

LA DÉFINITION DU « *TERRORISME* »

DÉBATS, ENJEUX ET FONCTIONS DANS LE DISCOURS JURIDIQUE

En dépit des divergences qui persistent entre les États, certains éléments de définition du terrorisme ont été établis, dans les instruments juridiques internationaux, régionaux et nationaux. Ces éléments demeurent cependant très flous, ce qui laisse une large marge d'appréciation aux États, dans la mise en œuvre de la qualification de terrorisme. Dans cette mise en œuvre, trois fonctions principales sont remplies par la notion de « terrorisme » dans le discours juridique des États. Elle permet d'appliquer un régime juridique spécifique dérogatoire, d'établir une situation d'urgence justifiant l'adoption de mesures exceptionnelles et d'attribuer un label infamant aux ennemis. Au final, la notion de « terrorisme », par sa flexibilité, offre aux États. un outil privilégié permettant la justification et la légitimation de politiques sécuritaires.

La question de la définition du terrorisme fait l'objet de débats très anciens, qui ont encore été relancés à la suite des attentats du 11 septembre 2001, commis par Al-Qaïda, et l'émergence récente de l'État islamique. Ces débats dépassent le cadre purement technique, pour présenter également de nombreux aspects politiques et idéologiques. Notre contribution examinera les enjeux des débats existants sur la définition de la notion de terrorisme, et analysera les fonctions que remplit cette notion, dans le cadre du discours juridique. Par « discours juridique » nous entendons non seulement les textes légaux eux-mêmes – conventions internationales ou législations internes – mais également les discours officiels entourant l'élaboration, l'adoption et l'application de ces textes.

Dans un premier temps, nous exposerons les débats existants autour de la définition juridique du terrorisme, pour mettre en évidence le caractère extrêmement souple de ses contours (I). Dans un second temps, nous analyserons les fonctions que la notion de terrorisme remplit dans le discours juridique (II). Il sera ainsi montré que cette notion, par sa flexibilité, offre aux États un outil privilégié permettant la justification et la légitimation de politiques sécuritaires, que ce soit sur le plan intérieur ou dans leurs relations internationales.

Le terrorisme, une notion en débat au contenu juridique flou

La question de la définition juridique du terrorisme fait l'objet, depuis des décennies, d'âpres discussions entre les États, qui n'ont toujours pas abouti à un consensus définitif. Le terrorisme apparaît ainsi comme une notion en perpétuel débat, cristallisant des désaccords idéologiques qui ont empêché d'aboutir à l'élaboration d'une définition détaillée en droit international (A). Néanmoins, de ces débats se sont malgré tout dégagés certains critères définitionnels, tant au plan international que régional, mais qui persistent à donner à la notion de terrorisme des contours flous, laissant aux États une grande marge d'appréciation dans son application concrète (B).

Les débats relatifs à la définition du terrorisme

La question de la définition du terrorisme est loin d'être nouvelle, puisque le premier instrument international adopté en la matière remonte à 1937¹ 1, même s'il n'est en définitive jamais entré en vigueur. C'est ensuite principalement à partir des années 1960 que l'attention des États s'est à nouveau portée sur la lutte contre le terrorisme international, avec l'adoption et l'entrée en vigueur des premières conventions visant l'incrimination de certains modes d'action terroristes et la coopération judiciaire interétatiques dans ce domaine. A cette époque, le monde est divisé par les lignes de fracture liées à la fois à la guerre froide et aux luttes de libération nationale, ce qui va rendre très compliqué tout accord concernant une définition du terrorisme. C'est ce qui explique que l'approche retenue ait été « sectorielle », consistant en l'adoption de conventions visant certaines formes prises par les actions terroristes, sans avoir à appréhender le terrorisme de façon globale ni devoir en établir une définition formelle². La première des conventions adoptées a ainsi été celle de Tokyo (1963) s'appliquant aux actes affectant la sécurité des aéronefs en vol, qui sera suivie d'autres textes comme la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970), la Convention internationale contre la prise d'otages (1979), la Convention pour la répression d'actes illicites menés contre la sécurité de la navigation maritime (1988) ou encore la Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997). Le point commun de ces traités est de se limiter à édicter des règles concernant des actes matériels précis, caractérisant le mode opératoire terroriste, ce qui permet d'éviter d'avoir à intégrer dans le texte une définition générale du terrorisme. Soit celui-ci est simplement mentionné sans être défini, soit il est même complètement

1 SDN, Convention sur la répression et la prévention du terrorisme, Genève, 16 novembre 1937.

2 Voy. P. Klein, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 2007, Martinus Nijhof, 2007, pp. 231 et s. ; J.-M. Sorel, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », in K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt, Le droit international face au terrorisme, Paris, Pedone, 2012, pp. 45 et s.

ignoré, l'accord des États sur l'incrimination de faits déterminés, comme la prise d'otages ou la capture d'avions, étant suffisant pour satisfaire les besoins de la lutte contre le terrorisme international.

