

La lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme devant les tribunaux

Guide d'application de la Directive européenne 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme à l'intention des juges, des procureurs et des avocats

Constituée de 60 éminents juges et avocats du monde entier, la Commission Internationale de Juristes (CIJ) œuvre pour la promotion et la protection des droits humains dans le cadre de l'Etat de droit. Elle dispose d'une expertise juridique unique pour développer et renforcer les systèmes de justice nationaux et internationaux. Créée en 1952 et active sur les cinq continents, la CIJ veut garantir le développement et la mise en oeuvre du droit international des droits humains et du droit international humanitaire, veiller à la réalisation des droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, s'assurer de la séparation des pouvoirs et préserver l'indépendance de la justice et des professions juridiques.

® **La lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme devant les tribunaux** - Guide d'application de la Directive européenne 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme à l'intention des juges, des procureurs et des avocats

© Copyright Commission internationale de juristes, Novembre 2020

Reproduction autorisée pour autant que la CIJ soit dûment mentionnée et qu'une copie de la publication contenant les éléments reproduits soit envoyée à l'adresse suivante:

Commission internationale de juristes
Case postale 91
1211 Genève 8
Suisse
t: +41 22 979 38 00
www.icj.org

Cette publication est financée par le programme Justice de l'Union européenne (2014-2020). Le contenu de cette publication reflète le point de vue de l'auteur uniquement et relève de sa responsabilité exclusive. La Commission européenne n'assume aucune responsabilité quant à l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'elle contient.



La lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme devant les tribunaux :

Guide d'application de la Directive européenne 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme à l'intention des juges, des procureurs et des avocats

Commission internationale de juristes (CIJ)
Droits de l'homme en pratique (HRiP)
Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM)
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Ce guide a été rédigé par
Helen Duffy (HRiP), Róisín Pillay and Karolína Babická (CIJ).

Novembre 2020

Table des matières

I. Introduction	5
II. Normes du droit international applicables en droit et en pratique	7
1. Respect et protection des droits de l'homme de toutes les personnes affectées par la procédure pénale	7
2. Enquêter et inculper de manière appropriée les violations graves et les crimes internationaux	8
a) Les États doivent mener des enquêtes rapides, approfondies et indépendantes sur les actes de violence graves, qu'ils soient commis par des acteurs non étatiques ou étatiques, et traduire les responsables en justice	8
b) Les infractions doivent faire l'objet de charges appropriées afin de garantir que les auteurs de crimes internationaux graves soit tenus responsables de leurs actes.....	8
c) Les poursuites pénales pour terrorisme devraient être utilisées avec parcimonie, lorsque le comportement et l'intention criminels sont suffisamment graves	9
3. Pouvoirs judiciaires nationaux, procès et contrôle judiciaire des mesures antiterroristes	10
4. Droits des victimes.....	10
5. Le législation antiterroriste en situation d'état d'urgence et de conflit armé	12
6. Les principes des droits de l'homme affectés par les infractions contenues dans la Directive	13
6.1 Le principe de légalité : Nullum Crimen Sine Lege.....	13
6.2. Restriction des libertés de circulation, d'expression, d'association, de réunion, des droits à la vie privée, à la vie familiale, et à la participation politique : but légitime, nécessité et proportionnalité	16
6.3 Non-discrimination	17
III. Infractions contenues dans la Directive.....	19
1. Infractions terroristes	19
Conseils.....	19
Commentaire	20
2. La direction d'un groupe terroriste	22
Conseils.....	22
Commentaire	22
3. Provocation publique à commettre une infraction terroriste	24
Conseils.....	24
Commentaire	24
4. Recrutement pour le terrorisme	27
Conseils.....	27
Commentaire	27
5. Dispenser et recevoir un entraînement au terrorisme.....	28
Conseils.....	29
Commentaire	29
6. Voyager à des fins de terrorisme.....	30
Conseils.....	30
Commentaire	31
7. Organiser ou faciliter de quelque autre manière des voyages à des fins de terrorisme	33
Conseils.....	33
Commentaire	33
8. Financement du terrorisme	34
Conseils.....	34
Commentaire	34
9. Complicité, incitation et tentative	35
Conseils.....	36
IV. Les droits des suspects dans le cadre de la procédure pénale : enquête, poursuites et procès.....	36
1. Enquête et collecte de preuves	36
2. La détention dans les affaires de lutte contre le terrorisme	40
3. Un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial	41
4. Sanctions.....	44
5. Les enfants dans la procédure pénale	45
6. La coopération judiciaire	46

I. Introduction

Le 15 mars 2017, l'Union européenne (UE) a adopté la [Directive \(UE\) 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme](#) (« la Directive ») qui établit le mois de septembre 2018 comme date limite de transposition de ses dispositions en droit interne. La Directive vise principalement à étendre le champ d'application du droit pénal des États membres aux menaces et activités liées au terrorisme au sein de l'UE. Elle couvre ainsi une vaste gamme d'infractions terroristes, certaines précédemment reconnues par le droit international et (la plupart) des lois nationales, et d'autres plus innovantes. Il s'agit notamment des crimes liés à des actes terroristes (article 3), au financement (article 11) et à l'entraînement au terrorisme (article 7), ainsi que des infractions 'connexes' de « provocation publique à commettre une infraction terroriste » (considérant 10 / article 5), de « réception » d'un entraînement au terrorisme (article 8), de voyage « à des fins de terrorisme » (article 9) ; ainsi que la complicité, incitation, tentative ou facilitation de ces infractions (articles 10,14).

Les termes « terroriste » et « terrorisme » ne sont utilisés ici que pour faire référence et reproduire leur utilisation dans la Directive et les autres lois auxquelles il est fait référence. Ils ne sont pas nécessairement utilisés dans un sens juridique, car il n'existe pas de définition universellement acceptée du terrorisme. Le rapporteur spécial des Nations unies sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme, Martin Scheinin, a proposé la définition suivante dans son rapport de 2010, [UN Doc A/HRC/16/51](#) :

« On entend par terrorisme la commission ou la tentative de commission d'un acte lorsque :

- (1) L'acte : (a) Constitue une prise d'otages intentionnelle ; ou (b) Est destiné à tuer ou à blesser gravement un ou plusieurs membres de la population ou de groupes particuliers ; ou (c) Se traduit par une violence physique létale ou grave contre un ou plusieurs membres de la population ou de groupes particuliers ; et
- (2) L'acte ou la tentative sont commis dans l'intention : (a) De semer la terreur parmi la population ou un groupe particulier ; ou (b) De contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire ; et
- (3) L'acte : (a) Correspond à la définition d'une infraction grave en vertu du droit national, adoptée dans le but de se conformer aux conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme ou aux résolutions du Conseil de sécurité relatives au terrorisme ; ou (b) Comporte tous les éléments d'un crime grave défini par la législation nationale. »

La Directive a été critiquée pour son processus d'adoption hâtif, sa portée parfois jugée trop large et ses implications pour les droits de l'homme. Il est certain qu'elle pose des défis pour les systèmes nationaux – en premier lieu pour les législatures nationales, mais aussi pour les magistrats du parquet, les juges d'instructions et le pouvoir judiciaire – notamment pour garantir que sa mise en œuvre soit conforme aux normes des droits de l'homme et de l'État de droit.

L'obligation d'assurer une mise en œuvre conforme aux autres obligations des États en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire international est inscrite explicitement dans la Directive elle-même :

« La présente directive doit être mise en œuvre dans le respect de ces droits et principes, compte tenu également de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du pacte international relatif aux droits civils et politiques et d'autres obligations en matière de droits de l'homme découlant du droit international »
(considérant 35).

L'adoption de la Directive fait suite à la [Résolution 2178](#) (2014) du Conseil de sécurité des Nations Unies (SCRes2178) et au [Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme](#) (2015) visant à mettre en œuvre la SCRes2178 dans le cadre juridique du Conseil de l'Europe. Elle reflète également des éléments de résolutions antérieures telles que SCRes 1624, 1456, ou encore 2462 (2019). Chacune de ces résolutions et de ces instruments rend également explicite la nécessité d'une mise en œuvre conforme au droit international des droits de l'homme. Ces résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies prévoient, ainsi, que les mesures antiterroristes doivent « respecter toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme, le droit international des réfugiés et le droit international humanitaire ».

Le présent Guide se concentre sur l'interprétation qu'il doit être faite de cette Directive au niveau judiciaire et sur sa mise en œuvre, dans la pratique, tout au long du processus d'enquête et de poursuite, conformément au droit et aux normes internationales et européennes relatives aux droits de l'homme. La Directive soulève de nombreuses questions relatives aux droits de l'homme, qui posent des défis complexes aux juges, aux procureurs et aux avocats. L'ampleur et le caractère indéterminé de nombreuses infractions

6 | La lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme devant les tribunaux : Guide d'application de la Directive européenne 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme à l'intention des juges, des procureurs et des avocats

qu'elle contient soulèvent des préoccupations fondamentales concernant leur compatibilité avec le principe de légalité - consacré à l'article 49 de la Charte de l'UE, à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ainsi que dans les divers systèmes juridiques nationaux, comme expliqué dans la Section III ci-dessous.

La nature de certaines infractions contenues dans la Directive (voir Section III) crée également des tensions avec une série d'autres droits notamment les droits à la liberté d'expression, d'association, de protestation, de circulation et le droit à l'égalité, comme nous l'expliquons ci-dessous. De plus, les infractions dites « connexes » ou non-consommées et certains modes de responsabilité, y compris la facilitation, l'aide et l'incitation, tels que transposés en droit interne, peuvent aussi nuire à l'exercice des droits de l'homme et suscitent de graves préoccupations quant à leurs limites et leurs implications. En vertu de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (article 52.1), ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), qui créent des obligations pour tous les États membres de l'UE, certains de ces droits ne sont pas absolus et peuvent même faire l'objet de limitations ou de dérogations pour des raisons de sécurité nationale. Cependant, toute restriction à leur égard doit être prescrite par une loi qui est claire et accessible, dans la poursuite d'un objectif légitime, tel que la protection de la sécurité nationale, et interprétée et appliquée de manière à garantir que l'interférence avec ces droits ne va pas au-delà du nécessaire et demeure proportionnée pour atteindre cet objectif (section II.5). Il incombe à l'État, dans chaque cas particulier en question, de démontrer que ces conditions sont remplies et que les lourdes conséquences du recours au droit pénal, et les sanctions particulières imposées, sont justifiées.

De multiples autres obligations en matière de droits de l'homme apparaissent dans le contexte de l'enquête et de la poursuite des crimes visés par la Directive, y compris les droits à la vie privée, à la liberté et à un procès équitable, traités à la section II.6. Comme la pratique le montre déjà clairement, les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions contenues dans la Directive ont de multiples implications croisées sur les droits de groupes particuliers, notamment les droits des enfants qui font l'objet d'un devoir de vigilance spécifique. Une attention particulière doit être portée à ce que la procédure pénale ne soit pas discriminatoire en droit ou en pratique, par exemple en ce qui concerne les méthodes d'enquête, de collecte et d'utilisation des preuves invoquées. Comme le reconnaît l'Équipe Spéciale de lutte contre le terrorisme (CTITF), il faut prêter attention à l'éventail de questions de procédure régulière qui se posent « dans le contexte spécifique en question - qu'il s'agisse de la détention, du procès ou de l'expulsion d'une personne - pour garantir l'équité, le caractère raisonnable, l'absence d'arbitraire et la nécessité et la proportionnalité de toute limitation imposée aux droits de l'individu en question. » (Groupe de travail de la CTITF sur la promotion et la protection des droits de l'homme et de l'État de droit dans le contexte de la lutte antiterroriste, *Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism*, (en anglais) 2014, p. 4).

La première ligne de défense contre les excès du droit pénal est le législateur national, qui doit définir les infractions pénales de manière précise et en accord avec le droit international. Toutefois, c'est au pouvoir judiciaire qu'il incombe d'interpréter et d'appliquer la loi conformément aux principes des droits de l'homme, et d'assurer le contrôle inhérent à une approche de la justice pénale fondée sur l'État de droit. Si, dans certains cas, la législation est fondamentalement déficiente pour être interprétée de cette manière, il peut appartenir aux tribunaux de déclarer certaines lois inconstitutionnelles ou incompatibles avec les obligations juridiques internationales.

Ce Guide se concentre dès lors sur le rôle du pouvoir judiciaire dans l'interprétation et la mise en œuvre de la Directive conformément au droit européen et international des droits de l'homme. Les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, les Principes de base relatifs au rôle du barreau et les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet des Nations Unies ont ainsi, par exemple, souligné le rôle essentiel d'un pouvoir judiciaire et d'une profession juridique indépendants pour la protection efficace, sans discrimination, des droits de l'homme et le maintien de l'État de droit. Comme l'expérience des dernières décennies l'a montré, le pouvoir judiciaire a un rôle crucial à jouer en tant que garant des droits de l'homme et de l'État de droit dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, en examinant notamment la constitutionnalité et la légalité des réglementations, et en évaluant la légalité et l'équité dans les cas particuliers dont il est question. Dans divers systèmes juridiques, et ce, de diverses manières, c'est grâce à des juges indépendants et impartiaux interprétant le droit national conformément aux engagements en matière de droit international des droits de l'homme que les droits de l'homme sont appliqués et que les garanties procédurales essentielles sont protégées (Commission internationale de juristes (CIJ), *The Berlin Declaration* (en anglais), 2004).

Par ailleurs, les magistrats du parquet, dans la manière dont ils interprètent le droit pénal, définissent les chefs d'accusation, mettent en œuvre les politiques d'enquête et de poursuite et – à des degrés divers, selon l'État membre – exercent leur pouvoir discrétionnaire quant au moment et à l'opportunité d'engager

des poursuites, joueront un rôle crucial pour déterminer si la Directive est mise en œuvre conformément aux droits de l'homme, ou si elle porte atteinte à ces droits et au processus de justice pénale. « Les magistrats du parquet exercent leurs fonctions conformément à la loi, en toute équité, de manière cohérente et diligente, respectent et protègent la dignité humaine et défendent les droits de la personne humaine, contribuant ainsi à garantir une procédure régulière et le bon fonctionnement du système de justice pénale. » (*Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet*, HCDH, 1990, para. 12).

D'autres praticiens du droit pénal sont également manifestement indispensables pour représenter, conseiller et garantir que les droits des accusés et les droits des victimes du terrorisme sont respectés à tous les stades de la procédure.

Ce Guide a été rédigé dans le cadre du [projet JUSTICE](#), mis en œuvre par la Commission internationale de juristes (CIJ) et plusieurs partenaires nationaux et internationaux (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa en Italie, Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) aux Pays-Bas, et Human Rights in Practice (HRip) comme partenaires internationaux. Le projet est aussi soutenu par des partenaires associés : Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL), Juezas y Jueces para la Democracia en Espagne, et Neue Richtervereinigung en Allemagne). Il s'appuie sur quatre tables rondes d'experts organisées en 2019 dans toute l'UE (à Pise, [La Haye](#), [Madrid](#) et [Bruxelles](#)) rassemblant des juges, des avocats, des procureurs et d'autres parties prenantes concernées venant de divers États membres de l'UE. Il s'appuie également sur des études et des consultations menées au niveau national avec des juges, des avocats et des procureurs en Belgique, aux Pays-Bas, en Allemagne, en Espagne, en Italie et en France.

Le contenu de ce Guide a été largement inspiré par les expériences que les juges et les avocats ont partagées au cours de cette série de consultations. En particulier, les échanges ont porté sur les défis qu'ils ont pu rencontrer en cherchant à adopter une approche du droit pénal antiterroriste fondée sur l'état de droit, ainsi que sur leur détermination à relever ces défis. Le Guide ne vise pas à être exhaustif, mais cherche à fournir un document pratique qui met en évidence – à travers des recommandations et des explications détaillées – les questions de droits de l'homme les plus critiques découlant de la législation, des procédures et de la pratique antiterroristes dans le contexte de la mise en œuvre et des poursuites des infractions que contient la Directive.

II. Normes du droit international applicables en droit et en pratique

1. Respect et protection des droits de l'homme de toutes les personnes affectées par la procédure pénale

Conseils :

Lors de la mise en œuvre de la Directive, les droits de l'homme des suspects, des personnes poursuivies et des victimes doivent être respectés et garantis à toutes les étapes du processus, y compris pendant l'enquête, la poursuite, le procès et la sanction. Les magistrats du parquet et les juges doivent prendre en compte l'ensemble des droits de l'homme impliqués, directement et indirectement, par la poursuite des infractions contenues dans la Directive.

Commentaire : Conformément à l'article 23 et aux considérants 22 et 35 de la Directive, ainsi qu'aux obligations internationales de manière plus large, il est impératif que les magistrats du parquet et les juges veillent, dans leurs rôles respectifs, à ce que la Directive et la législation d'application associée soient appliquées conformément à tous les droits de l'homme internationaux et ce, à chaque étape de la procédure pénale. La légitimité et l'efficacité de ce processus dépendent notamment du respect des victimes – dont les droits peuvent avoir été profondément affectés par des actes graves de terrorisme et qui subiront également les effets de la procédure pénale (voir section II.4) – ainsi que des droits des suspects, des accusés et de toute autre personne concernée par le recours au droit pénal.

Les droits humains en jeu incluent, de manière évidente, le principe fondamental de légalité, ainsi que les libertés d'expression, d'association, de réunion, de vie privée, de libre circulation et le principe d'égalité, qui sont directement affectés par l'ampleur et la nature des infractions contenues dans la Directive (voir section III. ci-dessous). On compte également les multiples droits, y compris ceux découlant du droit à un procès équitable et du droit à la liberté, qui sont, dans la pratique, fréquemment compromis lors des enquêtes et des procès pour actes de terrorisme (voir section IV.). Une approche fondée sur les droits de l'homme rend également nécessaire de prendre en compte l'impact indirect de la procédure pénale sur toute une série de droits de tiers, y compris les droits civils, économiques, politiques et sociaux des enfants, des membres de la famille et des communautés qui sont victimes du terrorisme ou qui risquent de se retrouver stigmatisés. La procédure pénale peut également avoir des répercussions sur l'adoption

d'autres mesures administratives annexes, tels que la déchéance de citoyenneté, avec des conséquences désastreuses pour les droits de l'homme.

Afin de bien comprendre l'impact de la criminalisation des infractions contenues dans la Directive, il est nécessaire de prendre conscience de l'effet potentiellement paralysant que leurs enquêtes et poursuites peuvent avoir de manière plus large sur la liberté d'expression, l'engagement et le débat démocratiques, et l'éducation. Il faut également prendre en compte les effets négatifs de l'abus de droit et de l'injustice sur le droit pénal lui-même. Il est désormais largement reconnu que les violations des droits de l'homme, y compris dans le domaine pénal, ont tendance à affaiblir la lutte contre le terrorisme et à être, in fine, contre-productives. Alors qu'une procédure pénale qui répond à des normes de justice élevées peut aider à délégitimer certains crimes violents, un nombre croissant de preuves montre comment les torts commis par l'État, y compris au cours d'un processus de justice pénale, ont été utilisés comme « outils de propagande », suscitant « des conditions propices » au recrutement ou au soutien à des organisations terroristes (Programme des Nations unies pour le développement (PNUD), *Sur les Chemins de l'Extrémisme en Afrique, 2017* ; *Gestion des risques et menaces liés aux « combattants terroristes étrangers » : orientations sur une approche conforme aux droits de l'homme*, OSCE/ODHIR, 2018.) La légalité et l'efficacité du système de justice pénale sont donc liées.

2. Enquêter et inculper de manière appropriée les violations graves et les crimes internationaux

a) Les États doivent mener des enquêtes rapides, approfondies et indépendantes sur les actes de violence graves, qu'ils soient commis par des acteurs non étatiques ou étatiques, et traduire les responsables en justice

Les actes de terrorisme portent souvent atteinte à la jouissance des droits des victimes du terrorisme, et peuvent même constituer des crimes au regard du droit international. Les États ont l'obligation juridique, en vertu du droit international, d'enquêter sur les violations graves des droits de l'homme de manière efficace et de tenir leurs auteurs pénalement responsables. Comme l'indique clairement l'abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le fait de mener des enquêtes rapides, approfondies et indépendantes sur les violations et les abus graves des droits de l'homme, qu'ils soient commis par des acteurs non étatiques ou étatiques, et de juger les responsables selon une procédure pénale équitable n'est pas simplement une option politique, c'est une obligation légale (voir, par exemple, *Tagayeva v. Russia* (en anglais), CEDH, requête No. 26562/07, arrêt du 10 Avril 2012). Les États ont des obligations en termes d'enquête et de poursuite pour ces crimes ; obligations qui correspondent au droit des victimes à la réparation, à la vérité et à la recherche de responsabilité.

