La réduction des garanties procédurales offertes aux personnes mises en cause pour des infractions terroristes, induite par le déploiement d'une procédure pénale intégralement dérogatoire par les réformes législatives qui se sont succédé depuis 1986⁸¹, expose *a priori* le dispositif répressif français à la contrariété aux instruments européens de protection des droits fondamentaux. Cependant, à nouveau, l'insécurité juridique induite par l'« exception terroriste » interdit parfois de pouvoir former quelque certitude. Deux exemples permettent de l'illustrer.

S'agissant, d'abord, du droit à un procès équitable⁸², l'affaire dite des « Français de Guantanamo » a donné lieu à un arrêt discutable de la chambre criminelle⁸³, qui a dérogé à sa jurisprudence habituelle⁸⁴, afin de sauver une procédure symbolique de la lutte contre le terrorisme. Une telle décision *ad hoc* ne devait *a priori* pas résister à l'examen de la CEDH⁸⁵. Cependant, depuis son arrêt *Ibrahim*⁸⁶, la Cour estime qu'il convient de concilier le respect des « garanties minimales offertes par l'article 6 » et les nécessités de la lutte contre le

⁷⁹ V. S. Egbert, S. Krasmann, *Predictive Policing. Eine ethnographische Studie neuer Technologien zur Vorhersage von Straftaten und ihre Folgen für die polizeiliche Praxis. Projektabschlussbericht*, Hamburg, 2019.

⁸⁰ V. p. ex. le communiqué de presse du Conseil de l'Union Européenne du 13 novembre 2020, traitant de l'« Échange d'informations sur les personnes constituant une menace de terrorisme ou d'extrémisme violent ».

⁸¹ V. O. Cahn, « 'Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre' - Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Arch. pol. crim.*, n°38, 2016, p.100-106.

⁸² Art. 6 CESDH, directives « droits de la défense » et art. 47 et 48 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁸³ Crim., 3 septembre 2014, n°11-83598.

⁸⁴ Crim. 7 janvier 2014, BC n°1. V. E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », D. 2014, 408 et S. Detraz, « Sonorisation d'une cellule de garde à vue: un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », D. 2014, p.264

⁸⁵ V. O. Cahn, « Procès équitable: la chambre criminelle tend à nouveau les verges à la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de Crim. 3/9/2014, 11-83598) », *AJ Pénal*, 12/2014, Arrêt du mois, p.577-581 et CEDH, 19 sept. 2017, *Regner c/ Rép. tchèque*, n° 35289/11.

⁸⁶ Précit.

terrorisme qui supposent de ne « pas appliquer l'article 6 d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme ». Par une application particulièrement généreuse de cette jurisprudence, citée à de nombreuses reprises, la Cour conclut, par un arrêt du 25 novembre 2021⁸⁷, à l'absence de violation de l'article 6 de la Convention. Pour ce faire, elle estime que « les missions effectuées à Guantánamo étaient à caractère exclusivement administratif et sans rapport avec les procédures judiciaires concomitantes » et conclut que « dans les circonstances de l'espèce, la procédure pénale suivie pour chacun des requérants a été équitable dans son ensemble ». Pourtant, la Cour relève, comme l'avait concédé le gouvernement français, que les informations collectées à Guantánamo « n'ont pas eu de répercussion importante sur le déroulement de la procédure judiciaire », que « les rares éléments provenant des données de la DST collectées à Guantánamo [n'ont] conduit à la décision d'ouvrir une information judiciaire que de manière marginale » et que les agents du renseignement s'intéressaient aux suites judiciaires de leurs interrogatoires. Ainsi, alors que le gouvernement admet l'incidence « marginale » des preuves collectées de manière déloyale sur la procédure judiciaire, la Cour de Strasbourg n'y trouve pas matière à identifier une procédure pénale... À ce stade, il serait peut-être plus approprié de parler de la Cour européenne des droits de l'État...⁸⁸.

S'agissant, ensuite, du droit au respect de la vie privée⁸⁹, peuvent être évoquées les décisions de la CJUE, de la CEDH, de la Cour de cassation et du Conseil d'État en matière de surveillance des communications et de traitement des données à caractère personnel à des fins répressives⁹⁰. Ainsi, si le droit national est, selon la juridiction administrative française, conforme au droit européen tant que subsiste la menace terroriste, il peut - sous réserve de satisfaire au contrôle de proportionnalité - être conforme à la CESDH tandis qu'il viole le droit de l'Union européenne, sauf les cas exceptionnels énumérés par la CJUE, à l'interprétation de laquelle se range la chambre criminelle, en adaptant cependant le régime des nullités aux exigences de la loi nationale. En quelques années, l'harmonie du dialogue des juges qui se dessinait⁹¹ s'est estompée et le juge administratif s'est autorisé à s'émanciper du droit européen. Pour le moins, « sans remettre en cause le dialogue des juges, force est aussi de constater qu'il se [complique] lorsque le droit se réfère à la sécurité nationale. Au pire, une querelle des juges [prend] forme »⁹². Quant au justiciable, le fait qu'il soit suspecté de terrorisme suffit-il à justifier qu'il soit soumis à une telle incertitude?

Ainsi, le mal que le terrorisme fait aux justices des Europe(s) consiste aussi dans l'instabilité juridique qu'emporte une jurisprudence devenu casuistique et parfois contradictoire au point qu'il n'est plus guère possible d'anticiper les décisions des Cours. Les modèles démocratiques européens pourront-ils n'en être pas durablement affectés?

⁸⁷ CEDH, 25 novembre 2021, *Sassi et Benchellali c. France*, n°10917/15 et 10941/15.

⁸⁸ V. aussi A. Petropoulou, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux mesures antiterroristes », in M.-O. Diemer, X. Latour, P. Türk et C. Vallar, *Le juge et la sécurité nationale*, Mare&Martin, coll. Droit de la sécurité et de la défense, 2019, p.95-97.

⁸⁹ Art. 8 CESDH et art. 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux.

⁹⁰ CJUE, Gr. Ch., 6 octobre 2020 et 2 mars 2021; CE, Ass., 21 avril 2021 et CEDH, Gr. ch., 25 mai 2021, tous précit.

⁹¹ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 et C-594/12 et CEDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n°37138/14.

⁹² X. Latour, « Propos introductifs sur le juge et la sécurité nationale », M.-O. Diemer, X. Latour, P. Türk et C. Vallar, *Le juge et la sécurité nationale*, Mare&Martin, coll. Droit de la sécurité et de la défense, 2019, p.33.