Cette volonté d'évitement de toute définition précise du terrorisme, s'explique, comme on l'a mentionné, par des désaccords persistants entre les États sur plusieurs aspects de la définition. Deux principaux points de divergences ont ainsi émergé. Les États occidentaux entendaient écarter la notion de « terrorisme d'État », en excluant en particulier du champ de la définition les actions menées par les forces armées étatiques, non seulement en situation de conflit armé mais également en temps de paix³. De leur côté, les États du Tiers-Monde voulait exempter de toute qualification « terroriste » les modes de lutte des mouvements de libération nationale⁴. A travers ces oppositions de vues, on constate l'importante charge symbolique de la notion de terrorisme, qui est perçue comme particulièrement infamante, de sorte qu'en fonction de leurs positions et de leurs intérêts, les États souhaitent l'exclure de manière radicale pour des modes d'actions qu'ils estiment légitimes par principe, qu'il s'agisse de l'usage de leurs forces armées pour les États les plus puissants, ou de l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, pour les États issus de la décolonisation.

Ces divergences fondamentales de vues permettent de comprendre que, jusqu'à aujourd'hui, il n'ait pas été possible d'adopter une convention internationale générale sur le terrorisme. Un projet a été mené en ce sens, mais les travaux ont précisément achoppé principalement sur la question de la définition, et les négociations sont suspendues depuis 2002⁵.

Les oppositions qui ont marqué les États n'ont toutefois pas empêché que certains critères de définition soient finalement établis, tout en laissant en suspens les points les plus délicats. Les efforts de définition ont encore été plus poussés sur le plan régional, dans des contextes caractérisés par une plus grande homogénéité idéologique. Au final toutefois, les éléments de définition se révèlent très flexibles, préservant une large marge d'appréciation des États.

Les critères définitionnels de la notion de terrorisme : le flou persistant

La lutte contre le terrorisme international pouvait se passer totalement de définition tant qu'elle se concentrait sur des actes illicites clairement circonscrits, dans l'approche sectorielle décrite plus haut. Mais dès lors qu'il s'est agi d'appréhender des comportements qui ne devenaient criminels que parce qu'ils étaient en lien avec des activités terroristes, il est apparu nécessaire de déterminer la nature exacte de ces activités. Ainsi, pour pouvoir réprimer sur le plan international le « financement du terrorisme », il a fallu donner certains éléments de définition, pour pouvoir distinguer le comportement incriminé de celui qui consisterait à apporter un soutien financier à des activités politiques ou militantes. Ceci explique que la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée en 1999, contient pour la première fois une disposition qui énonce certains critères de définition du terrorisme. L'infraction visée par la Convention consiste dans la fourniture intentionnelle de fonds en sachant qu'ils seront utilisés en vue de commettre soit l'un des actes couverts par l'une des conventions internationales existantes,

3 Voy. P. Klein, op. cit., pp. 243 et s. ; M. G. Cohen, « Les controverses sur la question du "terrorisme d'état" », in K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt, op. cit., pp. 121 et s.

4 Voy. P. Klein, op. cit., pp. 83 et s.

5 Sur la négociation de cet accord, voy. P. d'Argent, « Examen du projet de convention générale sur le terrorisme international », in K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt, op. cit., pp. 121 et s.

soit « tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ».

Cette première ébauche d'une définition internationale du terrorisme illustre toute la difficulté qu'il y a à exprimer des critères clairs permettant d'identifier avec précision le phénomène terroriste, de manière à le distinguer d'autres activités, qu'elles soient criminelles ou politiques. En effet, comme de nombreux auteurs l'ont souligné, les contours donnés à la notion dans la Convention de 1999 sont particulièrement flexibles et imprécis⁶. Que faut-il entendre exactement par l'objectif d'« intimidation » d'une population, ou de « contrainte » d'un gouvernement, au regard de la « nature » ou du « contexte » de l'acte concerné ? On note également que seul le meurtre de civils est visé, mais pas des actes qui prendraient pour cible des militaires, même en temps de paix. Et la question de l'application aux mouvements de libération nationale ou aux forces armées est passée sous silence. Sur le plan régional, des instruments de lutte contre le terrorisme seront également adoptés, qui permettront de fixer des critères de définition plus détaillés, sans pour autant être plus précis. C'est notamment le cas au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. En 2002, l'UE a adopté la Décision-cadre « relative à la lutte contre le terrorisme »⁷, qui énonce notamment une série d'infractions « terroristes », « relatives à un groupe terroriste » ou « liées à des activités terroristes ». Y sont repris divers actes, comme l'atteinte à la vie et à l'intégrité physique, la prise d'otages ou la libération de substances dangereuses, lorsque l'auteur les commet dans le but de :

- « gravement intimider une population ou
- contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou
- gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale » (article 1 § 1).