Les juges et les procureurs ont un rôle important à jouer pour garantir des procédures efficaces et équitables qui donnent effet à ces obligations. Si le terrorisme n'est pas en soi un crime établi en droit international, certains actes peuvent constituer d'autres crimes graves, tels que le génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre. Les enquêtes sur ces crimes et l'obligation de rendre des comptes et d'établir les responsabilités sont une priorité internationale, qui reflète les devoirs des États en matière de vérité et de lutte contre l'impunité (voir *l'Ensemble de principes actualisé des Nations unies pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005 ; les *Lignes directrices pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme*, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 2011 ; le préambule du Statut de la CPI sur les devoirs des États ; *International Law and the Fight Against Impunity – A Practitioners Guide*, CIJ, (en anglais), 2015).

b) Les infractions doivent faire l'objet de charges appropriées afin de garantir que les auteurs de crimes internationaux graves soit tenus responsables de leurs actes

Une attention particulière devrait être accordée à l'utilisation de chefs d'accusation appropriés, afin de refléter la nature et la gravité des crimes en question. La priorité doit être accordée à la poursuite des crimes les plus graves. Dans la mesure où les comportements concernés constituent des crimes internationaux, tels que des crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide, ils devraient, dans la mesure du possible, être poursuivis en tant que tels. La pratique de nombreux États ces dernières années reflète une tendance à porter des accusations de « terrorisme » plutôt que d'utiliser la qualification de crime de guerre ; cela peut s'expliquer, en grande partie, par le fait que certaines infractions de terrorisme définies en droit interne peuvent être plus facile à prouver dans des contextes où l'accès aux preuves et à la scène des crimes demeure difficile (lorsque les crimes ont été commis à l'étranger et / ou dans des zones de

conflit, par exemple). Ces défis ne doivent pas être sous-estimés, mais il est primordial de faire les investissements nécessaires pour les surmonter notamment grâce à des enquêtes efficaces et à la coopération internationale (voir section IV. ci-dessous sur la collecte de preuves). Lorsque des actes commis dans le cadre d'un conflit armé impliquent de diriger des attaques contre des civils ou de répandre la terreur parmi la population civile, cela constitue un crime de guerre - et non un délit de terrorisme - et devrait être qualifié comme tel. En outre, la participation à un conflit armé ne doit pas être considérée comme du « terrorisme » lorsque le comportement en question respecte les règles du droit international humanitaire. En 2019, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que lorsque des combattants étaient considérés comme partie à un conflit armé non international avec un autre État, les dispositions du droit belge relatives au terrorisme ne s'appliquaient pas, et qu'il n'était pas nécessaire d'analyser si le groupe en question était un groupe terroriste (Cour d'appel, 8 mars 2019, n° 2019/939, par. 36). Par ailleurs, lorsque des actes de terrorisme sont commis en dehors d'une situation générale de conflit armé telle que définie par le droit international, il ne sera pas approprié de les qualifier comme des crimes de guerre.

Le fait de dénoncer et de punir la commission de crimes graves relevant du droit international permet d'atteindre plusieurs objectifs. Cela permet notamment l'octroi de réparations aux victimes qui nécessitent la reconnaissance, la vérité, la recherche de responsabilité et la mise en place de mesures pour apprendre du passé et garantir la non-répétition (ONU, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation ; The right to a remedy and reparation for gross human rights violations – A Practitioners Guide*, (en anglais), ICJ, 2018). Les poursuites pour terrorisme au titre de la Directive ne devraient pas constituer une alternative facile au rôle essentiel des tribunaux nationaux dans l'application du droit pénal international pour la poursuite des crimes les plus graves. Un certain nombre d'exemples récents de poursuites nationales pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ont démontré la possibilité, dans la pratique, de tenir les membres de groupes terroristes pour responsables de crimes graves en vertu du droit pénal international établi (*Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences*, (en anglais), Eurojust and Genocide Network, 2020 ; voir les affaires suivantes en Allemagne : Oberlandesgericht Düsseldorf, 5 StS 2/19, jugement du 17 décembre 2019 ; Oberlandesgericht Frankfurt 5, 3 StE 4/16, jugement du 8 novembre 2016).

c) Les poursuites pénales pour terrorisme devraient être utilisées avec parcimonie, lorsque le comportement et l'intention criminels sont suffisamment graves

Les poursuites pour « terrorisme » ne devraient être engagées que dans le contexte d'un comportement criminel suffisamment grave, et jamais pour des contributions de minimis ou pour un comportement qui n'est pas de nature « véritablement terroriste ». Le droit pénal est un outil de poids à utiliser avec parcimonie, conformément aux principes établis (voir la discussion du principe d'ultimo ratio ci-dessous) et, notamment au principe de proportionnalité établi en droit pénal et des droits de l'homme.

Dans la pratique, le choix de l'inculpation en tant qu'infraction de « terrorisme » entraîne, dans les États européens et au-delà, de nombreuses conséquences : procédures spéciales, normes de protection moindres, recours automatique ou fréquent à la détention administrative, parfois dans des centres de détention alternatifs soumis à des conditions de détention inférieures aux normes en vigueur, et, au final, sanctions plus sévères. L'existence de normes de protection moins élevées peut inciter, voire pousser, à utiliser la législation antiterroriste plutôt que d'autres lois pénales. En termes pratiques et politiques, une enquête, une mise en accusation ou une poursuite pour terrorisme peut avoir des conséquences lourdes, bien au-delà de la procédure pénale elle-même. Celles-y comprennent, notamment, la stigmatisation de l'accusé et de tiers, des mesures administratives qui peuvent s'appliquer même après un acquittement ou une peine purgée, voire la déchéance de citoyenneté.

Le droit pénal perd son autorité et sa légitimité s'il n'est pas dirigé et appliqué équitablement et avec parcimonie, contraint par les principes du droit pénal et des droits de l'homme. De plus, pour que la qualification de crime de terrorisme conserve sa signification bien distincte, il est essentiel qu'elle ne soit pas d'une portée trop large qui couvrirait des infractions qui doivent de fait être traitées comme des infractions de droit pénal ordinaire. Ceci doit être garanti par la loi, mais il est également essentiel que les procureurs et les juges veillent à ce que, dans les cas particuliers dont ils sont saisis, le recours à une procédure pénale et les accusations « liées au terrorisme » soient justifiés et que les conséquences pour les droits de l'homme restent proportionnées par rapport au comportement coupable et à l'intention de l'individu (voir la section II.6 ci-dessous).

Le fait de restreindre les poursuites relatives au terrorisme aux comportements criminels graves est aussi en accord avec les considérations liées à l'efficacité du recours à des enquêteurs, des procureurs et des juges spécialisés.

3. Pouvoirs judiciaires nationaux, procès et contrôle judiciaire des mesures antiterroristes

Conseils :

Les juges nationaux ont un rôle et une responsabilité cruciaux en tant que garants de l'État de droit et des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme. L'application de l'autorité judiciaire pour assurer le respect du droit international des droits de l'homme par l'État est essentielle. Pour cela, les magistrats interprètent et appliquent le droit national conformément aux obligations européennes et internationales en matière de droits de l'homme, et écartent les lois intrinsèquement incompatibles avec ces obligations. Les juges sont également en mesure d'appliquer le droit national lorsqu'il offre des garanties de protection plus étendues que le droit international des droits de l'homme.

Commentaire : En tant qu'organe étatique, un acte (ou une omission) du juge incompatible avec le droit international placera l'État en situation de violation de ses obligations juridiques internationales (article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État). En ce qui concerne les traités relatifs aux droits de l'homme, « [t]outes les autorités de l'État (pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire), ainsi que les pouvoirs publics et autres instances publiques à quelque échelon que ce soit – national, régional ou local –, sont à même d'engager la responsabilité de l'État partie (...) » (CDH de l'ONU, *Observation générale No. 31*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 4).

Les juges doivent donc connaître le droit international des droits de l'homme et de l'UE applicables à l'État en question et veiller à ce que leurs décisions soient conformes à ces obligations (*Legal Commentary to the ICJ Geneva Declaration*, (en anglais), CIJ, 2011).

Lorsqu'un juge est confronté à un conflit apparent entre le droit national, le droit international et le droit de l'UE, il / elle devrait utiliser tous les moyens et toutes les techniques à sa disposition, y compris sa discrétion judiciaire, pour éviter une violation potentielle. On pense, par exemple, à l'emploi de techniques d'interprétation et à la référence aux doctrines, recours ou références constitutionnelles. Il est vrai que les processus de contestation et d'annulation d'une loi varient d'un système européen à l'autre, mais si le juge est d'avis que l'application de la loi nationale aurait pour conséquence inévitable de causer une violation du droit, cette loi ne devrait pas être appliquée. Le juge doit alors expliquer cette décision clairement à l'individu, à son avocat et au gouvernement en expliquant les raisons.

4. Droits des victimes

Directive de l'UE 2017/541

Considérant 30

(30) Les États membres devraient veiller à ce que toutes les victimes du terrorisme aient accès aux informations sur les droits des victimes, les services d'aide disponibles et les mécanismes d'indemnisation dans l'État membre où l'infraction terroriste a été commise. Les États membres concernés devraient prendre les mesures appropriées pour faciliter la coopération entre eux afin de veiller à ce que les victimes du terrorisme qui résident dans un État membre autre que celui dans lequel l'infraction terroriste a été commise aient un accès effectif à ces informations. En outre, les États membres devraient veiller à ce que les victimes du terrorisme aient accès à des services d'aide à long terme dans leur État membre de résidence, même si l'infraction terroriste a eu lieu dans un autre État membre.

Les articles 24 à 26 de la Directive couvrent l'assistance et le soutien aux victimes du terrorisme, la protection des victimes du terrorisme et les droits des victimes du terrorisme résidant dans un autre État membre.

Conseils :

Les juges et les avocats doivent veiller à ce que les victimes du terrorisme aient accès à la justice, à un traitement équitable et à des voies de recours.

Les juges et les avocats doivent veiller à ce que des informations et des procédures efficaces adaptées notamment aux enfants et aux femmes, soient mises à la disposition de toutes les victimes potentielles du terrorisme.

Commentaire :

Une victime du terrorisme est la personne définie à l'article 2 de la directive 2012/29/UE, à savoir toute personne physique ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique, mentale ou émotionnelle, ou une perte matérielle, dans la mesure où ce préjudice a été directement causé par une infraction terroriste, ou un membre de la famille d'une personne dont le décès résulte directement d'une infraction terroriste et qui a subi un préjudice du fait du décès de cette personne.

Considérant 27 Directive UE 2017/541

Les États ont le devoir de respecter et de faire respecter les droits de tous les individus qui relèvent de leur juridiction. Cela inclut l'obligation positive de prendre toutes les mesures possibles pour les protéger des actes de violence et, lorsqu'il y a des victimes de la violence terroriste, de respecter leurs droits à la vérité, à la justice et à réparation. Les enquêtes et les poursuites pénales à l'encontre des responsables de violations graves peuvent être un moyen important pour l'État de donner effet à ces droits des victimes. Le droit des victimes à accéder à la justice est reconnu dans les traités relatifs aux droits de l'homme (à l'article 6 de la CEDH par exemple). Les victimes de violations, que ce soit par action ou par omission de l'État, ont également droit à un « recours effectif » contre les États responsables (voir, par exemple, l'article 13 de la CEDH, et l'article 2(3) du PIDCP).

Les recours en question comprennent le droit de la victime d'avoir accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation (*AG Res 60/147, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, VII, 16 décembre 2005*).

Les droits des victimes, au sens plus large, doivent également être respectés. Ils sont reconnus par la **Directive relative aux droits des victimes (Directive UE 2012/29/EU)** et d'autres instruments tels que la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir des Nations unies. L'objectif explicite de la Directive relative aux droits des victimes est de « garantir que les victimes de la criminalité reçoivent des informations, un soutien et une protection adéquats et puissent participer à la procédure pénale. Les États membres veillent à ce que les victimes soient reconnues et traitées **avec respect, tact, professionnalisme, de façon personnalisée et de manière non discriminatoire** (...). Les droits énoncés dans la Directive s'appliquent aux victimes de manière non discriminatoire, y compris en ce qui concerne leur statut de résident. » (Article 1.1).

Les victimes doivent être traitées, à tous les stades, **avec compassion et dans le respect de leur dignité, et recevoir le soutien nécessaire pour faire valoir leurs droits**. Elles ont droit à l'accès aux instances judiciaires et à une réparation rapide du préjudice qu'elles ont subi, tel qu'il est prévu par la législation nationale. Il faut établir et renforcer, si nécessaire, des mécanismes judiciaires et administratifs permettant aux victimes d'obtenir réparation au moyen de procédures officielles, ou non-officielles, qui soient rapides, équitables, peu coûteuses et accessibles. Les victimes doivent être informées des droits qui leur sont reconnus pour chercher à obtenir réparation par ces moyens. (ONU, *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, UN Doc. A/RES/40/34, 1985, para. 4-5).

Les victimes ont droit à l'information en ce qui concerne les enquêtes et les procès, et, d'après les normes des Nations unies sur les bonnes pratiques en la matière, devraient être autorisées à participer au processus, à demander la permission de parler et à exiger une indemnisation pour leur perte. Dans la pratique, les victimes sont souvent dans l'incapacité d'accéder à la justice ou de participer pleinement au processus de justice pénale pour différentes raisons, parmi lesquelles le manque de connaissance de leurs droits, leur milieu socio-économique ou culturel ou d'autres conditions locales. Face à ce problème, l'un des buts principaux de tout système efficace de droit et de justice pénale devrait être de recenser dans un délai raisonnable toutes les victimes concernées et de les informer de leur droit d'accès à la justice. (ONU, *Bonnes pratiques en matière de soutien aux victimes du terrorisme dans le cadre de la justice pénale*, 2015, paragraphe 119-120).

Voir aussi *Human Rights of Victims of Terrorism A Compilation of Selected International Sources, (en anglais), CIJ, 2019*.

5. Le législation antiterroriste en situation d'état d'urgence et de conflit arm

- a) **Lorsque des infractions contenues dans la Directive sont appliquées en situation d'état d'urgence et en vertu d'une dérogation aux dispositions des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, les juges doivent veiller à ce que le droit international des droits de l'homme, au-delà des termes stricts de la dérogation, soit bien appliqué. Les droits et les principes auxquels il ne peut être dérogé tels que le principe de légalité (nullum crimen sine lege), le droit de ne pas être soumis à la torture et à d'autres mauvais traitements, le droit à un procès équitable, et les garanties procédurales de détention de base doivent être respectés à tout moment. Les limitations que peuvent connaître d'autres droits ne doivent jamais aller au-delà de ce qui est strictement exigé par l'objectif d'urgence, et toute limitation doit être interprétée de manière restrictive. Aucun droit ne peut être suspendu dans sa totalité.**
- b) **En situation de conflit armé, le droit international humanitaire (DIH) s'applique, parallèlement au droit international des droits de l'homme, pour régir la conduite des parties au conflit. Les comportements associés à un conflit armé, conformément au DIH, ne doivent pas être poursuivis comme actes de « terrorisme ». Les actes assimilables à des crimes de guerre doivent être poursuivis en tant que tels.**

Commentaire :

a) En vertu du droit international des droits de l'homme, les dérogations à certaines obligations en matière de droits de l'homme ne sont autorisées qu'en cas d'état d'urgence officiellement proclamé, lorsque la guerre ou un autre danger public exceptionnel menace la vie de la nation (article 4 du PIDCP, article 15 de la CEDH). Toute dérogation de ce type doit être exceptionnelle et temporaire, doit être conforme au droit national et compatible avec les autres obligations du droit international, et doit être strictement nécessaire, proportionnée et limitée pour répondre à une menace spécifique à la vie de la nation. ([Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration](#), (en anglais), CJI, 2008, pp. 28-32). « [L]e simple fait qu'une dérogation admise à une disposition spécifique puisse être en soi exigée par les circonstances ne dispense pas de montrer également que les mesures spécifiques prises conformément à cette dérogation sont dictées par les nécessités de la situation. Dans la pratique, cela garantira qu'aucune disposition du Pacte (...) ne puisse être entièrement inapplicable au comportement d'un État partie. (...) » (CCPR, [Observation générale n°29](#), UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, para. 4).

Les dérogations ne doivent pas affecter les droits auxquels il ne peut être dérogé en vertu du droit conventionnel ou coutumier et des interdictions de jus cogens. Les droits indérogeables comprennent le droit à la vie ; le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; le droit de ne pas être soumis à l'esclavage ou à la servitude ; le droit de ne pas être soumis à une disparition forcée ; le droit de ne pas être emprisonné pour manquement à une obligation contractuelle ; le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique en tous lieux ; le droit de ne pas être condamné pour des actes qui, au moment où ils ont été commis, ne constituaient pas des infractions au regard du droit national ou international, ou, qui n'étaient pas prescrits par une loi clairement accessible ; et le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Certains droits et obligations qui ne sont pas expressément indérogeables en vertu de la CEDH et du PIDCP ont néanmoins été considérés comme des garanties essentielles applicables à tout moment : il s'agit notamment des garanties fondamentales du droit à un procès équitable, du droit de contester la légalité de sa détention et, plus généralement, de l'interdiction de la détention arbitraire, des garanties procédurales fondamentales telles que l'accès rapide à un avocat et à un tribunal en cas de détention, et du droit à un recours effectif (voir par exemple, [l'Observation générale n° 29](#) du Comité des droits de l'homme).

Il est essentiel, pour garantir la légitimité de la dérogation, qu'il y ait un contrôle judiciaire efficace de la justification de ces dispositions « d'urgence », ainsi que de la nature des droits auxquels il est dérogé. Il s'agit alors d'évaluer s'il existe « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État. » ([Lawless c. Irlande](#), CEDH, requête n° 332/57, arrêt du 14 novembre 1960 ; [A et autres c. Royaume-Uni](#), CEDH, requête n° 3455/05, arrêt du 19 février 2009). Là où le rôle judiciaire est souvent essentiel est lorsqu'il s'agit d'évaluer si des mesures particulières sont justifiées comme étant « strictement nécessaires et proportionnées » au regard de cette situation d'urgence, et si elles respectent bien le principe de non-discrimination. (voir [Legal Commentary to the ICJ Geneva Declaration](#), (en anglais), CIJ, 2011, Principe 4).

Les juges doivent veiller à ce que les droits indérogeables soient protégés à tout moment, y compris lorsque le droit pénal manque de clarté et de spécificité en ce qui concerne la protection contre la torture ou d'autres traitements inhumains ou dégradants, et la protection contre la détention arbitraire et les procès inéquitables.

b) Le droit international humanitaire (DIH) prévoit, parallèlement au droit international des droits de l'homme et au droit pénal international (DPI), des normes internationales acceptées régissant la conduite menée pendant, et en relation avec, un conflit armé. Les situations de terrorisme ne doivent pas être confondues avec les situations de conflit armé. Un conflit armé n'existe que lorsqu'il y a usage de la force entre États, ou, dans le cas d'un conflit non-international, une intensité suffisante des hostilités et un degré d'organisation des parties à ces hostilités (*Assessing Damage, Urging Action – Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, (en anglais) ICJ, 2009, pp. 53-56).

Comme l'ont clairement indiqué la résolution 2178 (2014) du Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU) et la plupart des autres résolutions du CSNU ainsi que les traités internationaux relatifs à la lutte antiterrorisme de ces dernières années, les États doivent interpréter leurs obligations en matière de lutte contre le terrorisme conformément au DIH. L'interprétation de la notion de terrorisme et les poursuites pour actes de terrorismes ne doivent donc pas compromettre le fonctionnement efficace du DIH. C'est ce que reflète notamment le considérant 37 de la Directive, qui stipule que celle-ci ne s'applique pas aux activités des forces armées en période de conflit armé, qui sont, elles, régies par le droit international humanitaire.

Comme l'ont souligné le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et d'autres acteurs, afin de préserver le bon fonctionnement du DIH, il est nécessaire de distinguer les actes illégaux de terrorisme de la participation à un conflit par des personnes respectant le DIH. Ce sont les violations de ce droit qui devraient être poursuivies, idéalement en tant que crimes de guerre (voir la section III.1 ci-dessous sur l'article 3 de la Directive). Comme l'a constaté un tribunal belge, « si les participants à un conflit armé combattent en sachant qu'ils feront de toute façon l'objet de poursuites en vertu du droit pénal commun ou de la législation sur le terrorisme, il n'y a aucune raison de respecter (au minimum) le droit international humanitaire » (Cour d'appel de Gand, décision de l'affaire 939/2019, 8 mars 2019, 26-27).

6. Les principes des droits de l'homme affectés par les infractions contenues dans la Directive

6.1 Le principe de légalité : Nullum Crimen Sine Lege

Le principe de légalité comprend de multiples éléments, exposés ci-dessous, qui ont la possibilité d'être affaiblis lors de la mise en œuvre des infractions contenues dans la Directive. Il exige la non-rétroactivité (lex previa), la sécurité et la clarté juridiques (lex certa), ainsi que l'application et l'interprétation strictes du droit pénal (lex stricta). Ce principe se trouve reflété dans les systèmes nationaux et internationaux (par exemple à l'article 7(1) de la CEDH, article 11(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme, article 15 du PIDCP, articles 22 (nullum crimen sine lege) et 23 (nulla poena sine lege) du Statut de la CPI.) C'est donc un droit protégé par le droit international, et l'un des principes fondamentaux du droit pénal, dont dépend la légitimité des réponses de justice pénale.