Ces éléments de définition sont directement inspirés de la Convention de 1999 sur le financement du terrorisme. Une hypothèse supplémentaire est mentionnée, qui vise la « déstabilisation » ou la « destruction » des « structures fondamentales » d'un pays ou d'une organisation internationale. Par ailleurs, le texte précise qu'il ne concerne pas « les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles »⁸, ce qui correspond, comme on l'a vu plus haut, à la position traditionnelle des États occidentaux consistant à exclure de la notion de terrorisme les actions des leurs

6 Voy. not. P. Klein, op. cit, pp. 235 et s.

7 Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, J.O., L 164, 22 juin 2002, p. 3.

8 Décision-cadre, considérant 11.

forces armées⁹, de même qu'il exclut plus généralement, dans le contexte des conflits armés, les « forces armées », ce qui englobe également les groupes rebelles organisés.

Une définition analogue de l'infraction terroriste sera par la suite reprise par le Conseil de l'Europe dans la Convention pour la prévention du terrorisme, adoptée en 2005, et encore confirmée tout récemment par l'UE dans la directive « relative à la lutte contre le terrorisme »¹⁰, adoptée en février 2017 destinée à remplacer la décision-cadre de 2002.

Au final, si la convention internationale de 1999 et des instruments régionaux ont apporté certains critères de définition du terrorisme, force est de constater que les critères donnés sont en définitive très flous et particulièrement flexibles. Le terrorisme est appréhendé en combinant la nature violente de certains types d'actes avec les objectifs poursuivis par leurs auteurs, au regard de l'effet attendu de ces actes sur la population ou la structure politique de l'État concerné. La nature précise de ces effets – intimidation, contrainte, déstabilisation – est elle-même très délicate à établir objectivement. On notera que les motifs spécifiques des actes de terrorisme - politiques, philosophiques ou religieux – n'ont pas été retenus comme un critère pertinent, ce qui a pour résultat d'en diluer encore le sens, en rendant poreuse la distinction avec d'autres types de criminalités, poursuivant des objectifs privés. L'ensemble de ces éléments conduit à penser que les critères définitionnels énoncés par les textes juridiques existants posent en définitive plus de questions qu'ils n'offrent de réponse, ce qui laisse aux États une large marge de manœuvre dans leur application concrète.

Ce très ample pouvoir d'appréciation permet l'adoption, sur le plan national, de critères de définition encore plus flexibles que ceux prévus par les textes internationaux ou régionaux. Le droit français en constitue un exemple emblématique, puisque le Code pénal qualifie de « terroristes » une série d'infractions, lorsqu'elles sont « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » (article 421-1 du Code pénal). Cette formulation, qui remonte à la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, apparaît comme étant encore bien plus large que ce qui est prescrit par le droit international et européen, la condition d'existence d'un but de « troubler l'ordre public » par l'« intimidation » étant très peu distinctive.

Très souple, la définition du terrorisme s'avère également relative, à plusieurs égards. Tout d'abord, parce que, comme on l'a vu, elle est susceptible de différer selon les États, avec notamment les disparités régionales déjà mentionnées. Ensuite, parce que même au sein d'un système juridique particulier, les éléments définitionnels de la notion de terrorisme sont susceptibles de varier selon les divers instruments légaux. C'est ce qui ressort d'une décision récente de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui était chargée de statuer sur la validité de l'inscription de l'association des « Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET) » sur la liste des groupes terroristes de l'UE. Des ressortissants néerlandais avaient vu leurs comptes financiers gelés pour avoir récolté des fonds au profit des Tigres tamouls¹¹. Ils ont contesté l'inscription de cette organisation sur la liste européenne des entités terroristes, en faisant valoir le fait qu'il s'agissait de « forces armées » agissant dans le cadre d'un conflit armé,

9 De manière très parlante, la Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme, adoptée en 1998 par la Ligue des États arabes, exclut, elle, du champ de la notion de terrorisme « tous les cas de lutte armée, quels que soient les moyens utilisés y compris la lutte armée, contre l'occupation étrangère et contre l'agression en vue de la libération et de l'autodétermination, conformément aux principes du droit international » (article 2 a)).

10 Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, PE-CONS 53/16, 23 février 2017.

11 CJUE, A, B, C et D c. Minister van Buitenlandse Zaken, affaire C-158/14, arrêt du 14 mars 2017.

hypothèse exclue du champ des infractions terroristes par la décision-cadre de 2002. La CJUE a rejeté l'argument en distinguant le volet répressif de la décision-cadre, définissant des « infractions », du volet préventif établi par le système de la liste visant à empêcher le financement favorisant la commission d'« actes terroristes ». Selon la Cour, le second volet autorise une conception plus large du terrorisme, incluant des entités – les groupes rebelles agissant dans le cadre d'un conflit civil – qui pourraient ne pas être incluses pénalement dans le champ de l'infraction de terrorisme. On constate ainsi qu'au sein même de l'ordre juridique de l'UE, le concept de terrorisme devient à géométrie variable selon le cadre légal de son application. Et si l'on ajoute à cela le fait que, comme l'illustre le cas français, les États se donnent une marge de manœuvre supplémentaire dans la définition qu'ils donnent dans leur législation pénale de la nature « terroriste » de certaines infractions, on comprend que la notion de terrorisme constitue un outil particulièrement malléable aux mains des États. Cela nous conduit à analyser de manière plus précise les fonctions que remplit le concept de « terrorisme » dans le discours juridique des États.

Les fonctions de la notion de « terrorisme » dans le discours juridique

Si la notion de « terrorisme », et la question de sa définition, ont suscité tant de discussions, c'est qu'elles présentent des enjeux importants et qu'elles sont appelées à remplir un certain nombre de fonctions dans le discours juridique des États. On peut identifier trois types de fonctions principales, qui s'intègrent de différentes manières dans le discours juridique. Tout d'abord, la qualification comme « terroriste » d'un groupe ou d'une action, entraîne l'application d'un régime légal spécifique, dérogoratoire au droit commun (A). Ensuite, l'identification de la menace terroriste permet l'invocation de l'urgence, qui autorise la promulgation de mesures d'exception et qui facilite l'adoption de législations sécuritaires nouvelles (B). Enfin, de manière plus générale, le concept de « terrorisme » a pour fonction d'attribuer un label d'infamie à une forme de violence particulière, aux fins de sa délégitimation et de légitimation de l'action étatique corrélative (C).

La notion de « terrorisme » comme fondement d'un régime juridique dérogoratoire

Fondamentalement, la notion de « terrorisme » ne sert pas à interdire pénalement certains types de comportements, puisque ceux-ci – qu'il s'agisse de meurtres, de prise d'otages, de destruction de biens – le sont déjà au titre de la loi générale. Comme on le verra, ce n'est que dans le cadre d'une évolution récente que la qualification « terroriste » a eu aussi pour rôle de permettre de définir certaines incriminations tout à fait spécifiques. La fonction juridique première de la notion de terrorisme est d'associer à certaines infractions un régime juridique particulier, dérogoratoire à celui du droit pénal commun, relatif aux moyens d'investigation et à la procédure criminelle. Dans cette mesure, le terrorisme est présenté comme un phénomène distinct d'autres formes de criminalité, dont la prévention et la répression exigeraient un corps de règles singulier. Sur le plan international, les premières conventions adoptées dans le domaine du terrorisme – sans le nommer ou le définir – avait pour objectif essentiel d'établir, à charge des États, des obligations de coopération judiciaire et d'extradition, pour les infractions concernées (prise d'otages, capture d'aéronefs, attentats à l'explosif, atteinte à la sécurité maritime,...).

Sur le plan national, les infractions dites « terroristes » seront soumises à des règles particulières autorisant des méthodes d'enquête ou des procédures spécifiques. Comme l'a rappelé le ministre de la Justice devant la commission d'enquête de l'Assemblée nationale mise en place après les attentats de Charlie Hebdo et de l'Hypercashier, « plus que le droit pénal lui-même, c'est [...] la procédure pénale qui, dans [le domaine de la lutte contre le terrorisme], déroge au droit commun »¹². En droit français, c'est le cas, par exemple, des règles relatives à la garde à vue, à la détention provisoire, à la surveillance, à l'interception de communications, à la prescription. Le terrorisme fait également l'objet de règles particulières dans le domaine du renseignement¹³. L'existence de procédures spécifiques plus permissives entraîne la tentation pour les autorités judiciaires d'en étendre le champ d'application au prix d'une interprétation large de la qualification de terrorisme, permise par la flexibilité qui la caractérise. Deux exemples permettent d'illustrer le phénomène. Le premier est donné par l'affaire dite de « Tarnac », qui concerne le sabotage d'une ligne ferroviaire, supposément par un groupe anarchiste. Pendant plusieurs années, la procédure a été menée par le parquet de Paris sous le régime des infractions terroristes, avant que la Cour de cassation ne détermine, dans un arrêt de janvier 2017, que la qualification de terrorisme ne se justifiait pas, sur la base des éléments du dossier¹⁴. Le second exemple renvoie à l'arrestation de David Miranda à l'aéroport de Heathrow, alors qu'il était soupçonné de transporter des documents cryptés d'Edward Snowden, pour le compte de son compagnon, le journaliste Glenn Greenwald. L'arrestation était fondée sur le « Terrorism Act 2000 », qui autorise la détention, l'interrogatoire et la fouille de personnes à la frontière, lorsqu'il existe des éléments pouvant les lier à des activités terroristes.