Compte tenu de l'ampleur et du risque d'abus liés à certaines infractions terroristes, les juges ont un rôle crucial à jouer dans la protection contre l'application arbitraire du droit pénal. Ils doivent veiller à ce que celui-ci réponde aux exigences strictes de légalité contenues dans les principes fondamentaux de nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege (pas de crime ni de peine sans loi). Il est parfois possible de poursuivre une personne en l'absence d'un acte de terrorisme accompli, dans le cas par exemple d'une infraction non consommée, mais il faut veiller à ne pas franchir la ligne rouge qui consisterait à poursuivre les individus uniquement sur la base de ce qu'ils auraient pu penser faire, et non de ce qu'ils ont effectivement fait. Les juges doivent également se prémunir contre l'érosion de l'exigence d'intention (mens rea) relative au comportement constitutif de l'infraction (actus rea), élément essentiel de la culpabilité pénale. Ils doivent rejeter l'introduction de présomptions d'intention (par exemple, l'idée que voyager dans une certaine zone impliquerait l'intention de mener des activités terroristes), qui éroderait la présomption d'innocence et la charge de la preuve dans les affaires pénales.

6.1.1. Principe de non-rétroactivité

Les juges et les magistrats du parquet doivent veiller à ce que le principe de non-rétroactivité soit strictement respecté, de sorte que seuls les crimes clairement établis par la loi au moment de leur commission soient poursuivis.

Commentaire : Il est incontestable, aussi bien dans le droit pénal national qu'international, que les crimes doivent être clairement établis en droit au moment de leur commission. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies constatant que des violations découlaient de condamnations pour infractions terroristes en vertu d'une législation qui n'existait pas au moment des infractions alléguées, a noté qu'il n'était pas suffisant que la loi en vigueur à l'époque incrimine d'autres infractions pertinentes auxquelles des peines similaires s'appliquaient. (CDH des Nations unies, Communication No. 981/2001, UN Doc. CCPR/C/78/D/981/2001). La manière dont le droit préexistant est interprété et appliqué dans la pratique doit également être prévisible pour ne pas constituer, de fait, une application rétroactive de la loi. (*Jorgic c. Allemagne*, CEDH, requête n° 74613/01, arrêt du 12 octobre 2007, para. 109-113)

Les sanctions doivent également être prescrites dans la loi préexistante, comme le veut le principe connexe de *nulla poene sine lege*. Une peine plus lourde que celle en vigueur au moment de la commission de l'infraction ne peut être imposée. Les mesures visant à augmenter la sévérité des sanctions de manière rétroactive, en fonction des impératifs politiques du moment, par exemple à la suite d'un attentat terroriste, ne sont conformes ni à ce principe ni aux dispositions de la CEDH et au PIDCP. (Voir par exemple *Welch c. Royaume-Uni*, CEDH, requête n° 17440/90, arrêt du 9 février 1995).

6.1.2. Clarté, précision et prévisibilité

- a) **Les juges doivent s'assurer que l'infraction en question est suffisamment claire et certaine pour permettre à l'individu de déterminer avec un degré raisonnable de certitude comment elle pourrait l'affecter. Les lois ne doivent pas être rédigées de manière vague et trop générale, qui risquerait d'entraîner une application arbitraire. Les juges doivent chercher à garantir l'application cohérente, prévisible et équitable de la loi, sans discrimination fondée sur le statut, et à ce que la loi soit interprétée de manière restrictive (voir 6.1.4 ci-dessous).**
- b) **En rendant des jugements dans des affaires de lutte contre le terrorisme, les juges doivent viser à contribuer à la prévisibilité de l'application de ces infractions en expliquant les motifs de leurs décisions, en s'inspirant des normes des droits de l'homme et en développant la jurisprudence. Les jurisprudences des États membres de l'UE et d'autres juridictions, ainsi que de la CJUE, de la Cour européenne des droits de l'homme et des organes conventionnels de l'ONU, peuvent fournir des orientations utiles, persuasives et, parfois, obligatoires.**

Commentaire : Le principe de légalité exige que le comportement incriminé soit décrit dans un langage précis et sans ambiguïté qui définit précisément l'infraction punissable et la distingue clairement d'un comportement qui ne le serait pas ou serait passible de sanctions différentes. Ce principe exige que la loi soit « raisonnablement prévisible dans son application et ses conséquences » (ECOSOC des Nations unies, *Rapport de R. Goldman, Expert indépendant des Nations unies sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, UN Doc. E/CN.4/2005/103, 2005). Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a indiqué à maintes reprises, une infraction doit être suffisamment clairement définie par la loi pour que « l'individu puisse savoir à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité. » (*Kokkinakis c. Grèce*, CEDH, requête n° 14307/88, arrêt du 25 mai 1993, para. 52). L'ensemble des éléments essentiels constitutifs de l'infraction, y compris le comportement et l'intention individuels (voir ci-dessous), doivent donc être prévisibles et clairement définis par la loi. Un rapport récent de l'ONUDC indique que « tant le comportement de soutien (faciliter, préparer, financer, fournir un soutien matériel) que le comportement soutenu (l'acte violent) doivent être définis d'une manière qui respecte le principe de légalité. » (ONUDC, *Manuel sur les dimensions de genre dans les ripostes pénales au terrorisme*, 2019).

Dans certains cas, les juges ne seront pas en mesure de compenser les lacunes de la loi sans s'engager eux-mêmes dans un processus législatif de nature imprévisible (*Jorgic c. Allemagne*, para. 109-113). Comme l'a fait remarquer la Cour européenne des droits de l'homme : « Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. » (*Scopolla c. Italie (n° 2)*, CEDH, requête n° 10249/03, arrêt du 17 septembre 2009, para. 100). Un raisonnement judiciaire clair qui prend en compte et respecte le droit des droits de l'homme jouera un rôle important dans la protection de ce principe de légalité.

Les limitations de l'accès du public aux décisions judiciaires, y compris dans les affaires de lutte contre le terrorisme dans certains pays européens, soulèvent des problèmes de sécurité juridique et des conflits avec le droit d'accès à l'information sur des questions d'intérêt public concernant la sécurité et les droits de l'homme. En Belgique, par exemple, aucune des décisions judiciaires en matière de lutte contre le terrorisme n'est accessible au public.

6.1.3 Interprétation stricte du droit pénal en faveur de l'accusé

La loi doit être strictement appliquée et interprétée de manière restrictive. Le moindre doute concernant la portée des crimes doit être résolu en faveur de l'accusé. Les juges doivent interpréter la portée de l'infraction de manière restrictive, conformément au cadre juridique des droits de l'homme et aux principes du droit pénal.

Commentaire : Le droit pénal n'est destiné à être utilisé qu'à titre exceptionnel ; c'est un outil de poids à utiliser en dernier recours (ultimo ratio). Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a souvent précisé, la loi doit être interprétée et appliquée « de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires » (voir *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, CEDH, requête n° 34044/96, arrêt du 22 mars 2001, para. 50). De ce principe découle deux éléments importants : le droit pénal doit être strictement appliqué et interprété de manière restrictive (lex stricta), et toute ambiguïté doit être résolue en faveur de l'accusé. Il ne doit donc pas être interprété de manière extensive au détriment de l'accusé, par le biais d'analogies par exemple (*Statut de Rome de la CPI*, article 22(b) ; Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal*, (2010/2310(INI))). Cela résulte du fait que seule la loi peut définir un crime et prescrire une peine.

Le « principe de modération » et de l'application du droit pénal en dernier ressort (ultima ratio) signifient que les procureurs et les juges doivent faire preuve de prudence dans le recours au droit pénal. Ceci est mis en avant, notamment, dans l'approche de l'UE en matière de droit pénal (Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal*, (2010/2310(INI))).

6.1.4 La responsabilité pénale doit être individuelle, basée sur le comportement et l'intention

Les juges doivent veiller à ce qu'il n'y ait de poursuites pénales que lorsque le comportement et l'intention coupable de l'individu ne l'imposent, conformément aux principes fondamentaux du droit pénal. Si, en règle générale, cette responsabilité est déterminée par la contribution intentionnelle, ou relevant de la négligence, de l'individu au préjudice causé, elle peut, de manière exceptionnelle, également couvrir les contributions au risque prévisible d'un tel préjudice. Toutefois, le droit pénal ne devrait pas punir les dangers abstraits ou lorsqu'il n'y a pas de lien immédiat entre l'accusé et le préjudice final.

Commentaire : La Directive s'inscrit dans une tendance croissante de la lutte antiterroriste qui donne au droit pénal un rôle de plus en plus « préventif ». Le droit pénal peut jouer un rôle crucial dans la lutte contre les comportements qui contribuent de diverses manières au terrorisme. Cependant, l'élargissement de la portée des infractions terroristes pose de défis importants, notamment en ce qui concerne les principes fondamentaux du droit pénal régissant leurs éléments essentiels, tant mentaux que matériels, le principe de responsabilité individuelle ainsi que la justification du recours au droit pénal.

L'intention et la négligence constituent le fondement de la culpabilité morale et de la responsabilité juridique de l'individu pour les infractions liées au terrorisme (l'approche de l'UE en matière de droit pénal reconnaît l'« intention » comme la règle générale et la « négligence grave » comme une exception ; celle-ci peut se produire lorsqu'un devoir spécial de diligence reconnu en droit a été enfreint). Le rôle essentiel de l'intention criminelle et du « principe de culpabilité individuelle (*nulla poena sine culpa*) » doit être protégé lors de l'interprétation et de l'application de toutes les infractions prévues par la Directive. C'est une fois qu'un individu est passé de l'intention à l'action et s'est livré à un « acte extérieur », que l'intervention du droit pénal peut être justifiée.

En général, cela se produit lorsqu'un préjudice est causé à une valeur protégée (le « principe du préjudice » en droit pénal). Le droit pénal peut également sanctionner, de manière exceptionnelle, les crimes non accomplis, avant que le préjudice ne survienne ou que le crime n'ait eu lieu, au motif que le comportement en question, commis avec une intention criminelle, présente un risque important de préjudice. La Directive reflète explicitement l'exigence selon laquelle un « danger » doit découler du comportement de l'accusé pour remplir la dimension objective d'une infraction de terrorisme (voir la section III.3 Provocation). Les actes préparatoires, qui peuvent inclure la planification ou la conspiration en vue de commettre une infraction terroriste ou d'y contribuer, peuvent également faire l'objet de poursuites si les éléments pertinents sont réunis. Il est toutefois essentiel que la loi ne poursuive pas un danger abstrait. Elle ne peut pas punir les pensées, quelle que soit la perception qu'a la société du danger que représentent les idées d'un individu, tant qu'elles ne sont pas converties en actes concrets.

Dans la pratique, cependant, un certain nombre d'infractions de terrorisme définies en droit national suscitent des inquiétudes car elles ne sont fondées que sur le comportement de l'individu, sans preuve que ce comportement ait eu un effet quelconque ou même créé un danger prévisible de préjudice. Elles passent ainsi outre l'intention de contribuer à des actes de terrorisme. Ainsi, la loi française de 2016 qui incriminait le fait de consulter « habituellement » un site Internet contenant des messages, des images ou des représentations considérés comme « incitant » ou « glorifiant » le terrorisme (loi n° 2016-731 du 4 juin 2016 modifiant l'article 421-2-5-2 du code pénal) a été abrogée par la Cour constitutionnelle en février 2017. La Cour a estimé que le simple fait d'accéder à ces sites ne constituait pas une contribution prévisible à une infraction terroriste (Décision n° 2016-611 CPPQ du 10 février 2017) : « *les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services* ». La Cour a noté que « *ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation...* ».

Étant donné que toute sanction doit correspondre à la culpabilité de l'individu, c'est la contribution de l'individu à ce préjudice ou à ce risque, telle que mesurée par son comportement et son intention, qui doit être punie. Bien que le préjudice final puisse parfois être causé par un tiers, « une intervention pénale peut se justifier si la participation indirecte d'un individu à l'acte répréhensible est suffisante, ou tout du moins si l'individu a délibérément créé un risque qu'un tel acte se produise » (Gestion des risques et menaces liés aux « combattants terroristes étrangers » : orientations sur une approche conforme aux droits de l'homme, OSCE (ODIHR), 2018). Un des principes fondamentaux du droit pénal et des droits de l'homme est que « nul ne peut être tenu pénalement responsable pour des actes ou des transactions dans lesquels il n'a pas été personnellement impliqué ou auxquels il n'a pas participé de toute autre manière ». (Affaire *Le Procureur c. Tadic*, Arrêt de la Chambre d'appel du 15 juillet 1999, TPIY, n° IT-94-1-A, para. 186). Lorsqu'il n'y a pas de lien direct significatif entre l'individu et le préjudice ou le risque causé - dans ce contexte d'actes de violence terroriste - le principe de « remoteness », ou principe de causalité, peut amener à devoir exclure les poursuites pénales.

6.2. Restriction des libertés de circulation, d'expression, d'association, de réunion, des droits à la vie privée, à la vie familiale, et à la participation politique : but légitime, nécessité et proportionnalité

Les lois de mise en œuvre de la Directive peuvent, à première vue ou dans la manière dont elles sont mises en œuvre, servir à restreindre certains droits de l'homme et libertés fondamentales, tels que la liberté de circulation, de réunion, d'association, d'expression, le droit à la participation politique, à la vie privée ou à la vie familiale. Les clauses limitatives de la CEDH et du PIDCP autorisent certaines restrictions, mais uniquement dans la mesure où le cadre juridique est strictement appliqué afin de ne pas « porter atteinte à l'essence de l'un de ces droits ». Pour ce faire, les législateurs, mais aussi les procureurs et les juges, doivent examiner (a) si l'infraction – telle qu'elle est interprétée et exprimée dans les documents d'accusation – est clairement prescrite par la loi ; (b) si les poursuites servent réellement un objectif légitime (comme la sécurité nationale dans le cas de la plupart des mesures antiterroristes) ; (c) si la poursuite de l'individu peut être justifiée comme étant appropriée, nécessaire et proportionnée à cet objectif dans toutes les circonstances du cas particulier ; et (d) si l'infraction et toutes poursuites qui y sont liées sont de nature discriminatoires ou si ces dernières sont menées avec une intention ou un effet discriminatoire (voir ci-dessous). Les magistrats du parquet devraient évaluer si le recours à des poursuites pour une infraction qui porte le stigmate particulier du terrorisme est justifié ou s'il est possible d'atteindre cet objectif légitime en engageant des poursuites pour une autre infraction, ou en adoptant d'autres mesures « moins intrusives » pour les droits d'individu que des poursuites pénales.

Commentaire : Les infractions contenues dans la Directive, y compris les infractions de terrorisme (par exemple, les infractions liées aux voyages, à l'incitation ou la « provocation », la participation à des groupes interdits, le recrutement, le financement, le soutien ou la facilitation, etc) peuvent porter atteinte aux droits de l'homme, tels que la liberté d'expression, de réunion, d'association, de circulation, le droit à la vie privée et le droit à la participation politique, de nombreuses manières.

Dans certaines circonstances, les restrictions de ces droits ou de certains autres droits (droits à la vie privée (art. 17 PIDCP, art. 8 CEDH, art. 7 Charte de l'UE), à la manifestation de sa religion (art. 18(3) PIDCP, art. 9.2 CEDH, art. 10 Charte de l'UE), liberté d'expression (art. 19 PIDCP, art. 10 CEDH, art. 11 Charte de l'UE), ou de réunion (art. 21 PIDCP, art. 11 CEDH, art. 12 Charte de l'UE) et d'association (art.

22, art. 11 CEDH, art. 12 Charte de l'UE)) peuvent être légales et appropriées, voire exigées, en vertu du droit international des droits de l'homme. Néanmoins, toute restriction de ces droits doit être clairement prescrite par la loi, être nécessaire et proportionnée et être assortie de garanties. Le droit pénal, de par sa nature, interfère avec la jouissance des droits de l'homme et doit donc prescrire clairement les circonstances exceptionnelles dans lesquelles, par exemple, des propos ou des associations peuvent faire l'objet de poursuites. L'ampleur de l'interférence doit être justifiée comme étant nécessaire (dernier recours). Le recours au droit pénal, ainsi que la sanction spécifique utilisée, doivent constituer une réponse proportionnée aux actes en question, et être non discriminatoires dans leur intention et leur effet.

Le cadre et l'interprétation larges des infractions dites « préventives » dans le contexte de la lutte contre le terrorisme ne répondent pas toujours à ces critères. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a ainsi estimé que les définitions trop larges des infractions terroristes en droit français ne répondaient pas aux exigences d'une prescription claire en droit. (CDH des Nations unies, [Observations finales : France](#), 2015, UN Doc. CCPR/C/FRA/5, para. 10)

En statuant sur les affaires de lutte contre le terrorisme, et afin d'éviter toute atteinte arbitraire ou disproportionnée aux droits de l'homme, il convient d'accorder une attention particulière aux questions de proximité/causalité avec un acte criminel violent de terrorisme et, dans les cas d'infractions accessoires ou préparatoires, à la question de savoir si, et de quelle manière, l'infraction est liée à ces actes violents ou peut les provoquer ou y contribuer. Pour interpréter et appliquer l'intention nécessaire, il convient de se demander si l'accusé avait l'intention de causer ou de contribuer à causer un préjudice par un acte terroriste violent, ou de créer un risque prévisible d'un tel préjudice. Les juges devraient clarifier dans la mesure du possible la nature de l'intention requise pour la commission de l'infraction et la manière dont elle est établie dans l'affaire particulière dont ils sont saisis.

6.3 Non-discrimination

Les juges doivent veiller à ce que les infractions de terrorisme, ainsi que les enquêtes et les poursuites qui s'y rapportent, ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires. Ils doivent également chercher à garantir le principe d'égalité devant la loi. Des garanties contre la discrimination doivent être mises en place à tous les stades de la procédure pénale. Les juges et les magistrats du parquet doivent être attentifs à la possibilité de préjugés conscients ou inconscients à tous les stades de l'enquête, des poursuites et des procès, et doivent examiner les procédures suivies et les décisions prises à la recherche d'éventuelles discriminations injustifiées. Les motifs de discrimination interdits par la loi comprennent la race, la couleur, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, l'âge, le sexe, la religion, la langue, les opinions politiques ou autres, la citoyenneté, la nationalité ou le statut migratoire, l'origine nationale, sociale ou ethnique, l'ascendance, l'état de santé, le handicap, la propriété, le statut socio-économique, la naissance ou autre statut, ainsi que toute intersection de ces motifs.

Commentaire : Les motifs de discrimination interdits par le droit international des droits de l'homme sont inscrits à l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), les articles 2(1) et 26 du PIDCP (qui garantit notamment l'égalité devant la loi et l'égale protection de la loi) tels qu'interprétés et appliqués par le Comité des droits de l'homme, l'article 14 de la CEDH et l'article 1 du Protocole 12 à la CEDH ; la Charte sociale européenne révisée (article E), l'article 20 (égalité devant la loi) et l'article 21 de la Charte de l'UE ; l'article 14 de la [Convention sur la répression d'actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale 2010](#), la [Convention de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif](#) et la [Convention de 1999 pour la répression du financement du terrorisme](#)).

Il convient de souligner que l'article 21 de la Charte de l'UE et l'article 26 du PIDCP sont des dispositions autonomes de non-discrimination, ce qui signifie qu'elles s'appliquent à toutes les lois et à tous les actes des États et ne se limitent pas à un domaine spécifique de protection, au droit international ou au droit national. Par conséquent, toutes les lois antiterroristes relèveront nécessairement de leur champ de protection.

La discrimination peut être directe ou indirecte, intentionnelle ou involontaire - elle peut se produire lors de l'enquête, de la collecte, de l'utilisation ou de l'évaluation des preuves, pendant le procès et/ou la condamnation. Comme l'a fait remarquer l'ancien Rapporteur Spécial des Nations unies sur la lutte anti-terrorisme et les droits de l'homme, les pratiques d'enquête discriminatoires sont illégales, mais aussi inefficaces ; il est essentiel que les individus ne soient pas traités comme des suspects terroristes sur la seule base de leur appartenance ethnique, de leur religion ou de toute autre identité réelle ou perçue ([Assessing Damage, Urging Action - Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights](#), (en anglais), CJI, 2009, p.165). Bien que le terrorisme ne soit « lié à aucune religion », l'impact

disproportionné de nombreuses poursuites pour terrorisme sur les membres de la population musulmane en Europe est bien documenté (voir par exemple [Des mesures disproportionnées : l'ampleur grandissante des politiques sécuritaires dans les pays de l'EU est dangereuse](#), Amnesty International, 2017). Cette discrimination peut prendre des formes variées, mais elle inclut, par exemple, le fait de considérer des preuves de pratique ou de croyance religieuse comme indicateurs d'une intention terroriste.

Les distinctions fondées sur la nationalité ont également suscité de graves préoccupations dans le contexte de la lutte anti-terroriste menée par plusieurs États ces dernières années. Les juges ont joué un rôle important dans l'identification de diverses formes de discrimination à l'encontre des étrangers et des migrants, y compris les réfugiés, reconnaissant notamment qu'il n'existe aucune « justification objective », appuyée par des preuves, pour les distinctions fondées sur la nationalité ([A & Autres c. Royaume Uni](#)).