En 2016, une Cour britannique jugea que cette détention et la saisie des documents transportés par David Miranda pouvait valablement se justifier sur des motifs liés à la lutte contre le terrorisme, dans la crainte que la publication des documents dans la presse, ou leur transmission à un État hostile ou une organisation terroriste, puissent mettre des vies en danger et exercer une certaine contrainte sur le gouvernement¹⁵. A travers ces deux cas, on constate que les législations anti-terroristes sont susceptibles d'être utilisées par les autorités policières pour des faits et des situations ne relevant manifestement pas du terrorisme. Cette latitude est rendue possible par le caractère extrêmement flou du concept de terrorisme. Seule une procédure longue est susceptible d'exclure en définitive la qualification de terrorisme, et de manière très aléatoire, comme le montre l'affaire David Miranda.

C'est de manière plus récente que s'est également dessinée la tendance consistant à établir des infractions terroristes tout à fait autonomes¹⁶. Il s'agit de remonter le plus en amont possible du passage à l'acte terroriste, pour viser des actes préparatoires voire le processus de radicalisation. Par corrélation, ces infractions nouvelles permettent la mise en œuvre des outils d'enquête particuliers prévus dans le domaine du terrorisme. En droit français, divers délits ont ainsi été intégrés dans le Code pénal ces dernières années : financement du terrorisme ; entreprise individuelle terroriste ; collecte de renseignements sur des lieux ou des personnes, en relation avec une entreprise individuelle terroriste ; incapacité à justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles

12 Rapport fait au nom de la Commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, Assemblée nationale, n° 3922, 5 juillet 2016, p. 211.

13 Voy. la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

14 Cass. Crim., arrêt n° 5993 du 10 janvier 2017.

15 Court of Appeal, David Miranda v. Secretary of State for the Home Department, judgment of 19 January 2016, [2016] EWCA Civ 6.

16 Voy. F. Safi, « L'évolution des incriminations face à Daech », in A. Casado et F. Safi, Daech et le droit, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2016, pp. 95 et s.

avec une ou plusieurs personnes se livrant à des activités terroristes¹⁷... Un exemple paradigmatique de la manière de construire une infraction autonome entièrement sur la notion de terrorisme est donné par l'incrimination, par une loi de juillet 2016, de la consultation habituelle de site faisant l'apologie du terrorisme à l'aide d'images violentes (article 421-2-5-2 du Code pénal). Dans un premier temps, cette disposition avait été censurée par le Conseil constitutionnel (décision du 10 février 2017). Mais elle a été réintroduite immédiatement par les parlementaires (loi du 28 février 2017), sous une forme légèrement modifiée supposée tenir compte des motifs avancés par le Conseil. Il a été ajouté l'exigence que la consultation s'accompagne d'une « manifestation de l'adhésion à l'idéologie » exprimée par le site visité. L'infraction est donc supposée se définir à la fois en référence au caractère « terroriste » du service en ligne consulté, mais également par l'adhésion à une telle idéologie, sans que l'on sache très bien par quel moyen celle-ci pourra être établie. Ainsi, au plus la référence au « terrorisme » sert à définir une infraction indépendamment d'actes infractionnels relevant du droit commun, au plus cette infraction présente des contours flous, posant des questions de principe au regard du respect des droits fondamentaux.

Outre la définition d'un régime pénal dérogatoire ou spécifique, la notion de « terrorisme » est également utilisée pour justifier une situation d'urgence, qui fonde l'adoption de mesures exceptionnelles.

La notion de « terrorisme » comme justification d'une situation d'urgence permanente

Une seconde fonction de la notion de « terrorisme » consiste à justifier la création d'une urgence permanente, qui permet de faciliter l'adoption de mesures exceptionnelles, qui limitent les garanties des droits fondamentaux.

Déjà à la fin du 19^e et la vague des attentats anarchistes, c'est l'urgence qui avait été invoquée pour adopter des lois d'exception, qui seront dénoncées sous l'appellation de « lois scélérates ». Depuis lors, si l'on se tient aux six dernières décennies, il n'y a guère eu de période qui ait été épargnée de la survenance d'attentats terroristes, qu'ils aient été perpétrés par l'OAS, Carlos, Action directe, le FLNC ou encore le GIA, créant une situation « urgente » nécessitant l'adoption rapide de mesures « exceptionnelles ».

A cet égard, l'urgence peut être formalisée par la proclamation d'un « état d'urgence », comme cela a été institué en France par la loi du 3 avril 1955, visant alors la situation en Algérie. Cette loi a été revitalisée après les attentats du 13 novembre 2015¹⁸, et l'état d'urgence a depuis lors été prorogé plusieurs fois. Le régime de l'état d'urgence permet l'adoption de mesures d'exception qui apportent des limitations aux droits fondamentaux¹⁹, dont les principales sont l'assignation à résidence, les restrictions à la liberté de réunion et les perquisitions administratives. Comme de nombreuses organisations des droits de l'homme l'ont relevé, les mesures propres à l'état d'urgence ont en réalité été largement mobilisées à des fins autres que la lutte contre le terrorisme²⁰. La Commission nationale consultative des droits de

17 Articles 421-2 à 421-2-6 du Code pénal.

18 Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

19 Voy. C. Ribeyre, « L'élargissement des mesures spéciales et dérogatoires face à Daech », in A. Casado et F. Safi, op. cit., pp. 113 et s.

20 Human Rights Watch, « France : Abus commis dans le cadre de l'état d'urgence », 3 février 2016, <https://www.hrw.org> ; Amnesty International, « Un droit, pas une menace. Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France », Rapport, 31 mai 2017 ;

l'homme a ainsi constaté « un détournement de la loi de 1955, consistant à mobiliser les moyens offerts par le régime de l'état d'urgence, en lieu et place de procédures judiciaires, voire de police administrative de droit commun, de façon à faire l'économie du respect des garanties dont celles-ci sont entourées »²¹. Certaines mesures de l'état d'urgence ont ainsi été prises « pour assigner à résidence des militants écologistes durant la COP21 et édicter des mesures d'interdiction de séjour destinées à empêcher leurs destinataires de se joindre à des rassemblements, notamment "Nuit debout" ou les manifestations contre la loi "travail" »²². Le système exceptionnel de l'état d'urgence se trouve ainsi, par un effet d'aubaine, utilisé à des fins très générales de prévention de tout trouble à l'ordre public, conçu de manière très large²³. Alors que l'état d'urgence a été prorogé une dernière fois en juillet 2017, le Président Macron a annoncé sa fin à l'automne, moyennant l'adoption d'une loi anti-terroriste qui devrait en pérenniser la substance dans le « droit commun »²⁴. Comme l'explique le projet, « si le péril imminent prend un caractère durable, [...] il devient nécessaire [...] de doter l'État de nouveaux instruments permanents de prévention et de lutte contre le terrorisme ».

Comme le montrent ces derniers développements, l'urgence ne doit pas nécessairement être formalisée dans un régime spécifique, mais joue plus généralement le rôle d'accélérateur et de facilitateur de l'adoption de législations de plus en plus exceptionnelles. Face à l'imminence de la menace terroriste, et à la pression supposée de l'opinion publique, il devient difficile de refuser d'adopter des mesures présentées comme indispensables pour répondre efficacement à cette menace. Un exemple éclairant en est donné par l'approbation du mécanisme « PNR » (Passenger Name Record) par l'UE en avril 2016²⁵, mécanisme qui prévoit l'analyse et la conservation de toutes les données relatives aux voyages aériens. Le projet « PNR », présenté par la Commission en 2011, s'était heurté jusqu'alors au refus du Parlement européen, qui se fondait sur les risques que présentait le texte pour le respect des droits fondamentaux, suivant en cela les avis très critiques exprimés par diverses instances consultatives²⁶. En septembre 2015, le Contrôleur européen de la protection des données relevait que « la principale finalité du système n'est pas le contrôle aux frontières traditionnel, mais le renseignement, et l'arrestation de personnes qui ne sont pas des suspects, avant qu'une infraction ait été commise », pour conclure que « le développement d'un tel système suscite de sérieuses préoccupations en matière de transparence et de proportionnalité, et pourrait ouvrir la voie à une évolution vers une société de surveillance »²⁷. La survenance des attentats perpétrés en France en janvier et novembre 2015 a brusquement « débloqué » les choses²⁸, avec au final l'adoption d'un texte très intrusif pour la vie privée et assez inquiétant dans sa

21 CNCDH, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures antiterroristes de la loi du 21 juillet 2016 », Journal Officiel, 4 mars 2017, § 22.

22 Ibidem, § 25.

23 Ibidem.

24 « Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », Sénat, session ordinaire 2016-2017, n° 587, 22 juin 2017.

25 Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, J.O., L 119, 4 mai 2016, p. 132.

26 Voy. not. Groupe de l'article 29, « Opinion 10/2011 on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the use of passenger name record data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime », 5 April 2011, WP

27 Contrôleur européen de la protection des données, « Deuxième avis sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière », Avis n°5/2015, 24 septembre 2015, p. 10.