La nécessité « *d'examiner comment les expériences et les pratiques liées au genre peuvent informer et façonner la réponse de la justice pénale au terrorisme est également de plus en plus mise en avant* » (ONUDC, [Handbook on Gender Dimensions of Criminal Justice Responses to Terrorism](#), (en anglais), 2019, (ci-après dénommé « Rapport UNONUDC 2019 »)). Ceci commence par un examen de la nature et de la portée des crimes poursuivis ainsi que des moyens de défense disponibles, des enquêtes, des garanties de procès équitables, des sanctions et des mesures d'atténuation. Il est essentiel d'éviter les stéréotypes sexistes, notamment les hypothèses qui voudrait réduire les femmes au rôle de « victimes », une caractéristique majeure des erreurs qui ont pu être observées en termes de politique et de poursuites judiciaires dans de nombreux États ces dernières années. ([Gestion des risques et menaces liés aux « combattants terroristes étrangers » : orientations sur une approche conforme aux droits de l'homme](#), OSCE (ODIHR), 2018 ; Rapport ONUDC 2019). Le fait de refuser aux femmes la possibilité de s'exprimer et de présumer de leur rôle, ou de celui des hommes, en ne se basant que sur leur genre, peut aussi constituer une discrimination illégale. Il est important d'éviter la discrimination indirecte liée à l'impact disproportionné de certains crimes sur les femmes, tels que le financement et le soutien des membres de la famille, ou le fait d'héberger ou de ne pas signaler un comportement criminel lié aux infractions contenues dans la Directive. (Rapport ONUDC 2019).

Pour décider quand poursuivre un individu, femme ou homme, il faut tenir compte de la complexité des rôles individuels de chacun. Le rapport de l'ONUDC de 2019 sur les dimensions du genre dans les réponses au terrorisme et le rapport des Nations unies de 2017 sur le chemin vers l'extrémisme en Afrique citent comme exemple « le pourcentage disproportionné de femmes qui sont contraintes de rejoindre des organisations terroristes ou extrémistes, notamment Boko Haram, Al-Shabaab et l'État islamique en Irak et au Levant ». (PNUD, [Sur les chemins de l'extrémisme en Afrique : moteurs, dynamiques et éléments déclencheurs](#), 2017, p. 495). Il faut notamment éviter de poursuivre les femmes victimes de la traite car les normes internationales reconnaissent le « principe de non-sanction des victimes de la traite » (Rapport 2019 de l'ONUDC).

En pratique, dans toute l'Europe et au-delà, des préoccupations se font jour concernant le principe d'égalité dans de nombreux aspects du processus de justice pénale. Le profilage a, par exemple, été défini comme « *l'association systématique d'un ensemble de caractéristiques physiques, comportementales ou psychologiques à un certain type d'infraction, et l'utilisation de ces caractéristiques pour justifier les décisions prises par les services de police* » ([Rapport du rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), 2007, UNDOC A/HRC/4/26, para. 33)

Le profilage fondé uniquement sur les caractéristiques immuables de l'individu, telles que l'origine ethnique, et non sur le comportement individuel et la suspicion de criminalité, est illégal. Dans son rapport sur le sujet, le Rapporteur Spécial des Nations unies sur la lutte antiterroriste et les droits de l'homme décrit l'impact négatif du profilage. Selon lui, « cette stigmatisation peut provoquer un sentiment de marginalisation dans les groupes de population visés ».

Le [Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), (paragraphe 57-58) indique également que « la victimisation et la marginalisation de certains groupes ethniques ou religieux peut susciter une profonde méfiance à l'égard de la police et entraver notablement le travail des forces de l'ordre [...] Le manque de confiance entre la police et les communautés peut être particulièrement néfaste dans la lutte antiterroriste. De manière générale, la collecte de renseignements est une condition essentielle de la réussite des actions de prévention menées par les forces de l'ordre. [...] Pour atteindre leurs objectifs, les stratégies d'application des lois antiterroristes devraient donc s'attacher à renforcer la confiance entre la police et les communautés. »

Si la religion n'est généralement pas mentionnée explicitement dans les affaires de lutte contre le terrorisme, les participants aux tables rondes organisées par le CIJ, ont suggéré que, dans la pratique, la

religion est très souvent et très fortement prise en considération. Il a été suggéré, par exemple, que dans certains États membres, les juges tiennent parfois compte de la manière dont les individus pratiquent leur religion dans leur raisonnement. Les faits matériels dans le cas en question, couplés avec la manière dont l'accusé pratique sa religion, peuvent alors être utilisés à mauvais escient pour établir une « intention » de participer au terrorisme ou de contribuer à des infractions terroristes. Les juges et les procureurs s'appuient parfois sur des signaux qui indiqueraient une « pratique de l'islam radical ».

Dans ces cas-là, il existe un potentiel considérable de discrimination, qu'il convient de reconnaître et d'adresser. Il a été mentionné par certains participants à ce projet que lorsque les juges examinent une affaire, certains types de preuves qui n'ont rien à voir avec la culpabilité sont parfois cités comme éléments déterminants. Par exemple la longueur d'une barbe, le port du hijab ou d'un pantalon plus court peuvent être considérés comme une composante du profil criminel de l'individu. Les juges ne seront peut-être même pas au courant de tous les différents éléments additionnels qui ont pu apparaître au cours du procès, mais ceux-ci peuvent influencer la décision finale de manière discriminatoire.

III. Infractions contenues dans la Directive

1. Infractions terroristes

Directive UE 2017/541

Article 3 Infractions terroristes

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soient érigés en infractions terroristes les actes intentionnels suivants, tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsqu'ils sont commis dans l'un des buts énumérés au paragraphe 2 : a) les atteintes à la vie d'une personne, pouvant entraîner la mort; b) les atteintes à l'intégrité physique d'une personne; c) l'enlèvement ou la prise d'otage; d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée, susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables; e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises; f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'explosifs ou d'armes, y compris d'armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires, ainsi que la recherche et le développement pour ce qui est des armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires; g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines; h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines; i) l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système, telle qu'elle est visée à l'article 4 de la directive 2013/40/UE (...) et l'atteinte illégale à l'intégrité des données, telle qu'elle est visée à l'article 5 de ladite directive, dans les cas où l'article 9, paragraphe 4, point c), de ladite directive s'applique; j) la menace de commettre l'un des actes énumérés aux points a) à i).
2. Les buts visés au paragraphe 1 sont les suivants : a) gravement intimider une population ; b) contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ; c) gravement déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou d'une organisation internationale.

Conseils

Les mesures d'enquête, les poursuites ou les condamnations pour crimes de terrorisme relevant de l'article 3 sont susceptibles d'avoir de graves répercussions sur les droits garantis par le droit international des droits de l'homme ainsi que par la Charte des droits fondamentaux de l'UE. On pense notamment, selon les circonstances de l'affaire, au droit au respect de la vie privée (article 8 CEDH, article 17 PIDCP, article 7 Charte de l'UE), à la liberté d'association (article 11 CEDH, article 22 PIDCP, Article 12 de la Charte de l'UE), la liberté de réunion (article 11 de la CEDH, article 21 du PIDCP, article 12 de la Charte de l'UE), la liberté d'expression (article 10 de la CEDH, article 19 du PIDCP, article 11 de la Charte de l'UE), la liberté de religion ou de conviction (article 9 de la CEDH, article 18 du PIDCP, article 10 de la Charte de l'UE), le droit à la participation politique (article 25 du PIDCP) et le droit à la liberté (article 5 de la CEDH, article 9 du PIDCP, article 6 de la Charte de l'UE). Les juges et les procureurs saisis de ces affaires devront donc examiner dans

quelle mesure la restriction de ces droits est suffisamment claire et prévisible pour être prescrite par la loi ; dans quelle mesure elle poursuit véritablement un objectif légitime tel que la protection de la sécurité nationale ; si elle est nécessaire et proportionnée à cet objectif et n'est pas discriminatoire (article 14 CEDH, article 2.1 PIDCP, article 21 de la Charte de l'UE ; CERD). Ce faisant, il convient également de tenir compte de la gravité et de la stigmatisation particulières liées aux infractions de terrorisme, par opposition aux infractions pénales ordinaires qui pourraient également être applicables.

Les infractions de droit national en matière de terrorisme ne devraient pas avoir une portée indûment large, et ne devraient pas criminaliser des activités légitimes telles que la protestation politique, l'expression artistique ou la défense des droits de l'homme. Les juges et les procureurs devraient appliquer ces infractions de manière restrictive, et devraient examiner, dans chaque cas individuel, si l'individu concerné aurait pu raisonnablement prévoir que son comportement tomberait sous le champ d'application de l'infraction, comme l'exige le principe de prescription. L'exigence d' « intention » en droit national doit être interprétée comme exigeant une intention spécifique de commettre l'acte incriminé dans un but terroriste.

Lorsque le comportement en question peut soulever des questions d'intérêt public, notamment lorsqu'il relève de l'expression politique, artistique ou de la défense du droit d'autrui, les juges et les procureurs doivent examiner de très près la nécessité et la proportionnalité de l'enquête, des poursuites ou de la condamnation, compte tenu du droit à la liberté de réunion, d'expression, du droit de participation à la vie politique (article 25 du PIDCP) et du droit de défendre les droits de l'homme (Déclaration des Nations unies sur les défenseurs des droits de l'homme).

Les juges et les procureurs devraient examiner la nature potentiellement discriminatoire des enquêtes et des poursuites pour les infractions relevant du champ d'application de l'article 3, en particulier dans les contextes où les lois antiterroristes sont appliquées de manière disproportionnée à l'encontre de groupes religieux, ethniques ou raciaux particuliers, notamment des minorités. Il convient d'éviter de s'appuyer sur des preuves potentiellement discriminatoires (par exemple en ce qui concerne la tenue vestimentaire ou la pratique religieuse).

Personne ne devrait être condamné pour un crime de terrorisme du seul fait de sa participation à un conflit armé auquel s'applique le droit international humanitaire, ou pour des actes commis dans la conduite d'un conflit armé (considérant 37 de la directive). Ceci ne porte pas préjudice à la possibilité de poursuivre un comportement « terroriste » qui pourrait, dans d'autres circonstances, être qualifié de crime de guerre, lorsqu'il a lieu pendant un conflit armé.

Commentaire

La définition de l'infraction terroriste visée à l'article 3 de la Directive est large, avec un champ d'application incertain à plusieurs égards, notamment en ce qui concerne **l'étendue du préjudice couvert, la nature du but terroriste et la nature de l'intention requise** pour commettre l'infraction. Le respect des principes du droit international des droits de l'homme en matière de légalité, de prescription par la loi, de nécessité et de proportionnalité exige à la fois des précisions supplémentaires dans la législation nationale et une interprétation judiciaire claire et restrictive.

Il n'existe pas de définition convenue du terrorisme en droit international. Les tentatives faites de longue date au niveau des Nations unies (ONU) pour adopter une définition dans le cadre du projet de Convention Générale Sur Le Terrorisme International n'ont pas porté leurs fruits. Les Rapporteurs Spéciaux successifs des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme ont exprimé leur inquiétude face aux efforts visant à renforcer les approches préventives en matière de droit pénal appliqué au terrorisme, en l'absence d'une compréhension commune de ce que le terme « terrorisme » recouvre.

Ainsi, selon l'ancien Rapporteur Spécial des Nations unies sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme, Martin Scheinen : « *L'absence de définition universelle, complète et précise du « terrorisme » pose un problème pour la protection effective des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste. (...) Il est essentiel en attendant de veiller à ce que le terme « terrorisme » ne soit employé que pour désigner des actes véritablement terroristes.* » ([Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), voir également Section I ci-dessus)

Plus récemment, en 2019, l'actuelle Rapporteuse spéciale des Nations unies sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme a réitéré ces préoccupations et souligné l'impact de définitions trop larges sur la société civile :

« La mise en œuvre, par les États, du cadre de lutte antiterroriste du Conseil de sécurité se caractérise par l'apparition à l'échelle mondiale de définitions trop générales et vagues du terrorisme. Ces définitions peuvent donner lieu à des violations involontaires des droits de l'homme et ont été délibérément utilisées de manière abusive et ciblée contre un grand nombre de groupes, de personnes et d'activités, notamment des acteurs de la société civile, des défenseurs des droits de l'homme, des journalistes, des représentants de groupes minoritaires, des militants syndicaux, des représentants de peuples autochtones et des membres de l'opposition politique. » ([Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#))

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a régulièrement estimé que des définitions trop larges des infractions terroristes en droit interne étaient contraires à l'exigence de légalité, notamment à l'égard de la France (Comité des droits de l'homme des Nations unies, [Observations finales : France](#)) et de la Belgique (Comité des droits de l'homme des Nations unies, [Observations finales : Belgique](#) (2004), UN DOC CCPR CO/81/BEL.).

Bien que les législations nationales de nombreux États membres de l'UE aient introduit des infractions principales de terrorisme avant même l'adoption de la Directive, un grand nombre de ces dispositions sont formulées de manière similaire à l'article 3 (Belgique, article 137 du code pénal ; Pays-Bas, article 83.a du code pénal). Les avocats, juges et procureurs consultés dans six États membres pris en compte dans la préparation de ce Guide (Italie, Espagne, Belgique, Pays-Bas, Allemagne, France), ont exprimé leur inquiétude quant à la portée et au manque de sécurité juridique des définitions nationales du terrorisme. Cette inquiétude a même été exprimée dans des situations où les définitions en droit national sont, de fait, plus restrictives que celle de l'article 3.

Certains États membres ont des définitions du terme « infraction terroriste » qui sont parfois plus larges que l'article 3 et qui pourraient devoir être interprétées de manière plus restrictive à la lumière de la Directive. Par exemple, la définition italienne (article 270sexies du code pénal italien) d'une « infraction terroriste » est conforme à celle de la Directive dans la mesure où elle fournit une liste d'infractions considérées comme terroristes lorsqu'elles sont commises dans un but terroriste. L'intention requise est toutefois un peu moins spécifique que celle prévue par la Directive et n'exige que l'intention de « *troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». En Espagne, les buts terroristes spécifiés à l'article 573 du code pénal comprennent le fait de « troubler gravement la paix publique » et d'« inspirer la peur aux citoyens », buts que l'on ne retrouve pas dans l'article 3 et qui sont susceptibles de faire l'objet d'une interprétation très large.

L'Allemagne, en revanche, ne dispose pas d'une infraction spécifique de terrorisme équivalente à l'article 3, mais la disposition relative à la participation aux activités d'un groupe terroriste couverte par l'article 129a (2) du StGB (code pénal) couvre le contenu de la définition de l'article 3 de la Directive. Toutefois, l'article 129a (2) du StGB exige un niveau d'intention plus élevé, à savoir l'intention d'intimider gravement une population ou de contraindre indûment un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou de déstabiliser ou détruire gravement les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou d'une organisation internationale.

L'article 270sexies du code pénal italien définit les objectifs de chaque infraction terroriste de la même manière que le prévoit le paragraphe 2 de l'article 3 de la Directive 2017/541 : « intimider une population, contraindre les autorités publiques ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutives, économiques et sociales d'un pays ou d'une organisation internationale ». À ces fins, la loi italienne ajoute, en guise de clause finale, « les autres comportements définis comme terroristes ou commis dans le but de commettre des actes de terrorisme par des conventions ou d'autres règles de droit international créant des obligations pour l'Italie ». Ces dispositions permettent de guider et de limiter la mise en œuvre de la législation antiterroriste par les juges et les procureurs italiens. Les infractions pénales soutenues par un élément intentionnel différent sont traitées comme des infractions non terroristes. Cela se produit même lorsque l'intention de soutien peut être considérée comme une intention « politique ». De nombreux crimes à motivation politique sont donc traités comme des infractions non terroristes, selon les règles et les procédures de droit commun ordinaires.

2. La direction d'un groupe terroriste

Directive UE 2017/541
Article 2.3 **Définition**

Aux fins de la présente directive, on entend par :

« groupe terroriste » : l'association structurée de plus de deux personnes, établie pour un certain temps et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes;

les termes « association structurée » désignent une association qui ne s'est pas constituée par hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée.

Article 4 **Infractions liées à un groupe terroriste**

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les actes suivants, lorsqu'ils sont commis de manière intentionnelle, soient punissables en tant qu'infractions pénales :

- a) la direction d'un groupe terroriste ;
- b) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe terroriste.

Conseils

En interprétant et en appliquant des infractions de droit national relatives à la direction d'un groupe terroriste ou à la participation à un tel groupe, les juges devraient s'efforcer de vérifier si la désignation du groupe concerné comme « groupe terroriste » est clairement établie en droit, selon des critères définis et accessibles au public, et par des procédures équitables suffisant à garantir la prévisibilité de sanctions pénales pour la direction ou la participation à ce groupe. Il est essentiel, lors de l'examen de la culpabilité individuelle, que les juges disposent d'informations leur permettant de déterminer si le groupe a été désigné comme terroriste de manière adéquate, et d'établir que la relation de l'individu avec le groupe en question.

La jurisprudence nationale devrait, dans la mesure du possible, et conformément aux obligations juridiques internationales et aux principes de l'État de droit, chercher à préciser la portée des notions de « groupe terroriste » et de « groupe structuré » telles qu'elles s'appliquent en droit national. Elle devrait également chercher à clarifier la signification de ce qui constitue la « participation » à un groupe terroriste, au-delà de la liste non exhaustive indiquée dans la Directive, afin de garantir la sécurité juridique et d'éviter une application excessive, arbitraire ou discriminatoire de l'infraction. En particulier, pour entrer dans le champ d'application de l'infraction, la participation doit être volontaire et avoir lieu en sachant que l'action est raisonnablement susceptible de contribuer effectivement à la commission d'une infraction terroriste principale.

Lorsque l'intention nécessaire pour fonder l'infraction n'est pas clairement définie dans la législation, elle doit être clarifiée par la jurisprudence. L'intention doit être limitée à l'intention spécifique de soutenir le groupe dans la perpétration d'actes de terrorisme, ou au fait d'ignorer délibérément que des actes de terrorisme sont susceptibles de résulter directement de ce soutien.

Les contributions fortuites ou involontaires à un groupe terroriste suite au soutien direct à un comportement non terroriste, tel que la préparation de repas, la fourniture de services ou de biens qui ne sont pas directement liés à des actes violents ou terroristes, et le simple fait d'avoir des liens avec certains individus, ne doivent pas être considérés en soi comme une participation s'il n'y a pas d'intention subjective de contribuer à un crime de terrorisme ou d'ignorance délibérée que de tels actes sont susceptibles de résulter directement de ce soutien.

Afin d'éviter que l'infraction ne soit appliquée d'une façon qui porte atteinte de manière disproportionnée aux droits de l'homme, le terme « contribution » devrait être interprété de manière restrictive, en se limitant aux contributions qui ont un effet réel sur la perpétration d'une infraction principale de terrorisme et qui ont un vrai lien de proximité/causalité avec elle.

Lorsqu'ils ouvrent une enquête ou engagent des poursuites pour direction ou participation à un groupe terroriste, les magistrats du parquet doivent examiner, sur la base des faits de l'affaire, les possibilités d'interférence avec la liberté d'association, la liberté de réunion, la liberté d'expression, le droit à la vie privée et au respect de la vie privée et familiale, la liberté de religion ou de croyance, le droit à la participation à la vie politique et le droit à la liberté.

La fourniture d'une assistance impartiale (y compris une assistance humanitaire), telle que de la nourriture ou des fournitures médicales, ne doit pas, en l'absence d'une intention spécifique de soutenir des activités terroristes, être interprétée comme relevant du champ d'application de l'infraction de participation à un groupe terroriste (considérant 38 de la Directive).

Commentaire

Le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (article 2.2) exige des Etats parties qu'ils érigent en infraction pénale « le fait de participer à une association ou à un groupe à des fins de terrorisme ... lorsqu'il est commis illégalement et intentionnellement ». L'article 2.1 définit la participation comme « le fait de participer aux activités d'une association ou d'un groupe afin de commettre ou de contribuer à la commission d'une ou de plusieurs infractions terroristes par l'association ou le groupe ». Le Protocole stipule donc qu'il ne suffit pas seulement de soutenir les activités du groupe mais qu'il doit y avoir une intention spécifique de contribuer à la commission d'infractions terroristes.

Les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions visées à l'article 4, et en particulier l'infraction de participation à un groupe terroriste, sont susceptibles d'engager le droit à la liberté d'association (article 11 CEDH, article 22 PIDCP, article 12 Charte de l'UE) et, selon la nature de la participation concernée, peuvent également engager les droits à la liberté d'expression (article 10 CEDH, article 19 PIDCP, article 11 Charte de l'UE) et de réunion (article 11 CEDH, article 21 PIDCP, article 12 Charte de l'UE), à la participation politique (article 25 PIDCP) ou à la liberté de religion ou de conviction (article 9 CEDH, article 18 PIDCP, article 10 Charte de l'UE). Toute interférence avec ces droits, par le biais de mesures d'enquête ou de poursuites, doit être justifiée comme étant conforme à la loi, nécessaire et proportionnée à un objectif légitime, et non discriminatoire.