28 Voy. Euractiv, « Donal Tusk presse le Parlement d'accepter un PNR européen », <http://www.euractiv.fr>, 14 janvier 2015.

perspective prédictive. En effet, comme l'énonce la directive, l'évaluation des données PNR vise à permettre « d'identifier des personnes qui n'étaient pas soupçonnées de participation à des infractions terroristes ou à des formes graves de criminalité avant cette évaluation »²⁹. Cela amène le texte de la directive à formuler cette recommandation quelque peu surprenante : « les critères d'évaluation devraient être définis d'une manière qui réduise au minimum le nombre d'identifications erronées de personnes innocentes par le système ». Il restera à déterminer si ce régime, adopté sous la pression de l'« urgence », survivra à un probable recours devant la Cour de Justice de l'Union européenne³⁰, qui s'est jusqu'à présent montrée très stricte en matière de respect de la vie privée, même dans le cadre de la lutte contre le terrorisme³¹.

On constate que la notion de « terrorisme » est de manière récurrente invoquée pour établir l'existence d'une menace imminente appelant à l'adoption rapide de mesures empiétant de plus en plus sur les droits fondamentaux et s'étendant le plus souvent bien au-delà du domaine de la lutte contre le terrorisme, par effet de contagion et de commodité. Dans la balance entre le respect des droits de l'homme et de la préservation de la sécurité, le concept de « terrorisme » a pour effet de faire prévaloir la seconde, en établissant une « urgence » à laquelle il doit être répondu de manière pressante.

La notion de « terrorisme » comme labellisation de l'adversaire

Le caractère extrêmement souple de la notion de « terrorisme » lui permet encore de remplir une troisième fonction dans le discours juridique des États, celle de labellisation de l'ennemi irréductible, ce qui permet à la fois de délégitimer de manière absolue l'adversaire, et de corrélativement légitimer l'action étatique, qu'elle se déploie à l'intérieur du territoire ou dans les relations internationales.

Dans un certain nombre de cas, l'identification d'un groupe comme « terroriste » sera très largement consensuelle au sein de la société internationale, comme c'est le cas avec Al-Qaeda³² ou l'État islamique³³. Il n'en demeure pas moins que leur qualification comme organisation terroriste permettra de conforter certains modes d'action, dont la légalité ou la légitimité pourraient malgré tout être questionnées. On peut ainsi penser à l'incarcération par les États-Unis de « combattant ennemis » à Guantánamo ou aux nombreuses interventions militaires menées par les États occidentaux sous couvert de « guerre contre le terrorisme » (Afghanistan, Mali, Irak, Syrie...)³⁴.

Dans d'autres cas, la qualification « terroriste » sera beaucoup plus relative, et encore davantage tributaire de choix politiques. Cette qualification peut se voir formalisée juridiquement par l'adoption de « listes » d'organisations terroristes, adoptée par l'ONU, par des organisations régionales comme l'UE, ou par les États³⁵. Compte tenu du caractère très souple de la notion de « terrorisme », l'adoption de telles

29 Considérant 7 de la directive.

30 La Cour s'est déjà prononcée sur la compatibilité avec la Charte des droits fondamentaux d'un accord de transferts des données PNR, à conclure entre l'UE et le Canada. Dans un avis rendu le 26 juillet 2017, la Cour a estimé que « l'accord PNR ne peut pas être conclu sous sa forme actuelle en raison de l'incompatibilité de plusieurs de ses dispositions avec les droits fondamentaux reconnus par l'Union » (avis 1/15).

31 C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a., 8 avril 2014; C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner, 6 octobre 2015.

32 Conseil de sécurité de l'ONU, Résolution 1267 (1999).

33 Conseil de sécurité de l'ONU, Résolution 2253 (2015).

34 Voy. O. Corten, « La 'guerre antiterroriste', un discours de pouvoir », *Contradictions*, n° 105, 2005, pp. 3 et s.

35 Voy. par exemple U.S. Department of State, "Foreign Terrorist Organizations", <https://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>.

listes laisse une grande marge de manœuvre à leurs auteurs. Si l'on se réfère à la liste établie par l'UE³⁶, on y trouve notamment le Hamas, le Front populaire de la Palestine (FPLP), le parti des travailleurs du Kurdistan (PKK), le Hezbollah, les Tigres tamouls³⁷, autant d'organisations impliquées dans des conflits internationaux complexes.

Établie comme un outil de prévention du terrorisme, par les mesures de sanctions financières qu'elle prévoit, la liste des organisations terroristes de l'UE se conçoit également comme un instrument de politique étrangère, qui traduit nécessairement des choix stratégiques³⁸. Cataloguer une partie à un conflit comme étant « terroriste » implique une prise de position apportant une caution de légitimité à l'État qui la combat, en l'occurrence Israël, la Turquie ou le Sri Lanka.