La désignation de certains groupes comme « terroristes », par exemple par leur inscription sur des listes pertinentes, engage la liberté d'association, de réunion et les droits associés. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial des Nations unies sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme, il est essentiel d'avoir un contrôle judiciaire indépendant de toutes mesures qui limitent la liberté d'association et de réunion. ([Rapport du RS sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), paragraphes 29, 39). La conformité des poursuites pour direction d'un groupe terroriste ou participation à un tel groupe avec les principes de sécurité juridique, de nécessité et de proportionnalité, dépend de la qualité de la loi et de l'existence de garanties, y compris de recours judiciaires, qui régissent les procédures de désignation de groupes et d'organisations comme « terroristes ». ([Assessing Damage, Urging Action - Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights](#), (en anglais, CJI, 2009, pp. 113-115 ; Sur les garanties procédurales en matière d'inscription sur une liste, *Al-Dulimi c. Suisse*, CEDH, requête n° 5809/08, arrêt du 21 juin 2016).

Si elles sont interprétées au sens large, les infractions visées à l'article 4 peuvent également avoir un effet préjudiciable sur certaines activités légitimes de la société civile, y compris les activités visant à protéger les droits de l'homme par la fourniture d'une aide humanitaire. Comme l'a constaté la Rapporteuse spéciale des Nations unies sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme dans son [rapport annuel 2019](#) (UN Doc. A/HRC/40/52, paragraphes 22, 43-44), à cause de mesures antiterroristes qui qualifient des « actes très divers de « soutien interdit au terrorisme » (...) des acteurs humanitaires, des défenseurs des droits de l'homme et d'autres membres de la société civile sont victimes de harcèlement, d'arrestations et de poursuites... Les dispositions relatives au soutien matériel peuvent également avoir une incidence sur le travail des acteurs de la société civile qui tentent, notamment, de rassembler des données factuelles et des preuves aux fins de poursuites, de promouvoir le droit au développement ou d'apporter une assistance aux migrants. »

La Rapporteuse spéciale a également mis en garde, dans le contexte de la Belgique, contre l'impact d'une interprétation extensive des infractions de soutien aux organisations terroristes sur le droit à la vie familiale (Rapport de visite en Belgique, paragraphe 18), notant que « les actes érigés en infraction terroriste doivent être limités aux activités qui présentent un lien substantiel avec les opérations d'un groupe terroriste... le fait de concevoir les groupes terroristes d'une façon trop générale peut porter, de fait, à incriminer les proches et autres relations des personnes considérées ». La Rapporteuse spéciale a en outre observé que « le fait de fournir un appui pour garantir qu'une personne a accès au niveau essentiel minimum, y compris les droits à l'alimentation, à la santé et au logement, et que ses droits économiques et sociaux sont respectés ne doit pas être incriminé au motif qu'il constitue un soutien au terrorisme. »

Ainsi, les lois nationales des Etats membres sur la participation à un groupe terroriste ont parfois suscité des inquiétudes particulières en raison de leur portée extensive (Belgique). Dans d'autres cas, il existe une incertitude quant à la manière dont la définition de l'infraction s'applique au terrorisme international (Espagne). En Belgique, l'infraction de participation aux activités d'un groupe terroriste prévue à l'article 140 du code pénal est définie de manière très large. Elle exige notamment d'avoir eu connaissance que

la participation pourrait contribuer aux activités criminelles d'une organisation terroriste plutôt qu'une intention spécifique, mais s'applique également lorsque la personne « aurait dû connaître » la nature du groupe, rendant son champ d'application particulièrement étendu. Toutefois, il est à noter que l'article 139 du code exclut explicitement de la définition d'un groupe terroriste toute « organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ».

En Italie, la portée de l'infraction de participation à une organisation terroriste prévue à l'article 270bis du code pénal, a été précisée grâce à l'interprétation judiciaire. La jurisprudence italienne exige, par exemple, une « intégration effective » de la personne dans l'association en question, ce qui signifie que la personne doit effectivement participer aux activités de l'association. La participation ne peut être comprise comme la simple acquisition d'un statut, ni être déduite de l'adhésion à un programme criminel ou d'aspirations communes avec les associés. La jurisprudence italienne a également précisé que la « contribution » au groupe terroriste doit être « une contribution de causalité efficace à l'existence, à la survie ou au fonctionnement de l'association ».

3. Provocation publique à commettre une infraction terroriste

Directive UE 2017/541

Article 5 **Provocation publique à commettre une infraction terroriste**

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'elle est commise de manière intentionnelle, la diffusion ou toute autre forme de mise à la disposition du public par un quelconque moyen, que ce soit en ligne ou hors ligne, d'un message avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions énumérées à l'article 3, paragraphe 1, points a) à i), lorsqu'un tel comportement incite, directement ou indirectement, par exemple en glorifiant les actes terroristes, à commettre des infractions terroristes, créant ainsi le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises.

Conseils

Les juges et les procureurs saisis d'affaires concernant des infractions de provocation ou des infractions similaires d'incitation indirecte, doivent évaluer dans quelle mesure les enquêtes, les poursuites ou la condamnation peuvent affecter la liberté d'expression de l'accusé. Ils doivent également évaluer dans quelle mesure le « message » ou l'expression contestée équivaut à l'expression d'une opinion politique, à un engagement dans le débat (démocratique), à une expression artistique ou relevant de la liberté des médias, pour lesquels un degré de protection plus élevé peut être nécessaire.

Les juges doivent rejeter les définitions trop vagues du concept de provocation et des infractions connexes. Les poursuites ne sont autorisées que pour des délits d'expression clairement définis qui incitent à la violence, et qui sont destinés à entraîner, et créent effectivement, un danger d'actes violents. La culpabilité de l'individu et l'application du droit pénal doivent être claires et prévisibles dans les circonstances de l'affaire en question.

Les juges et les procureurs en charge de ces affaires doivent examiner si l'application du droit pénal dans l'affaire dont ils sont saisis sert clairement un intérêt public, tel que la protection de la sécurité nationale. Si c'est le cas, le recours au droit pénal doit être justifié comme étant nécessaire et proportionné dans les circonstances particulières de cette affaire. Ils doivent également examiner s'il y a eu discrimination directe ou indirecte dans l'application des mesures d'enquête, la décision d'engager des poursuites ou l'évaluation des preuves dans l'affaire en question.

Commentaire

La liberté d'expression (article 10 CEDH, article 19 PIDCP, article 11 de la Charte de l'UE) doit être respectée même dans le cas d'expressions d'opinion qui offensent et dérangent :

« [La liberté d'expression] vaut (...) aussi pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population.... Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' ». (*Handyside c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 5493/72, arrêt du 7 décembre 1976, paragraphe 49).

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, en définissant, dans son Observation générale 34, la nature et la portée de la liberté d'expression en vertu du PIDCP, a souligné que « des infractions telles que l'«encouragement du terrorisme» et l'«activité extrémiste», ainsi que le fait de «louer», «glorifier» ou

« justifier » le terrorisme devraient être définies avec précision de façon à garantir qu'il n'en résulte pas une interférence injustifiée ou disproportionnée avec la liberté d'expression.».

Le critère de base pour les restrictions autorisées à la liberté d'expression, tel qu'il est énoncé ci-dessus et a été réitéré dans le contexte de la lutte contre le terrorisme par la Cour européenne des droits de l'homme, les multiples Rapporteurs Spéciaux des Nations unies, et le Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDHNU), est qu'elles nécessitent une définition claire en droit, et doivent respecter les principes de nécessité et de proportionnalité, car elles doivent constituer « le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché et être proportionnées à l'intérêt à protéger » (CDH de l'ONU, [Observation générale n° 27](#), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999, para. 14). Les Rapporteurs Spéciaux ont noté que le strict respect du critère énoncé ci-dessus est d'autant plus crucial lorsque les États décident de criminaliser certaines formes d'expression ([Rapporteur spécial sur le droit à la vie privée et Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), (en anglais) p. 4). Si la liberté d'expression de tous doit être protégée, une prudence particulière s'impose lorsque la criminalisation de l'expression s'étend au discours politique et à l'expression artistique – sachant qu' « outre la substance des idées et informations exprimées, [la libre expression] protège aussi leur mode d'expression » (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, CEDH, requête n° 19983/92, arrêt du 24 février 1997, para. 48 ; *Alinak c. Turquie*, (en anglais), CEDH, requête n° 40287/98, arrêt du 29 mars 2005, para. 42) – à la défense des droits de l'homme (Déclaration des Nations unies sur la DDH), ou affecte le « rôle crucial » des médias pour l'information « du public sur les actes de terrorisme » (CDH des Nations unies, [Observation générale n° 34 sur l'article 19 : Libertés d'opinion et d'expression](#), UN Doc. CCPR/C/GC/34, para. 46).

Il convient également de tenir compte de l'impact des enquêtes sur la fermeture des sites internet et des moyens de communication ; dans un certain nombre d'États, tout site internet considéré comme promouvant la justification ou provoquant le terrorisme peut faire l'objet d'une fermeture, parfois sans ordonnance judiciaire. Ainsi, en France, l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (un organe de police) peut ordonner le blocage d'un site internet sans passer par un juge (Code pénal français : Article 421-2-5 ; Code de procédure pénale : Article 706-23 à 706-25-2 ; Blocage administratif des sites prônant le terrorisme, Décret n° 2015-125 du 5 février 2015).

Il est vrai que de nombreuses infractions contenues dans la Directive (y compris l'entraînement et l'endocinement) peuvent entrer en conflit avec la liberté d'expression, mais les dispositions sur la « provocation » (article 5) et l' « incitation » à d'autres infractions, qui pénalisent directement l'expression, posent le plus grand défi.

Le droit international des droits de l'homme stipule clairement que l'expression peut faire l'objet de prévention et de sanctions, lorsqu'elle équivaut à une incitation à la discrimination ou à la violence (article 20 du PIDCP, article 4 de la CIEDR), et qu'elle doit être poursuivie en cas d'incitation à la violence. La jurisprudence reflète toutefois la nécessité de distinguer clairement entre une telle incitation à la violence (*Belek et Velioglu c. Turquie*, CEDH, requête n° 44227/04, arrêt du 6 octobre 2015, paras. 24-27), et ce qui doit être considéré comme des commentaires ou des critiques « hostiles », « négatifs » voire « acerbes » (*Falakaoglu et Saygili c. Turquie*, CEDH, requête n° 11461/03, arrêt du 19 décembre 2006, para. 35). La Cour européenne a par exemple noté que les expressions de sympathie générale et de soutien à une cause ou à un dirigeant d'une « organisation terroriste » ne justifieraient probablement pas l'utilisation de poursuites pénales, et qu' « un message d'intransigeance liés aux objectifs d'une organisation interdite ne peut être confondu avec une incitation à la violence ou à la haine » (*Surek et Ozdemir c. Turquie*, CEDH, requête n° 23927/94 & 24377/94, arrêt du 8 juillet 1999, para. 61).

Les normes internationales indiquent désormais clairement que les crimes de justification, d'encouragement ou d'apologie du terrorisme qui ne contribuent pas à la commission de futurs actes criminels, mais prétendent justifier des actes antérieurs ou consistent simplement en l'expression d'une opinion, sont très difficiles à concilier avec les exigences de nécessité et de proportionnalité du droit international des droits de l'homme. (Rapport du Secrétaire général des Nations unies sur les droits de l'homme et le terrorisme, 2008, para. 61 ; [Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et les réponses aux situations de conflit](#); CDH des Nations Unies, [Observations finales du Comité des droits de l'homme : Royaume-Uni](#), UN Doc. CCPR/C/GBR/CO/6, 2008 ; CDH des Nations Unies, [Observations finales du Comité des droits de l'homme : Fédération de Russie](#), UN Doc. CCPR/C/RUS/CO/6, 2009, para. 3 ; Affaire Cassandra Vera, Cour suprême espagnole (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal), 26 février 2018 ; *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH, requête n° 51168/15 & 51186/15, arrêt du 13 mars 2018 ; Sylvia Ayuso, 'Strasbourg : Burning photos of Spanish king is « freedom of expression »', (en anglais) dans *El País*, 13 mars 2018 ; Amnesty International, 'Espagne. Une loi antiterroriste est utilisée pour réprimer la satire et la créativité en ligne', 13 mars 2018 ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « L'utilisation de la législation antiterroriste à mauvais escient menace la liberté d'expression », 4 décembre 2018).

Ainsi, dans la mesure où les crimes de « provocation publique » constituent une incitation à une violence future, ils peuvent légitimement être poursuivis conformément au droit des droits de l'homme, mais il est nécessaire d'établir un lien étroit entre le discours en question et la violence qui en découle. (Un passage écrit dans une publication obscure a moins de chances de répondre à ce critère qu'un discours prononcé devant une foule agitée lors d'une manifestation publique). Une série de facteurs divers peuvent être pertinents pour évaluer si la criminalisation du discours en question est justifiée par des circonstances exceptionnelles. La jurisprudence et les instruments existants, dont le plan d'action de Rabat, soulignent certains de ces facteurs permettant à l'organe judiciaire d'évaluer les circonstances, notamment « le contexte social et politique, le statut de l'orateur, l'intention d'inciter, le contenu et la forme du discours, l'ampleur de sa diffusion et la probabilité du préjudice, y compris l'imminence » (Le « [plan d'action de Rabat](#) » peut fournir des orientations utiles (non contraignantes) en la matière, sur ce qui constitue une incitation. Voir également : Additif dans le Rapport au Conseil des droits de l'homme du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, CDH, [Rapport du Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme sur les ateliers d'experts sur l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse](#), UN Doc. NU A/HRC/22/17/Add.4, 2013; Helen Duffy et Kate Pitcher, « Inciting Terrorism? Crimes of Expression and the Limits of the Law », 2018).

Les juges doivent veiller à ce que le droit pénal ne poursuive pas les expressions d'opinion dont l'effet est nul ou négligeable et qui n'ont pas l'intention de contribuer à la violence terroriste. La Directive stipule explicitement qu'un « danger » doit au moins résulter de l'expression incriminée. Ceci est particulièrement important car, selon la Directive, les infractions préparatoires (appartenance à un groupe terroriste, voyage, financement, provocation, facilitation du voyage) n'exigent pas que l'infraction principale soit effectivement commise (article 13). Le Rapporteur Spécial des Nations unies sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme a également noté, dans son exposé des meilleures pratiques en la matière, que pour les délits d'expression, le comportement (le discours) devrait augmenter la probabilité qu'un acte terroriste soit commis, et qu'il devrait y avoir une intention personnelle et spécifique d'inciter à commettre une future infraction terroriste (bien que cela puisse être déduit des circonstances) ([Rapport du rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), p. 29. Voir également l'exemple de l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe).

Un certain nombre de lois nationales soulèvent des doutes quant à leur prise en compte de ces éléments objectifs (danger) et subjectifs (intention de contribuer à un acte terroriste). Le 15 mars 2018, la Cour constitutionnelle belge a annulé des dispositions belges définies de manière très large sur l'incitation « indirecte » (Loi du 3 août 2016 portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme (III), [MB 11 Aout 2016](#), 50973), qui avaient supprimé l'exigence de créer « un risque grave » d'infractions terroristes. La Cour a considéré que cette suppression n'était pas conforme au principe de légalité, n'était « pas nécessaire dans une société démocratique » et était « disproportionnée. ([Extrait de l'Arrêt No.31/2018](#) - En cause : Le recours en annulation de la loi du 3 août 2016 portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme (III), introduit par l'ASBL « Ligue des Droits de l'homme », Affaire No.2018 /201412 Cour constitutionnelle belge, 15 mars 2018 ; sur la préservation de la liberté d'expression sur internet voir aussi décision n° 20202-801-DC – « Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet », Cour constitutionnelle française, 18 juin 2020).

L'infraction française de « consultation habituelle » de sites internet mettant à disposition des messages, images ou présentations qui provoquent directement la commission d'actes de terrorisme (art. 421-2-5-2 du code pénal) a été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel français pour absence d'intention en relation avec l'entreprise terroriste (décision 2016-611). Le Conseil constitutionnel a estimé que l'infraction « portait atteinte à la liberté de communication d'une manière qui n'est pas nécessaire, appropriée et proportionnée » (para. 16).

La Cour suprême italienne a, elle, clairement indiqué que « l'instigation à commettre un crime, prévue par l'art. 414cod. du code pénal, est un crime qui requiert un « danger spécifique » et non un danger présumé. Pour être constitué, il requiert, par conséquent, un comportement considéré comme particulièrement apte à provoquer la commission de crimes, sur la base d'un jugement « ex ante ». » (Corte di Cassazione Sez. V, 12/9/2019 n. 48247, PM c. De Salvatore).

À la lumière des préoccupations exprimées par le passé par les autorités internationales des droits de l'homme telles que le CDHNU, ces infractions semblent difficiles à concilier avec le droit international des droits de l'homme et devraient être clarifiées et interprétées de manière restrictive. Un certain nombre d'États ont, par exemple, érigé en infraction des notions de glorification et d'encouragement problématiques. Ainsi, l'article 91 du StGB (code pénal) allemand, inclut « *l'encouragement à la commission d'une infraction violente grave mettant en danger l'État* » et la diffusion (citée à l'article 131 du StGB comme recouvrant la « diffusion de représentations de la violence » (...)) « d'une manière qui exprime la glorification ») peut être considérée comme une forme indirecte d'incitation au terrorisme. Il existe également

des lois problématiques sur l'« incitation indirecte » (comme l'article 578 du code pénal espagnol), qui reflètent la référence du considérant 10 à la « glorification et à la justification » du terrorisme, bien qu'elles ne soient présentes que dans une minorité d'États de l'UE. La jurisprudence des tribunaux nationaux et internationaux et des autorités quasi-judiciaires concernant ces dispositions a, dans certains cas, provoqué des réformes (voir Pierrick Gardien, « [Loi Avia : Ce qu'a censuré le Conseil Constitutionnel](#) » (Sisyphes Avocats, 18 juin 2020), Aureline Breeden « [French Court Strikes Down Most of Online Hate Speech Law](#) », (en anglais), New York Times, 18 juin 2020).

Ainsi, la Cour suprême espagnole a réduit le champ d'application de la loi sur la provocation (Tribunal Supremo (sala de Io Civil), 2 juin 2017, Roj : [STS 2251/2017 - ECLI : ES:TS:2017:2251](#), (en espagnol); voir aussi Laura Gómez Abeja, « ['Passive Indoctrination' as a Terrorist Offense in Spain – A Regression from Constitutional Rights?](#) », (en anglais), 2018). Certains, notamment des experts indépendants des Nations unies, ont également exprimé leur inquiétude quant aux lois trop extensives invoquées pour poursuivre les blogueurs, les artistes et les rappeurs pour des commentaires liés au « terrorisme historique » (voir Bureau du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, « [Two Legal Reforms Projects Undermine The Right to Assembly and Expression in Spain' UN experts say](#) », (en anglais) 23 février 2015 ; Amnesty International, « [Tweeter ... si vous l'osez – Les lois antiterroristes réduisent la liberté d'expression en Espagne](#) », mars 2018 ; Amnesty International, « [Espagne. Une loi antiterroriste est utilisée pour réprimer la satire et la créativité en ligne](#) », 13 mars 2018). Ces lois sont aussi au cœur d'un litige d'extradition en cours entre la Belgique et l'Espagne (affaire Valtouy - Un tribunal belge a rejeté un mandat d'arrêt européen contre un rappeur accusé d'insulte à la famille royale espagnole et d'autres infractions).

4. Recrutement pour le terrorisme

Directive UE 2017/541

Article 6 **Recrutement pour le terrorisme**

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'il est commis de manière intentionnelle, le fait de solliciter une autre personne pour commettre l'une des infractions énumérées à l'article 3, paragraphe 1, points a) à i), ou à l'article 4, ou pour contribuer à la commission de l'une de ces infractions.

Conseils

Les juges doivent veiller à ce que les définitions larges de l'acte terroriste et de la participation, dont dépend l'infraction de recrutement pour le terrorisme, ne conduisent pas à une application imprévisible et arbitraire de cette infraction dans le cas particulier qui leur est soumis. Dans l'application des infractions visées à l'article 6, les infractions énumérées à l'article 3(1) et à l'article 4 devraient être interprétées conformément aux principes énoncés dans les sections II.5 et II.6 ci-dessus.

Les juges et les procureurs devraient veiller à ce que les mesures d'enquête, ainsi que les poursuites et les condamnations pour l'infraction de recrutement pour le terrorisme, n'empiètent pas inutilement ou de manière disproportionnée sur l'activité politique, religieuse ou sociale légitime, exercée conformément aux droits à la liberté d'association, de réunion, au respect de la vie privée et familiale, au droit à la participation ou à l'expression politique. Ils doivent également se poser la question de savoir si l'application de l'infraction dans un cas particulier peut entraîner une discrimination directe ou indirecte, notamment pour des motifs tels que la race, la couleur, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, l'âge, le sexe, la religion, la langue, les opinions politiques ou autres, la citoyenneté, la nationalité ou le statut migratoire, l'origine nationale, sociale ou ethnique, l'ascendance, l'état de santé, le handicap, les biens, la situation socio-économique, la naissance ou toute autre situation, ou toute intersection de ces motifs.

En particulier, l'infraction consistant à solliciter une personne pour qu'elle participe aux activités d'un groupe terroriste devrait être interprétée comme exigeant la connaissance du fait que le groupe est susceptible de commettre des infractions terroristes, et l'intention, non seulement de solliciter quelqu'un pour, par exemple, fournir des biens ou des services, mais aussi de contribuer ainsi aux activités terroristes du groupe.

Commentaire

La criminalisation du recrutement pour le terrorisme est étayée par la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, et par plusieurs résolutions successives du Conseil de sécurité (2178 ; 2396). L'article 6.2 de la Convention du Conseil de l'Europe exige des États parties qu'ils criminalisent le

recrutement pour le terrorisme « lorsqu'il est commis illégalement et intentionnellement ». Le recrutement est défini à l'article 6.1 comme « le fait de solliciter une autre personne pour commettre ou participer à la commission d'une infraction terroriste, ou pour se joindre à une association ou à un groupe afin de contribuer à la commission d'une ou plusieurs infractions terroristes par l'association ou le groupe ».

Selon la résolution 2178 du Conseil de sécurité « tous les États doivent veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permette, proportionnellement à la gravité de l'infraction, d'engager des poursuites et de réprimer » : (c) l'organisation délibérée, par leur nationaux ou sur leur territoire, des voyages de personnes qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, ou la participation à d'autres activités qui facilitent ces actes, y compris le recrutement ».

Les droits à la liberté d'association (article 11 CEDH, article 22 PIDCP, article 12 Charte de l'UE), d'expression (article 10 CEDH, article 19 PIDCP, article 11 Charte de l'UE), à la liberté de réunion (article 11 CEDH, article 21 PIDCP, article 12 Charte de l'UE), au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH, article 17 PIDCP, article 7 Charte de l'UE), à la liberté de religion ou de conviction (article 9 CEDH, article 18 PIDCP, Article 10 de la Charte de l'UE), le droit à la participation à la vie politique (article 25 du PIDCP) et le droit à la liberté (article 5 de la CEDH, article 9 du PIDCP, article 6 de la Charte de l'UE) peuvent être affectés par la poursuite des infractions de recrutement pour le terrorisme, ce qui exige que toute interférence avec ces droits soit dûment prescrite par la loi, qu'elle poursuive un but légitime, qu'elle soit nécessaire et proportionnée à ce but et qu'elle soit non discriminatoire.

Les lois nationales sur le recrutement pour le terrorisme sont souvent antérieures à la Directive et leur champ d'application varie, avec parfois une délimitation plus précise de l'infraction que son article 6. En Italie, par exemple, l'infraction de recrutement pour le terrorisme a été introduite en 2005, en raison des difficultés à rassembler des preuves suffisantes pour poursuivre les cas de recrutement suspectés au titre de l'infraction concernant les actes préparatoires au terrorisme. Cela laisse suggérer que cette infraction aurait un champ d'application potentiellement plus large que les autres infractions préparatoires. Toutefois, en vertu de l'article 270quater du code pénal, le recrutement doit viser à poursuivre un acte de violence ou de sabotage dans un but de terrorisme. Il appartient au juge saisi de l'affaire de déterminer si l'organisation concernée a un but terroriste.

Le code pénal allemand interdit le recrutement de membres et de sympathisants de groupes terroristes (article 129a, sous-section (5), alinéa 2). L'intention est requise dans le cadre de cette infraction (Mü-Ko-StGB/Schäfer §§ 80-185j, 3ème édition 2017, § 129a Rn. 60 ; § 129 Rn. 24.). Le recrutement est en outre couvert par la disposition générale sur l'entente délictueuse (article 30, paragraphe 1) qui stipule que « toute personne qui tente d'inciter une autre personne à commettre un crime ou de l'encourager à commettre un crime est passible de poursuites judiciaires ».

En Belgique, la législation est plus extensive que l'article 6 de la Directive concernant un aspect : l'article 140ter du code pénal incrimine le fait de recruter une tierce personne pour commettre une infraction terroriste, mais n'exige pas explicitement que le recrutement soit commis de manière intentionnelle.

Aux Pays-Bas, le recrutement pour un conflit armé est puni par l'article 205 du code pénal. L'intention - également sous forme conditionnelle (voorwaardelijk opzet) - est requise dans le cadre de cette infraction.

5. Dispenser et recevoir un entraînement au terrorisme

Directive UE 2017/541

Article 7 **Dispenser un entraînement au terrorisme**

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'il est commis de manière intentionnelle, le fait de fournir des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou en rapport avec d'autres méthodes ou techniques spécifiques, aux fins de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 3, paragraphe 1, points a) à i), ou de contribuer à la commission de l'une de ces infractions, en sachant que les compétences dispensées ont pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif.

Article 8 **Recevoir un entraînement au terrorisme**

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'il est commis de manière intentionnelle, le fait de recevoir des instructions pour la

fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou en rapport avec d'autres méthodes ou techniques spécifiques, aux fins de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 3, paragraphe 1, points a) à i), ou de contribuer à la commission de l'une de ces infractions.

Conseils

En statuant sur les infractions consistant à dispenser et à recevoir un entraînement au terrorisme, les juges doivent veiller à ce qu'elles soient appliquées de manière cohérente et prévisible et éviter toute atteinte inutile ou disproportionnée aux droits et libertés fondamentales, y compris la liberté d'expression, la liberté d'association et le droit au respect de la vie privée. La jurisprudence nationale doit notamment chercher à clarifier la portée des infractions en ce qui concerne le type d'entraînement faisant l'objet d'une sanction pénale, au-delà de la liste non exhaustive indiquée dans la Directive, afin de garantir la sécurité juridique et d'éviter une application excessive, arbitraire ou discriminatoire de l'infraction.

Lorsque l'intention nécessaire pour fonder l'infraction n'est pas clairement définie dans la législation, elle doit être clarifiée par la jurisprudence. L'intention devrait être limitée aux circonstances dans lesquelles il existe une intention spécifique de dispenser ou de recevoir un entraînement qui contribuera à la commission d'un acte de terrorisme, ou, au minimum, d'ignorer de manière délibérée qu'il y contribuera.

Les juges et les magistrats du parquet doivent interpréter le champ d'application de l'infraction de manière restrictive, veiller à ce que l'application des infractions antiterroristes consistant à recevoir ou à dispenser un entraînement ne soit pas discriminatoire, et être attentifs aux préjugés conscients ou inconscients à tous les stades de l'enquête, des poursuites et du procès.

Lorsqu'ils engagent des enquêtes ou des poursuites pour des infractions visées aux articles 7 et 8, les magistrats du parquet doivent prendre en compte, sur la base des faits de l'affaire en question, la possibilité qu'elles puissent porter atteinte au droit à l'éducation, à la liberté d'expression, y compris sur internet, à la liberté d'association, au droit au respect de la vie privée et familiale, ou d'autres droits protégés par le droit communautaire et international.

Commentaire

Comme le précisent les articles 7 et 8 de la Directive, l'« entraînement au terrorisme » ou le fait de « recevoir un entraînement » s'appliquent à tous ceux qui donnent ou reçoivent une instruction dans le but particulier de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission. Dans la pratique, les juges doivent être particulièrement attentifs à ne pas faire preuve d'arbitraire ou de discrimination, sachant que l'infraction repose dans une large mesure sur l'élément subjectif d'« intention terroriste ». Étant donné que l'infraction ne se rapporte pas en soi à un acte terroriste particulier, ni même à une tentative ou à des mesures préparatoires en vue de la perpétration d'un tel acte, le comportement peut être indûment éloigné, ou la faute trop minime, pour justifier le recours au droit pénal par rapport à d'autres types de réponses. Ces infractions ne devraient pas être appliquées, par exemple, en réponse à l'accès par inadvertance à des sites internet.

Les juges doivent veiller à ce qu'il soit donné effet au considérant 11 de la Directive, qui stipule que « (...) le simple fait de consulter des sites internet ou de réunir des informations dans un but légitime, notamment à des fins académiques ou de recherche, n'est pas considéré comme recevoir un entraînement au terrorisme au sens de la présente directive. »

Les infractions visées aux articles 7 et 8 soulèvent des questions concernant le respect de la liberté d'association et de la liberté de recevoir des informations, et l'interférence avec ces droits doit être soigneusement justifiée dans toutes les circonstances de l'affaire, sur la base du comportement et de l'intention de l'individu.

La portée de ces infractions varie considérablement entre les législations nationales des différents États membres de l'UE, et a soulevé un certain nombre de problèmes en matière de droits de l'homme.

- En Italie, un arrêt de la Cour de cassation datant de juillet 2011 et concernant le champ d'application de l'article 270 *quinquies* (entraînement à des fins terroristes) a précisé que l'entraînement ne se limite pas à la fourniture et à la réception d'informations. L'infraction exige **un programme de formation continu et systématique**, y compris une évaluation des résultats par le formateur. Néanmoins, pour que l'infraction soit constituée il suffit que le programme de formation visé soit considéré comme « approprié » pour la commission d'activités terroristes, et le lien de causalité avec l'infraction terroriste principale reste, en principe, faible.

- En Allemagne, l'article 89a du StGB (code pénal allemand) comprend des **catégories d'actes très larges**, laissant craindre qu'un certain nombre **d'actes à première vue neutres**, comme la formation au pilotage ou l'achat d'un téléphone portable, **puissent faire l'objet de sanctions**. De telles lois pourraient en principe permettre de sanctionner l'acquisition de tout type de compétence, lorsqu'il y a intention criminelle. Toutefois, la plus haute juridiction fédérale (BGH 3 StR 243/13) a considéré qu'il était essentiel d'avoir, conformément à la Constitution, une interprétation restrictive de l'élément subjectif de l'infraction. L'auteur de l'acte doit, lorsqu'il accomplit les actes préparatoires à la commission de l'infraction violente grave mettant en danger l'État, être déjà « fermement déterminé », comme le prévoit l'article 89a(2), du code pénal.
- Aux Pays-Bas, l'entraînement au terrorisme est puni par l'article 134a du code pénal et l'intention de l'accusé est requise dans le cadre de l'infraction. L'intention doit viser à « utiliser les connaissances ou les compétences acquises pour commettre une infraction terroriste ou un crime en vue de préparer ou de faciliter une telle infraction » (Documents parlementaires II 2007/08, 31386, 3, p. 9). L'intention est requise pour tous les éléments de l'infraction, y compris en ce qui concerne l'objectif de l'entraînement suivi par les participants (Documents parlementaires II 2007/08, 31386, 8, p. 6 ; Documents parlementaires II 2007/08, 31386, 12, p. 4). Le législateur fait une distinction entre l'intention de la personne qui suit la formation et celle de la personne qui dispense cette formation. L'intention conditionnelle (voorwaardelijk opzet) est suffisante pour cette dernière (Débats II 20 janvier 2009, 43, p. 3795). Pour la première, il ne doit pas nécessairement s'agir d'une intention terroriste telle que visée à l'article 83a du code pénal. Néanmoins, l'exigence d'intention pour les individus qui suivent une formation est plus poussée que l'intention conditionnelle puisqu'ils doivent avoir l'« intention » ou le « but malveillant » d'acquérir ces connaissances ou compétences dans le but de commettre une infraction terroriste ou un crime en vue de préparer ou de faciliter une telle infraction. (Documents parlementaires II 2008 / 09, 31386, 8, p. 8 ; Documents parlementaires II 2008/09, 31386, 12, p. 3, 4).
- Certains pays, dont les Pays-Bas et l'Espagne, ont élargi le champ d'application de l'infraction pour y inclure **l'auto-formation**. En Espagne, comme l'a indiqué l'un des experts présents lors des tables rondes de la CIJ, le fait de se former en autodidacte pour être en mesure de commettre des infractions terroristes est criminalisé. Cette infraction comprend deux présomptions de culpabilité : la **visite régulière de certains sites internet** et la **possession de documents** susceptibles d'encourager les activités terroristes. Une intention est requise pour cette infraction, mais le texte ne précise pas la portée de cette intention (article 575 §1-2 du code pénal espagnol).
- Certaines juridictions, dont la France, ne prévoient pas spécifiquement **d'exigences en matière d'intention** dans la législation (article 421-2-1 du Code pénal français). Le manque de clarté et de précision de la disposition laisse aux juges la responsabilité de rechercher l'intention et d'essayer de la concrétiser.

6. Voyager à des fins de terrorisme

Directive UE 2017/541

Article 9 **Voyager à des fins de terrorisme**

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'il est commis de manière intentionnelle, le fait de se rendre dans un pays autre que cet État membre aux fins de commettre une infraction terroriste visée à l'article 3 ou de contribuer à la commission d'une telle infraction, aux fins de participer aux activités d'un groupe terroriste en sachant que cette participation contribuera aux activités criminelles d'un tel groupe, comme le prévoit l'article 4, ou aux fins de dispenser ou de recevoir un entraînement au terrorisme comme le prévoient les articles 7 et 8.
2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'il se produit de manière intentionnelle, l'un des comportements suivants :
 - a) le fait de se rendre dans cet État membre aux fins de commettre une infraction terroriste visée à l'article 3 ou de contribuer à la commission d'une telle infraction, aux fins de participer aux activités d'un groupe terroriste en sachant que cette participation contribuera aux activités criminelles d'un tel groupe, comme le prévoit l'article 4, ou aux fins de dispenser ou de recevoir un entraînement au terrorisme comme le prévoient les articles 7 et 8 ; ou
 - b) les actes préparatoires entrepris par une personne entrant sur le territoire de cet État membre avec l'intention de commettre une infraction terroriste visée à l'article 3 ou de contribuer à la commission d'une telle infraction.

Conseils

Les juges et les procureurs devraient faire attention à appliquer les infractions de déplacement aux fins de terrorisme de manière cohérente et prévisible. Ils doivent également veiller à ce que

l'enquête, les poursuites ou la condamnation pour de telles infractions, ne conduisent pas, dans les circonstances particulières de chaque affaire, à une interférence inutile, disproportionnée ou discriminatoire avec les droits à la liberté de circulation, d'association, de réunion ou d'expression, ainsi que les droits à la vie privée et familiale, et les droits économiques, sociaux et culturels.

Dans le cas de personnes voyageant vers des États autres que des États membres, les juges et les procureurs doivent appliquer les mêmes principes à l'interférence avec le droit de quitter tout pays, y compris le sien (article 12 PIDCP, et article 2 Protocole 4 CEDH).

Dans le cas de ressortissants d'un État membre, de résidents permanents, de réfugiés ou d'autres personnes ayant des liens étroits avec le pays en question et qui y retournent, les juges et les procureurs devraient veiller à ce que, lorsque l'application d'une sanction pénale équivaut, de facto, à une privation du droit de retourner dans son propre pays (article 3.2, protocole 4 CEDH, article 12.4 PIDCP), cette mesure soit raisonnable et justifiée (Observation Générale 27, para. 21).

Les juges et les procureurs devraient également tenir compte du risque que l'enquête, les poursuites ou la condamnation pour le fait de se rendre dans un autre pays à des fins de terrorisme puissent être discriminatoires, directement ou indirectement, à l'égard de minorités religieuses, ou autres, exerçant une activité légitime. On pense notamment aux communautés d'immigrants ayant des liens familiaux et autres liens étroits avec des pays en proie au terrorisme ou des régions contrôlées par des groupes terroristes.

Les juges devraient s'efforcer d'interpréter et d'appliquer les infractions liées au fait de se rendre dans un autre pays à des fins de terrorisme, de manière à ce que le voyage en question ne relève de la définition de l'infraction que s'il a un lien suffisamment étroit avec l'infraction principale de terrorisme visée à l'article 3 de la Directive, et qu'il existe un risque réel et prévisible qu'un tel acte de terrorisme soit commis.

Les juges devraient interpréter les exigences du droit national relatives à l'intention de voyager à des fins de terrorisme comme exigeant non seulement l'intention de se déplacer, mais aussi une intention clairement démontrée de voyager afin de contribuer à, voire de commettre, l'infraction principale. L'intention de se rendre dans un pays ou une région particulière ne devrait pas suffire à elle seule à fonder l'infraction, ni à faire naître une présomption d'intention terroriste spécifique. La charge de la preuve ne devrait en aucun cas incomber à l'accusé pour établir que son voyage a un but légitime.

Les voyages effectués à des fins humanitaires, notamment pour soutenir les droits à l'alimentation, à la santé, à l'assainissement ou au logement, ne devraient pas être interprétés comme relevant du champ d'application de l'infraction, conformément au considérant 38 de la Directive, aux obligations des États en vertu du droit humanitaire international et aux obligations de protéger et de réaliser les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).

Les voyages effectués dans le but de participer à un conflit régi par le droit humanitaire international, sans preuve d'une intention spécifique de participer à des actes de terrorisme, ne devraient pas être interprétés comme relevant du champ d'application de l'infraction, conformément au considérant 37 de la Directive, indépendamment du fait qu'ils puissent constituer une infraction selon d'autres dispositions du droit interne.

Commentaire

Le considérant 12 de la Directive souligne la nécessité, notamment au moment où la Directive a été adoptée, d'ériger en infraction pénale les voyages effectués à des fins de terrorisme tant au départ qu'à destination des États membres de l'UE. Mais il reconnaît aussi que cela ne doit pas se faire en pénalisant l'acte de voyage spécifiquement :

« Compte tenu de la gravité de la menace et du besoin, en particulier, d'endiguer le flux de combattants terroristes étrangers, il est nécessaire d'ériger en infraction pénale le fait de voyager à l'étranger à des fins de terrorisme, c'est-à-dire non seulement le fait de commettre des infractions terroristes et de dispenser ou de recevoir un entraînement au terrorisme, mais également le fait de participer aux activités d'un groupe terroriste. Il n'est pas indispensable d'ériger en infraction pénale le fait de voyager en tant que tel. Par ailleurs, le fait de se rendre sur le territoire de l'Union à des fins de terrorisme représente une menace croissante pour la sécurité. Un État membre peut aussi décider de répondre aux menaces terroristes découlant des voyages effectués à destination de son territoire à des fins de terrorisme en érigeant en infractions pénales les actes préparatoires, qui peuvent inclure la planification ou la conspiration, en vue de commettre une infraction terroriste ou d'y contribuer. Tout acte facilitant un tel voyage devrait également être érigé en infraction pénale. »

Le considérant 38 reconnaît également que la Directive ne s'applique pas à l'aide humanitaire, ce qui est particulièrement pertinent pour les infractions visées à l'article 9 : « [l]es activités humanitaires menées par des organisations humanitaires impartiales reconnues par le droit international, y compris le droit international humanitaire, ne relèvent pas du champ d'application de la présente directive, tout en prenant en considération la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ».

Selon le considérant 37, la Directive « ne saurait avoir pour effet de modifier les droits, obligations et responsabilités des États membres découlant du droit international, y compris du droit international humanitaire. La présente directive ne régit pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, lesquelles sont régies par ce droit, ni les activités menées par les forces militaires d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, dans la mesure où elles sont régies par d'autres règles de droit international. »

La criminalisation du fait de voyager dans un autre pays à des fins de terrorisme trouve son origine dans le paragraphe 6.a de la résolution 2178 du Conseil de sécurité, selon lequel les États doivent veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation leur permette d'engager des poursuites et de réprimer « leurs nationaux qui se rendent ou tentent de se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, et d'autres personnes qui quittent ou tentent de quitter leur territoire pour se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme ».

Le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, s'inspirant de la résolution 2178, impose aux États parties d'ériger en infraction pénale « le fait de « se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme », (...) à partir de son territoire ou de la part de l'un de ses ressortissants, lorsqu'il est commis illégalement et intentionnellement. » (article 4.2). Selon le Protocole, « on entend par « se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme » le fait de se rendre vers un État, qui n'est pas celui de nationalité ou de résidence du voyageur, afin de commettre, de contribuer ou de participer à une infraction terroriste, ou afin de dispenser ou de recevoir un entraînement pour le terrorisme » (article 4.1).

Les infractions de voyage aux fins de terrorisme prévues à l'article 9 comportent des risques particuliers d'interférence arbitraire, disproportionnée et discriminatoire avec le droit à la liberté de circulation (article 2(1) du protocole n° 4 de la CEDH ; article 12(1), du PIDCP ; article 45 de la Charte de l'Union européenne), et la liberté de quitter tout pays, y compris le sien (article 12(2) du PIDCP et article 2(2) du protocole n° 4 de la CEDH).

Le droit de ne pas être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays, protégé par l'article 12 du PIDCP, est particulièrement pertinent pour l'infraction consistant à se rendre dans un État membre à des fins de terrorisme, et s'applique non seulement aux nationaux mais aussi aux résidents permanents et aux autres personnes ayant des liens étroits avec le pays en question. (Observation générale 27 du Comité des droits de l'homme des Nations unies (para.20)).