De manière plus générale, on constate que la « lutte contre le terrorisme » est devenue le leitmotiv de l'action armée de presque l'ensemble des États, en particulier dans le contexte du Moyen-Orient. Tous les États qui y sont engagés militairement prétendent agir pour combattre la menace terroriste (États occidentaux, Russie, Arabie Saoudite, Turquie, Égypte, Israël...). De ce point de vue, le recours au label « terroriste » se révèle très largement relatif et instrumental. Selon les intérêts particuliers, tel groupe pourra être qualifié de terroriste, afin de justifier une intervention armée ou une politique de répression, tandis que d'autres ne le seront pas, dans la mesure où ils pourront constituer des alliés. La distinction entre « combattants de la liberté » et « groupe terroriste » peut s'avérer très poreuse, comme le montre la manière dont ont été, au fil du temps, considérées des organisations comme l'OLP ou l'ANC, et leurs leaders Yasser Arafat et Nelson Mandela. On retrouve aujourd'hui des lignes tout aussi floues dans le contexte de la guerre en Syrie, où ce qui sépare un « groupe rebelle » d'une « organisations terroriste » dépend parfois plus des intérêts stratégiques que de la nature intrinsèque des actions menées par les acteurs concernés³⁹.

Comme le souligne Denis Duez, « l'utilisation du terme terrorisme répond [...] fréquemment à une logique de disqualification par laquelle on poursuit un objectif d'isolement et de fragilisation de l'adversaire »⁴⁰. La nature souple et relative de la notion de « terrorisme », de même que sa connotation juridique, offrent donc aux États un outil de légitimation/dé légitimation assez facile à utiliser, dans le cadre de leurs politiques internationale ou intérieure. Cette fonction peut aisément être connectée aux deux précédentes que nous avons examinées, en ce qu'elle permet, en désignant un mal absolu, de promouvoir l'adoption de mesures dérogatoires et exceptionnelles.

36 Décision (PESC) 2017/154 du Conseil du 27 janvier 2017 portant mise à jour de la liste des personnes, groupes et entités auxquels s'appliquent les articles 2, 3 et 4 de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, et abrogeant la décision (PESC) 2016/113.

37 L'inscription des Tigres tamouls a finalement été annulée par la Cour de Justice de l'UE, par un arrêt du 26 juillet 2017, Conseil/Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), la Cour jugeant que la décision du Conseil n'était pas fondée sur des motifs suffisants, ce qui confirme le caractère très relatif de la qualification de « terrorisme ».

38 Voy. B. Delcourt, « Qualifier en droit, disqualifier en fait ? Analyse critique du discours de l'Union européenne sur l'usage de la violence dans le conflit israélo-palestinien », in *Palestine and International Law, New Approaches, Proceedings of the Conference held in Birzeit University on 24-26 September 2010*, Institute of Law Birzeit University, 2011, pp. 37 et s.

39 Voy. par exemple les affaires Begg et Gildo au Royaume-Uni, concernant deux individus poursuivis pour participation aux activités d'un groupe terroriste syrien, avant qu'il soit établi que les services secrets britanniques aidaient ce même groupe, ce qui a entraîné l'abandon des poursuites (Guardian, « Moazzam Begg to be freed as prosecutors drop terror charges », 1er octobre 2014 ; Guardian, « Terror trial collapses after fears of deep embarrassment to security services », 1er juin 2015).

40 D. Duez, « De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale », in K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt, op. cit., p. 116.

Conclusion

Au terme de notre analyse, on constate que la notion de « terrorisme » reste largement insaisissable, et que les éléments définitionnels qui en sont donnés demeurent extrêmement flous, ce qui octroie une importante marge d'appréciation aux États dans son utilisation, qu'il s'agisse de justifier des régimes juridiques dérogatoires et exceptionnels, ou de stigmatiser un ennemi, dans une perspective politique. Avec Pierre Klein, on peut donc s'interroger sur la « valeur ajoutée » de toute définition du terrorisme, qui n'offre guère de sécurité juridique dans la conception d'infractions spécifiques, et qui constitue le plus souvent le paravent de politiques sécuritaires, menées dans l'urgence⁴¹. Cela ne signifie pas que le phénomène terroriste n'existe pas, et qu'il n'appelle pas de réponses pénales appropriées, mais il n'en demeure pas moins que l'usage fait de la notion de « terrorisme » doit pouvoir faire l'objet d'une analyse critique.

François Dubuisson

Professeur au Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles (ULB)

L'Harmattan | « Confluences Méditerranée »

2017/3 N° 102 | pages 29 à 45

Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-confluences-mediterranee-2017-3-page-29.html>



⁴¹ P. KLEIN, op. cit., pp. 262-264.