La formulation extensive de l'article 9, et des infractions connexes prévues aux articles 3 et 4 de la Directive, confère à cette infraction un champ d'application large et incertain qui nécessite des garanties législatives et judiciaires au niveau national afin de garantir un champ d'application suffisamment certain et prévisible, et d'empêcher une application qui serait arbitraire ou discriminatoire. La Rapporteuse Spéciale des Nations unies sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme, dans son rapport faisant suite à [sa visite en Belgique](#) (A/HRC/40/52/Add.5 , 8 mai 2019), a attiré l'attention sur: « les difficultés qu'il y a à engager contre les personnes voyageant «en vue de la commission d'une infraction terroriste» des poursuites qui soient respectueuses des normes relatives aux droits de l'homme, notamment les droits à la liberté de circulation, d'expression et d'association, et du principe de légalité qui exige de la loi un certain degré de précision et de prévisibilité. » (para. 23) Elle a souligné l'importance « que les poursuites en question soient menées sur la base de preuves irréfutables de l'intention terroriste » et aussi mis en garde « contre une interprétation extensive de la notion de soutien au terrorisme, qui pourrait mener à une interprétation trop large de l'infraction que constitue le voyage en vue de la commission d'un acte terroriste ». (paragraphe 23)

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies, dans son Observation générale 27 sur le droit à la liberté de circulation (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999), insiste sur le rôle des garanties judiciaires permettant d'assurer la proportionnalité des limitations à la liberté de circulation : « Le paragraphe 3 de l'article 12 indique clairement qu'il ne suffit pas que les restrictions servent les buts autorisés ; celles-ci doivent être également nécessaires pour protéger ces buts. Les mesures restrictives doivent être conformes au principe de la proportionnalité; elles doivent être appropriées pour remplir leurs fonctions de protection, elles doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre

d'obtenir le résultat recherché et elles doivent être proportionnées à l'intérêt à protéger... Le principe de la proportionnalité doit être respecté non seulement dans la loi qui institue les restrictions, mais également par les autorités administratives et judiciaires chargées de l'application de la loi. Les États devraient veiller à ce que toute procédure concernant l'exercice de ces droits ou les restrictions imposées à cet exercice soit rapide et que les raisons justifiant l'application de mesures restrictives soient fournies » (paragraphe 14-15).

Les cadres législatifs nationaux varient entre ceux qui ont promulgué des infractions spécifiques de voyage à des fins de terrorisme et ceux qui s'appuient sur des infractions pré-existantes, plus générales, et auxiliaires aux infractions de terrorisme, pour criminaliser les voyages. La législation nationale varie également en ce qui concerne l'intention requise pour commettre l'infraction.

Par exemple, aux Pays-Bas, il n'existe pas d'infraction spécifique de voyage à des fins de terrorisme. En revanche, le fait de voyager dans ce but est déjà punissable comme comportement consistant à accomplir des actes préparatoires en vue de participer à un conflit armé ou à d'autres infractions terroristes (Cour d'appel d'Amsterdam 27 juillet 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:3041](#)).

La loi belge prévoit l'infraction de voyage et met l'accent sur l'intention terroriste plutôt que sur la connaissance de la contribution aux activités criminelles d'un groupe terroriste. Notamment, l'article 141 bis du code pénal belge exclut de toutes les infractions de terrorisme les « activités des forces armées en période de conflit armé, telles que définies et régies par le droit international humanitaire » et les « activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, pourvu qu'elles soient régies par d'autres règles de droit international ». Cette restriction a été saluée comme une garantie importante par la Rapporteuse Spéciale dans son rapport faisant suite à sa visite en Belgique (paragraphe 24).

Cependant, qu'une telle exception existe ou non, les juridictions nationales peuvent avoir besoin de déterminer si le DIH est applicable au comportement dont il s'agit, afin de décider si des poursuites sont appropriées dans le cas en question, et, notamment, d'inculper de manière appropriée sans porter atteinte au DIH, compte tenu de la stipulation du considérant 37 selon laquelle la Directive ne régit pas les conflits armés.

7. Organiser ou faciliter de quelque autre manière des voyages à des fins de terrorisme

Directive UE 2017/541

Article 10 **Organiser ou faciliter de quelque autre manière des voyages à des fins de terrorisme**

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'il est commis de manière intentionnelle, tout acte visant à **organiser ou à faciliter** le voyage d'une personne à des fins de terrorisme, tel que le prévoient l'article 9, paragraphe 1, et l'article 9, paragraphe 2, point a), en sachant que l'aide ainsi apportée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif.

Conseils

Les principes énoncés à l'article 10, comme dans le cas de l'article 9, s'appliquent également aux infractions consistant à organiser ou à faciliter de toute autre manière les voyages à des fins de terrorisme. Toutefois, cette infraction comporte le risque d'un éloignement encore plus grand avec l'infraction pénale principale et, donc un risque d'abus encore plus flagrant. Dès lors, les juges et les procureurs devraient s'efforcer d'éviter l'application du droit pénal à des comportements qui ne présentent aucun risque prévisible de contribuer, intentionnellement, à un acte de terrorisme.

Comme pour les infractions visées à l'article 9, les juges et les procureurs devraient interpréter l'exigence d'intention, non seulement comme une intention d'organiser ou de faciliter un voyage, mais aussi comme une intention de contribuer, même indirectement, à un acte de terrorisme ou, au minimum, d'ignorer de manière délibérée que les actions de l'individu y contribueront.

Commentaire

L'article 10 de la Directive reflète les dispositions de la résolution 2178 du Conseil de sécurité (paragraphe 6), ainsi que le Protocole à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme. L'article 5.2 du Protocole exige l'incrimination du « fait de » financer des voyages à l'étranger à des fins de terro-

risme » (...) lorsqu'il est commis illégalement et intentionnellement », défini comme « la fourniture ou la collecte, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds permettant totalement ou partiellement à toute personne de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme (...) sachant que les fonds ont, totalement ou partiellement, pour but de servir ces fins ». (Article 5.1)

L'article 6 du Protocole exige des États membres qu'ils érigent en infraction pénale le fait intentionnel « d'organiser ou de faciliter par quelque autre manière des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme » (article 6.2), défini comme « tout acte visant à organiser ou à faciliter le voyage à l'étranger à des fins de terrorisme de toute personne (...) sachant que l'aide ainsi apportée l'est à des fins de terrorisme. » (article 6.1)

L'ambiguïté et la gamme d'actions que la « facilitation » des voyages peut recouvrir, ainsi que la possibilité d'y inclure des comportements sans lien direct avec des actes terroristes, exigent une approche particulièrement rigoureuse de l'interprétation et de l'application de cette infraction.

8. Financement du terrorisme

Directive UE 2017/541

Article 11 **Financement du terrorisme**

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable en tant qu'infraction pénale, lorsqu'il est commis de manière intentionnelle, le fait de fournir ou de réunir des fonds, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, avec l'intention que ces fonds soient utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'une des infractions visées aux articles 3 à 10 ou de contribuer à la commission d'une telle infraction.
2. Lorsque le financement du terrorisme visé au paragraphe 1 du présent article concerne l'une des infractions prévues aux articles 3, 4 et 9, il n'est pas nécessaire que les fonds soient effectivement utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'une de ces infractions ou de contribuer à la commission d'une telle infraction, pas plus qu'il n'est nécessaire que l'auteur de l'infraction sache pour quelle infraction ou quelles infractions spécifiques les fonds seront utilisés.

Conseils

Les juges et les procureurs doivent veiller à appliquer les infractions de financement du terrorisme de manière cohérente et prévisible. Ils doivent notamment s'assurer que leur interprétation réponde aux exigences de sécurité juridique, et veiller à ce que l'exercice du droit à la vie familiale et privée, à la liberté d'expression, à la liberté d'association et le droit à la participation à la vie politique ne soit pas entravé inutilement ou de manière disproportionnée. Les juges et les procureurs doivent interpréter le champ d'application de l'infraction de manière étroite.

Lorsque l'intention nécessaire pour fonder l'infraction n'est pas clairement définie dans la législation, elle doit être clarifiée par la jurisprudence. L'intention devrait être limitée à l'intention spécifique de contribuer, directement ou indirectement, à la commission de l'infraction principale de terrorisme ou, au minimum, à la méconnaissance délibérée du fait que les actes de l'individu y contribueront.

Les juges et les procureurs ne doivent pas appliquer l'infraction de telle manière qu'elle restreigne les activités légitimes de la société civile, y compris la fourniture d'une aide humanitaire et la défense des droits de l'homme, ou la fourniture et l'accès aux services de base.

Les juges et les procureurs devraient veiller à ce que les mesures d'enquête, ainsi que les poursuites et les condamnations pour les infractions de financement du terrorisme, ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires, en particulier pour des raisons de religion, de nationalité ou de race, notamment en ce qui concerne les droits au respect de la vie privée et familiale, et la liberté d'association.

Commentaire

Lorsque l'article 11 concerne les infractions visées aux articles 3, 4 et 9, la Directive n'exige pas que les fonds soient effectivement utilisés, en tout ou en partie, pour commettre une infraction terroriste ou y contribuer, ni que l'auteur de l'infraction sache pour quelle(s) infraction(s) spécifique(s) les fonds seront utilisés. Il n'est pas nécessaire qu'une infraction principale soit effectivement commise. Cela crée un certain nombre de risques que l'infraction soit appliquée de manière arbitraire ou discriminatoire.

Au vu de la formulation de ces dispositions, il est possible de s'interroger sur la capacité d'un individu à déterminer le caractère légal de son comportement. Selon certains experts interrogés par la CIJ, la conformité de cette disposition avec le principe de légalité est donc en question.

Si elles sont interprétées au sens large, les infractions visées à l'article 11 peuvent également avoir un effet préjudiciable sur les activités légitimes de la société civile, y compris les activités visant à protéger les droits de l'homme par la **fourniture d'une aide humanitaire**. Le considérant 38 de la Directive reconnaît que celle-ci ne s'applique pas à l'aide humanitaire : « les activités humanitaires menées par des organisations humanitaires impartiales reconnues par le droit international, y compris le droit international humanitaire, ne relèvent pas du champ d'application de la présente directive, tout en prenant en considération la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ». Néanmoins, la Directive n'applique pas ce principe à d'autres formes d'activités publiques, y compris le travail des défenseurs des droits de l'homme.

Selon la Rapporteuse Spéciale sur la lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme, les communautés locales et les personnes les plus vulnérables ou touchées par « l'extrémisme violent » sont souvent les plus exposées au risque d'être privées d'aide financière et autre soutien, en raison de l'effet de l'approche de lutte contre le financement du terrorisme axée sur les risques et de l'absence de dérogations systématiques pour raisons humanitaires. (CDH des Nations unies, [Rapport de la Rapporteuse Spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), UN Doc. A/HRC/43/46, 2020, para. 45)

Un grand nombre de mesures nationales et internationales visant à lutter contre le financement du terrorisme et à criminaliser le soutien matériel au terrorisme, ont eu pour effet indirect de restreindre l'espace au sein duquel les travailleurs humanitaires et les organisations non gouvernementales des droits de l'homme sont en mesure d'exercer leurs activités. ([Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste](#), A/70/371, 18 septembre 2015, para.10)

Le Groupe d'Action Financière a noté que les organisations à but non lucratif (OBNL) jouent un rôle primordial, notamment de par leurs efforts visant à fournir des « services essentiels, mais aussi un réconfort et un espoir aux plus démunis dans le monde entier ». Par conséquent, « les mesures adoptées par les pays pour protéger le secteur des organisations à but non lucratif contre toute utilisation abusive ne devraient ni perturber ni décourager leurs activités caritatives légitimes ». De telles mesures devraient promouvoir la transparence et susciter une plus grande confiance dans le fait que les fonds et les services caritatifs atteignent leurs bénéficiaires légitimes. Les mesures prises par les gouvernements devraient « éviter dans la mesure du possible que les mesures prises à cette fin aient un impact négatif sur les bénéficiaires innocents et légitimes des activités caritatives ». (Note interprétative de la recommandation 8 du Groupe d'Action Financière, créé en 1989 à l'initiative du Groupe des 7, citée par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/70/371, 18 septembre 2015, para. 18).

Aux Pays-Bas, pour l'infraction de financement du terrorisme, l'intention conditionnelle (*voorwaardelijk opzet*) est suffisante pour engager des poursuites (Cour d'appel de La Haye 10 mars 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:642](#), par. 6.2.2.1.). Par conséquent, une personne pourrait être accusée de financement du terrorisme dans une situation où elle a l'intention d'envoyer de l'argent à un membre de sa famille à des fins tout à fait bénignes, par exemple pour que celui-ci puisse se procurer des médicaments.

9. Complicité, incitation et tentative

Directive UE 2017/541

Article 14 **Complicité, incitation et tentative**

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable le fait de **se rendre complice** d'une infraction visée aux articles 3 à 8, 11 et 12.
2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable le fait **d'inciter à commettre une infraction** visée aux articles 3 à 12.
3. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable le fait de **tenter de commettre** une infraction visée aux articles 3, 6 et 7, à l'article 9, paragraphe 1, à l'article 9, paragraphe 2, point a), et aux articles 11 et 12, à l'exception de la possession prévue à l'article 3, paragraphe 1, point f), et de l'infraction visée à l'article 3, paragraphe 1, point j).

Conseils

Les mêmes principes énoncés ci-dessus en ce qui concerne les infractions prévues par la Directive s'appliquent également aux crimes de complicité, d'incitation ou de tentative de ces infractions. Ces infractions, étant donné qu'elles sont accessoires à des infractions déjà accessoires, qui peuvent elles-mêmes être définies de manière large, devraient faire l'objet d'une prudence particulière afin de s'assurer que leur application est prévisible et que les restrictions des droits de l'homme entraînées par leur enquête et leur poursuite sont nécessaires, proportionnées et non discriminatoires.

Les juges et les procureurs qui appliquent les infractions de complicité conformément à l'article 14.1, devraient exiger un lien de causalité clair entre le comportement du suspect ou de l'accusé et la commission d'une infraction principale de terrorisme en vertu de l'article 3. La jurisprudence devrait limiter l'intention nécessaire pour commettre le crime de complicité à l'intention de se rendre complice d'une infraction principale de terrorisme, en excluant l'intention de simplement fournir une aide, par exemple, pour un entraînement, sans savoir que cet entraînement avait un but terroriste.

L'infraction d'incitation visée à l'article 14.2, doit être appliquée de manière à garantir que toute restriction du droit à la liberté d'expression résultant de l'enquête ou des poursuites est prévisible et que le lien de causalité avec l'infraction principale, ainsi que l'intention d'inciter à commettre l'infraction principale, sont clairs et suffisamment circonscrits pour assurer une protection contre toute atteinte arbitraire, disproportionnée ou discriminatoire à la liberté d'expression (*voir plus haut, le commentaire sur la provocation publique*).

Afin de satisfaire aux normes de prévisibilité en vertu du principe de légalité et d'empêcher toute atteinte arbitraire aux droits de l'homme, les juges et les procureurs qui appliquent l'infraction de tentative visée à l'article 14.3, devraient exiger un lien étroit avec la commission de l'infraction pénale principale, avec un risque réel et prévisible que ce comportement criminel principal ait effectivement lieu. De simples expressions de motivation, sans manifestation plus concrète d'une quelconque intention de commettre effectivement un acte criminel principal, ne devraient pas suffire pour établir l'infraction de tentative.

IV. Les droits des suspects dans le cadre de la procédure pénale : enquête, poursuites et procès

1. Enquête et collecte de preuves

Conseils

La législation, les normes, pratiques et garanties du droit international des droits de l'homme qui s'appliquent aux enquêtes concernant tout type d'infractions pénales s'appliquent également aux infractions de terrorisme, notamment celles prévues par la Directive. Ces garanties ne devraient pas être amoindries ou ignorées en raison de la nature « exceptionnelle » des infractions de terrorisme. Même lorsque des procédures exceptionnelles sont prévues par la loi, et/ou pendant un état d'urgence légalement déclaré et proclamé impliquant des dérogations aux obligations internationales en matière de droits de l'homme, les procédures exceptionnelles doivent être interprétées et appliquées de manière à préserver, autant que possible, les garanties relatives aux droits de l'homme dans le cadre de la procédure pénale ordinaire. Elles doivent, à tout moment, respecter les normes fondamentales auxquelles il ne peut être dérogé en matière de procès équitable.

Commentaire : Certains États membres ont choisi de traiter les affaires de terrorisme en centralisant ou en créant des spécialisations au sein de leur système d'enquête, de poursuites et de jugement des affaires. Ces tribunaux spécialisés peuvent appliquer les règles ordinaires de preuve et de procédure, ou alors appliquer certaines modifications procédurales pour les affaires de terrorisme (sur la création de tribunaux spécialisés, voir [Legal Commentary to the Berlin Declaration](#), (en anglais), pp.63-64). Quel que soit le tribunal saisi, la législation nationale de plusieurs États membres prévoit des procédures spéciales dans les affaires de lutte contre le terrorisme, notamment en ce qui concerne la détention, la surveillance et un certain nombre de mesures d'enquête. Ces procédures spéciales nécessitent une application et un examen judiciaire minutieux pour garantir leur conformité avec les droits à la liberté (article 5 CEDH, article 9 PIDCP, article 6 de la Charte de l'UE), à un procès équitable (article 6 CEDH, article 14 PIDCP, article 47 de la Charte de l'UE), à la protection contre la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 3 CEDH, article 7 PIDCP, CAT, article 4 de la Charte de l'UE), ainsi que le droit au respect de la vie privée (article 8 CEDH, article 17 PIDCP, article 7 de la Charte de l'UE). Les obligations relatives à

chacun de ces droits sont examinées ci-dessous. Comme indiqué ci-dessus dans la section II.5, le droit de ne pas être soumis à la torture et à d'autres mauvais traitements, et les éléments fondamentaux du droit à un procès équitable sont indérogeables et applicables à tout moment.

● Rassemblement des preuves

Conseils

La collecte efficace de preuves est nécessaire pour satisfaire aux obligations du droit international en matière d'enquête, de recherche de responsabilité et de réparation pour les crimes internationaux, y compris les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, l'esclavage, la torture, les disparitions forcées, les exécutions extrajudiciaires et les crimes violents de terrorisme. Cela peut causer des défis particuliers lorsqu'il s'agit de preuves provenant de zones de conflit armé, sujettes à des troubles internes graves ou de zones où l'État de droit s'est effondré. La collecte de preuves à l'appui des poursuites pour les infractions les plus graves devrait être une priorité, et tous les efforts devraient être faits pour garantir une collecte de preuves approfondie et compétente à ces fins.

Pour que des poursuites soient engagées ou qu'une enquête soit menée dans une affaire de lutte contre le terrorisme, il convient de recueillir suffisamment de preuves corroborantes de la même manière que cela doit être fait pour les infractions de droit commun, tout en tenant compte du principe de présomption d'innocence. Il faut toujours éviter de s'appuyer sur des informations non corroborées provenant de services de renseignement nationaux ou étrangers. Un seul élément de preuve indirect ne devrait pas être considéré comme une base suffisante pour l'enquête, les poursuites ou une condamnation.

Les éléments de preuve pouvant reposer sur des présomptions discriminatoires (comme la preuve d'une pratique, ou le port d'une tenue, religieuse) ne doivent pas être pris en compte.

L'inscription sur une liste « terroriste », nationale ou internationale, y compris celles établies en application des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, ou l'appartenance à une organisation figurant sur une telle liste, ne devraient pas être considérées en soi comme preuve suffisante d'une quelconque infraction. Le bien-fondé de l'inscription sur une liste doit toujours faire l'objet d'un examen judiciaire précis facilitant l'accès à la justice de la personne inscrite sur la liste et de ses représentants.

Les informations obtenues par la torture, des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la coercition ou d'autres moyens constituant une violation grave des droits de l'homme à l'encontre d'un accusé ou d'un tiers, ne sont jamais admissibles comme preuves et ne peuvent être invoquées dans aucune procédure judiciaire. Lorsqu'il est allégué que des informations peuvent avoir été obtenues par de tels moyens, il incombe au juge de veiller à ce qu'une enquête approfondie, impartiale et efficace soit menée sur ces allégations.

Commentaire : D'après l'article 15 de la Convention contre la torture, « tout État partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure [...] ». ([Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants](#)). Le Comité des Nations Unies contre la torture a précisé que cette obligation s'applique également aux traitements inhumains et dégradants, et qu'elle ne peut être limitée en aucune circonstance (CCT des Nations Unies, [Observation générale n° 2 - Mise en œuvre de l'article 2 par les États parties](#) (2008), UNDOC CAT/C/GC/2, para. 6). En outre, les preuves obtenues par le biais d'autres violations peuvent également être inadmissibles, et/ou peuvent donner lieu à des obligations de non-coopération avec les procédures pénales en question.

Selon les Principes directeurs des Nations Unies applicables au rôle des magistrats du parquet, « [I]orsque les magistrats du parquet reçoivent contre des suspects des preuves dont ils savent ou ont des motifs raisonnables de penser **qu'elles ont été obtenues par des méthodes illicites, qui constituent une grave violation des droits de la personne humaine** et impliquent en particulier la torture ou un traitement ou un châtiment cruel, inhumain ou dégradant, ou ayant entraîné d'autres violations graves des droits de l'homme, ils refusent d'utiliser ces preuves contre toute personne autre que celles qui ont recouru à ces méthodes, ou informent le tribunal en conséquence, et prennent toutes les mesures nécessaires pour les faire traduire en justice. » (Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, [Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet](#), septembre 1990, principe directeur 16).

Par conséquent, « il est donc également du devoir des juges d'être particulièrement attentifs à tout signe de mauvais traitement ou de contrainte de quelque nature que ce soit qui aurait pu se produire au cours des enquêtes pénales ou en détention et de prendre les mesures nécessaires chaque fois qu'ils sont confrontés à un soupçon de mauvais traitement ». (ONU, [Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers](#), (en anglais), 2003, p. 231.)

Les « listes noires » nationales/européennes/internationales de personnes ou d'organisations établies par les gouvernements nationaux ou les organisations intergouvernementales ne doivent pas être déterminantes pour les besoins des enquêtes. L'affaire en question doit toujours faire l'objet d'une enquête appropriée quelle que soit la liste concernée. Lorsque de telles listes sont présentées comme moyens de preuves dans une affaire pénale, le bien-fondé de l'inscription sur la liste doit toujours être soumis à un examen judiciaire, afin d'éviter que les décisions de l'exécutif ne jouent un rôle déterminant sur la procédure judiciaire (voir aussi [Assessing Damage, Urging Action – Report of the Eminent Jurists Panel](#), (en anglais) pp. 113-117).

La [liste des terroristes de l'UE](#) a déjà été contestée devant les tribunaux. Elle contenait les LTTE (Tigres de libération de l'Îlam Tamoul, Sri Lanka) qui ont dû être retirés suite à une [décision de la Cour de justice de l'UE](#) (CJEU). Selon la Cour, lorsque la décision est prise de placer une personne ou un groupe sur une liste relative au gel de fonds, le Conseil doit, à **intervalles réguliers**, et au moins une fois tous les six mois, être convaincu qu'il existe des raisons de continuer à inclure la partie concernée dans la liste en question. La Cour a également déclaré que l'inscription sur une telle liste doit toujours inclure de manière claire et non équivoque **le raisonnement** suivi par l'institution qui a adopté cette mesure, de manière à permettre le **contrôle de sa légalité**.

Selon la Cour suprême italienne (Sez. V n. 31389, 11/6/2008, Bouyahia), l'inclusion d'une organisation sur une liste d'associations terroristes établie par le Conseil de sécurité des Nations unies, suite à la résolution 1267, ne peut être utilisée que comme point de départ d'une enquête. Elle ne doit pas être utilisée comme preuve en soi du but terroriste poursuivi par l'association, qui doit nécessairement être constituée selon les règles prescrites par le droit procédural.

Les pouvoirs du personnel de justice pénale, depuis l'analyse préliminaire de la situation et l'identification des cibles, jusqu'aux perquisitions, aux saisies, à la surveillance et à l'arrestation, doivent être exercés de manière non discriminatoire.

Les obligations d'enquêter et de poursuivre les crimes internationaux découlent du droit pénal international, ainsi que du droit humanitaire international et du droit international des droits de l'homme (voir, par exemple, les articles 4, 5, 7, 12 de la CAT ; les articles 3, 12 de la CED ; l'affaire *McCann c. Royaume-Uni* ; l'article 2(3) du PIDCP ; l'Observation générale 31 du CDH, paragraphe 18). Ces obligations sont étroitement liées aux droits des victimes de crimes internationaux à un recours effectif et aux réparations, et notamment leur droit à la vérité (concernant les obligations d'enquêter, de poursuivre, et de fournir des recours et des réparations selon le droit international, voir: [The Right to Remedy and Reparations for Gross Human Rights Violations – A Practitioners' Guide](#), (en anglais)). Dans la pratique, les difficultés souvent rencontrées dans la collecte de preuves de crimes internationaux, y compris en situation de conflit armé, et la relative facilité avec laquelle des preuves peuvent être obtenues pour des infractions accessoires de terrorisme peuvent amener les autorités judiciaires à choisir de poursuivre les personnes soupçonnées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité pour des infractions accessoires moins graves, telles que le voyage à des fins de terrorisme ou l'appartenance à un groupe terroriste. Ce faisant, elles risquent d'ignorer les besoins de justice et de vérité des victimes. L'existence en droit national d'infractions accessoires au terrorisme ne peut pas se substituer à des poursuites adéquates des crimes internationaux.

● Perquisition, surveillance et interception des communications

Conseils :

Les juges et les magistrats du parquet doivent veiller à ce que le droit au respect de la vie privée et familiale soit respecté à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'enquête et de la collecte des preuves, lors des poursuites et lors du procès. Ils doivent examiner si toute interférence avec ces droits est adéquatement prescrite par la loi (y compris par une loi dont la portée et les procédures applicables sont claires et dont l'application est raisonnablement prévisible), si cette interférence est nécessaire et proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit et si elle n'est pas directement ou indirectement discriminatoire.

Le respect de la vie privée doit être au centre des décisions relatives à la surveillance ou à l'interception des communications et du contrôle judiciaire de celles-ci. Les considérations de sécurité nationale devraient être soigneusement mises en balance avec le droit au respect de la vie privée et familiale, compte tenu de l'infraction particulière en cause et des circonstances individuelles de l'affaire.

Toute mesure de ce type doit être ciblée dans son champ d'application et limitée dans le temps. En particulier, ces mesures d'enquête ne doivent pas être utilisées de manière disproportionnée contre des groupes nationaux, ethniques, ou religieux particuliers.

Il est primordial que la surveillance et l'interception des communications fassent l'objet d'un contrôle judiciaire indépendant, afin de garantir que ces mesures sont conformes aux obligations de l'État en matière de droits de l'homme. Lorsqu'ils examinent ou autorisent la surveillance ou l'interception de communications pour des infractions de lutte contre le terrorisme, les juges ne doivent pas automatiquement accepter les arguments des autorités étatiques selon lesquelles ces mesures sont nécessaires à des fins de sécurité nationale, mais se doivent d'évaluer si elles sont nécessaires, proportionnées et non discriminatoires dans les circonstances particulières de l'affaire en question.

La réception, la conservation et l'utilisation d'informations ou de preuves provenant d'autres États, peuvent également constituer une violation des obligations internationales de l'État lorsque les documents en question ont été obtenus en violation des droits de l'homme, y compris par la torture ou les mauvais traitements. Avant de s'appuyer sur de telles informations ou éléments de preuves, les procureurs doivent s'assurer qu'ils n'ont pas été obtenus en violation des droits de l'homme, et que des systèmes sont en place pour évaluer, et si nécessaire rejeter, ce type d'informations lorsqu'elles ont été obtenues de cette manière.

Commentaire : Le droit à la vie privée est protégé contre toute atteinte illégale ou arbitraire par l'article 17 du PIDCP. Les interférences avec ce droit qui ne sont pas conformes aux principes de légalité, de nécessité, de proportionnalité et de non-discrimination sont arbitraires et illégales.

Bien que la surveillance secrète porte atteinte aux droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a accepté que cette mesure puisse être autorisée, mais seulement dans des conditions exceptionnelles (*Klass et autres c. Allemagne*, CEDH, requête n° 5029/71, arrêt du 6 septembre 1978, para. 58.). La Cour exige également que les programmes de surveillance fassent l'objet de garanties effectives, par exemple à travers la création d'un organisme de contrôle indépendant. (*Klass et autres c. Allemagne*, paragraphe 55 et suivants).

Les mesures de surveillance ont presque invariablement été considérées par la Cour européenne des droits de l'homme comme des interférences, bien qu'à des degrés de gravité divers, avec le droit au respect de la vie privée, du domicile ou de la correspondance des personnes concernées. (*Amann v. Switzerland*, CEDH, requête No. 27798/95, arrêt du 16 février 2000; *Kennedy v. the United Kingdom*, CEDH, requête No. 26839/05, arrêt du 18 mai 2010, *Klass and Others v. Germany*, *Bărbulescu v. Romania*, CEDH, requête No. 61496/08, arrêt du 5 septembre 2017).

Afin de garantir que toute personne qui participe à la planification, à la préparation ou à la perpétration d'actes terroristes soit traduite en justice, la [résolution 2396 \(2017\) du Conseil de sécurité des Nations unies](#) met particulièrement l'accent sur la collecte et l'échange d'informations, de renseignements et de preuves, y compris dans les zones de conflit, ainsi que sur les mesures judiciaires et la coopération internationale. Ce faisant, il convient toutefois d'assurer la cohérence avec les droits de l'homme. Des problèmes peuvent se poser tant en ce qui concerne la réception et l'utilisation d'informations recueillies à la suite de violations des droits de l'homme par des États étrangers, qu'en ce qui concerne les implications en termes de droits de l'homme du partage d'informations et de preuves avec ces États.

Selon la Rapporteuse Spéciale des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste actuelle « [...] le partage d'informations entre États fondé sur les droits de l'homme et les principes de l'État de droit n'est pas en soi critiquable. Mais ce principe suppose que tous les États accordent la même valeur à la vie privée, qu'ils n'utilisent pas les informations de manière abusive pour cibler des personnes hors de toute règle de droit ; et que les pratiques en matière d'information, y compris l'intégrité, l'anonymat et, le cas échéant, la destruction sont fondées sur les règles de l'état de droit. » (*The UN Security Council, Global Watch Lists, Biometrics, and the Threat to the Rule of Law*, (en anglais), Just Security, 17 janvier 2018).

2. La détention dans les affaires de lutte contre le terrorisme

Conseils :

Le droit international garantit, à tout moment, le droit à un contrôle judiciaire rapide, indépendant et efficace de la détention. Ce contrôle judiciaire est essentiel pour garantir la protection contre la privation arbitraire de liberté (article 5 CEDH ; article 9 PIDCP (Observation générale 36 du CDH) ; article 6 Charte de l'UE) et la protection contre la torture ou autres mauvais traitements en détention (article 3 CEDH ; article 7 PIDCP ; article 4 Charte de l'UE ; CCT). Outre le droit d'être rapidement traduit devant un tribunal suite à une détention, toute personne détenue a le droit, à tout moment de sa privation de liberté, d'avoir accès à un tribunal pour contester la légalité de cette détention par une procédure d'habeas corpus ou une procédure similaire (article 9(4) du PIDCP ; article 7 de la CEDH).

Lorsqu'ils autorisent ou réexaminent la détention provisoire pour des motifs de lutte contre le terrorisme au titre de la Directive, notamment en ce qui concerne les infractions auxiliaires qui ne sont pas directement liées à des actes de terrorisme violents, les juges doivent examiner la base juridique de la détention, ainsi que sa nécessité et sa proportionnalité. Ils doivent envisager des alternatives à la détention et, dans tous les cas, n'imposer la détention qu'en dernier recours. Dans les affaires de lutte contre le terrorisme, comme pour toute autre infraction, la détention provisoire doit être considérée comme une mesure exceptionnelle. La détention administrative ne sera pas légale en l'absence d'une dérogation valable aux articles 5 de la CEDH et 9(4) du PIDCP, en vertu d'un état d'urgence déclaré et notifié

Les juges qui contrôlent la détention doivent évaluer si le détenu a bénéficié d'un accès rapide, régulier et confidentiel à une assistance juridique indépendante et compétente de son choix, voire une assistance juridique gratuite si nécessaire. Ils doivent également évaluer si la personne détenue a accès aux membres de sa famille et à tout soin médical nécessaire. Ils doivent examiner toute allégation ou preuve que le détenu aurait été soumis à la torture ou à d'autres mauvais traitements, ou qu'il aurait été détenu dans des conditions cruelles, inhumaines ou dégradantes.

Les procureurs et les juges doivent veiller à ce que les détenus soient informés, sans délai, des raisons de leur arrestation et de toute preuve à leur encontre.

Les procureurs et les juges doivent également être attentifs à l'impact potentiellement discriminatoire des mesures de détention préventive, notamment en raison de l'appartenance ethnique, de la nationalité ou de la religion.

Commentaire : Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne (article 9 du PIDCP, article 5 de la CEDH, article 6 de la Charte de l'Union européenne). La privation de liberté ne doit jamais être arbitraire, et doit être conforme à une procédure prévue par la loi, pour l'un des motifs autorisés par l'article 5 de la CEDH. Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, ces motifs sont les suivants : à la suite d'une condamnation par un tribunal compétent (article 5.1.a), pour non-respect d'une décision de justice légitime ou pour garantir l'exécution d'une obligation légale (article 5.1.b), à la suite d'une arrestation légale en vue de traduire la personne arrêtée devant l'autorité judiciaire compétente lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction ou lorsqu'il est raisonnablement nécessaire d'empêcher la personne de commettre une infraction ou de prendre la fuite après l'avoir commise (article 5.1.c), et pour empêcher l'entrée non autorisée dans le pays ou dans l'attente d'une expulsion ou d'une extradition (article 5.1.f). La détention administrative n'est pas autorisée sans une dérogation valable à l'article 5 de la CEDH.

L'article 9(1) du PIDCP stipule que « nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure, prévus par la loi ». Selon l'interprétation du Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 35 (concernant l'article 9, liberté et sécurité de la personne), « l'adjectif « arbitraire » n'est pas synonyme de « contraire à la loi » mais doit recevoir une interprétation plus large, intégrant le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité et le non-respect des garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité. » (para. 12).

Le droit et les normes internationales en matière de droits de l'homme reconnaissent que toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention pour quelque motif que ce soit a le droit de contester la légalité de sa détention devant un tribunal et d'être libérée si la détention est jugée illégale (voir par exemple, l'article 9(4) du PIDCP). En outre, les personnes arrêtées du chef d'une infraction pénale ont le droit d'être traduites sans délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires (voir article 9(3) du PIDCP). Voir également l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, articles 4, 11, 32, 37 ; et *Observation générale n° 36 du Comité des droits de l'homme*, article 6 (Droit à la vie).

Toute privation de liberté doit être soumise à un contrôle judiciaire rapide et automatique de sa légalité, avec des garanties de procédure équitable et efficace pour chaque cas particulier. L'autorité judiciaire doit être en mesure d'ordonner rapidement et efficacement la libération si elle constate que la détention est illégale au regard du droit national, du droit international des droits de l'homme ou du droit communautaire. Le contrôle de la légalité de la privation de liberté doit inclure l'examen des fondements juridiques et factuels invoqués pour justifier la détention, ainsi que sa nécessité, son caractère raisonnable et sa proportionnalité. En évaluant l'impact de la détention, les juges devraient tenir compte de l'âge, du sexe, de l'état de santé et des autres circonstances personnelles pertinentes de l'individu (*Cruz Varas et autres c. Suède*, 46/1990/237/307, paragraphe 83).

Afin de déterminer si la détention est légale et non arbitraire par rapport aux faits et au droit, les juges doivent, dans chaque cas individuel, examiner toutes les alternatives à la détention (préventive) disponibles, s'assurer que ces alternatives n'équivalent pas en pratique à une détention sous un autre nom, et veiller à ce que la détention ne soit ordonnée que comme une mesure limitée dans le temps et de dernier recours. (*Ambruszkiewicz c. Pologne*, CEDH, requête No. 38797/03, arrêt du 4 mai 2006, para. 31; *Ladent c. Pologne*, CEDH, requête No. 11036/03, arrêt du 18 mars 2008, para. 55; *Idalov c. Russie*, CEDH, requête No. 5826/03, arrêt du 22 mai 2012, para. 140 ; *Recommandation Rec (2006)13 du Conseil de l'Europe*).

Le droit et les normes internationales soulignent l'importance du caractère rapide de la présentation du détenu au tribunal, de l'audience, du délibéré, du rendu d'une décision et de l'exécution de toute ordonnance de mise en liberté. Les juges devraient donc faire leur possible pour éviter tout retard excessif, et ce à tous les stades de la procédure. En général, le contrôle juridictionnel devrait avoir lieu au plus tard 24 à 48 heures après la décision de placer la personne concernée en détention (*Recommandation Rec (2006) 13 du Conseil de l'Europe*, para. 14(2)).

Les personnes en détention préventive doivent être séparées de celles déjà condamnées, mais en pratique, cela n'est pas toujours le cas. En France, par exemple, les personnes soupçonnées et accusées de terrorisme sont généralement isolées dans des cellules individuelles, elles sont regroupées dans une zone spéciale des prisons, où se trouvent également les détenus déjà condamnés. L'article 10 du PIDCP prévoit l'obligation spécifique de séparer les prévenus mineurs des adultes et de les traduire rapidement en justice (voir également l'article 37(c) de la Convention relative aux droits de l'enfant, la règle 11 de *l'Ensemble de règles à minima pour le traitement des détenus des Nations Unies* (Règles de Nelson Mandela)). L'isolement cellulaire est interdit (règle 45 des règles Mandela).

Les experts présents lors de la table ronde organisée par la CIJ en septembre 2019 ont cherché à échanger sur les bonnes pratiques relatives à (1) la libération conditionnelle des suspects et (2) l'augmentation des possibilités d'alternatives à la détention provisoire car, dans les affaires de terrorisme, elles restent souvent plus limitées voire, dans certains pays, complètement absentes.

3. Un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial

Conseils :

Toute personne a droit à un procès équitable devant un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi. Le respect des normes internationales en matière de procès équitable est essentiel pour apporter des réponses pénales fondées sur le principe de l'État de droit aux crimes inscrits dans la Directive. Le droit à un procès équitable s'applique également dans les affaires de lutte contre le terrorisme et ne doit pas être érodé par des procédures spéciales ou un affaiblissement des garanties, en droit ou en pratique.

À tout moment et en toutes circonstances, les auteurs présumés d'infractions ne devraient être jugés que par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Ils doivent aussi se voir accorder toutes les garanties d'un procès équitable, notamment la présomption d'innocence, l'égalité des armes entre l'Accusation et la Défense, les droits de la défense – en particulier le droit effectif à un conseil juridique et à un avocat – le droit à l'interprétation et à la traduction si nécessaire, et le droit d'interjeter appel. Les juges doivent veiller à ce que l'accusé ait la possibilité d'accéder aux éléments de preuve qui lui sont présentés, de contester la légalité de ces éléments et de s'opposer à leur utilisation.

Si des témoins anonymes sont appelés, la défense doit avoir la possibilité de les interroger.

Les mesures de sécurité prises au tribunal et lors du transfert de suspects dans les affaires de lutte contre le terrorisme (notamment l'utilisation de menottes ou autres formes d'entraves)

peuvent affecter la perception d'un accusé et donc, la présomption d'innocence. Ces mesures doivent être limitées au minimum nécessaire dans les circonstances de l'affaire en question. Les juges doivent s'interroger sur l'utilité de ces mesures et chercher à réduire leur emploi autant que possible.

Les tribunaux militaires ne doivent pas être utilisés pour juger des personnes dans des affaires de lutte contre le terrorisme, mais doivent plutôt se limiter à juger le personnel militaire pour des infractions militaires.

Les juges qui statuent sur des affaires de terrorisme et les avocats qui défendent les personnes accusées d'infractions terroristes doivent pouvoir exercer leurs fonctions professionnelles sans intimidation, entrave, harcèlement ou ingérence indus (Principes fondamentaux des Nations unies relatifs à l'indépendance de la magistrature ; Principes de base des Nations unies relatifs au rôle du barreau).

Commentaire : En plus de la déclaration générale de respect des normes des droits de l'homme figurant au considérant 35, le considérant 36 de la Directive stipule expressément que « la présente directive s'entend sans préjudice des obligations incombant aux États membres en vertu du droit de l'Union en ce qui concerne les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales ».

Le droit à un procès équitable, protégé par les articles 6 et 13 de la CEDH, l'article 14 du PIDCP et l'article 47 de la Charte de l'UE, doit être respecté dans toutes les procédures pénales pour des infractions liées au terrorisme, et ce, à tous les stades de la procédure, y compris pendant la phase d'enquête préalable au procès. Le Forum mondial de lutte contre le terrorisme des Nations unies a décrit les principes de procès équitable ou de « procédure régulière » comme étant le : « processus qui doit être respecté dans le contexte spécifique en question - qu'il s'agisse de la détention, du procès ou de l'expulsion d'une personne - et qui est nécessaire pour garantir **l'équité, le caractère raisonnable, l'absence d'arbitraire ainsi que la nécessité et la proportionnalité de toute restrictions des droits** de l'individu concerné ». (Groupe de travail de la CTITF sur la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme, [Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism](#), (en anglais), p. 4).

Le terme d'« équité » tel qu'il est reflété au paragraphe (1) de l'article 14 du PIDCP, fait référence au droit « à un procès équitable et public » ; « dans un délai raisonnable » ; « par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi » ; et qui prononce son jugement publiquement, sauf dans certaines circonstances définies et interprétées de manière restrictive. En outre, une personne accusée d'une infraction pénale acquiert d'autres droits minimaux conférés par les paragraphes 2 et 3 du Pacte, notamment le droit d'être présumée innocente jusqu'à preuve du contraire, d'être informée des charges retenues contre elle, de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, de se défendre elle-même ou de bénéficier d'une assistance juridique, d'interroger (et de faire interroger) des témoins, et de recourir gratuitement aux services d'un interprète. La question de savoir si des mesures ou pratiques particulières portent atteinte au droit à un procès équitable ou au respect de la vie privée dépendra dès lors d'une évaluation globale visant à déterminer si le procès, dans son ensemble, a su garantir une équité suffisante.

L'accès à des informations suffisantes permettant de se défendre est une condition essentielle (article 6.3.a de la CEDH) dont dépend le caractère équitable d'un procès. À partir du moment où une personne est inculpée ou qu'elle est informée qu'elle sera poursuivie, elle a le droit d'être informée, dans le plus court délai, de la nature et du fondement de l'accusation portée contre elle. (Comité des droits de l'homme des Nations unies, Observation générale n° 32, article 14 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, 23 août 2007, [UNDOC CCRP/C/GC/32](#), para. 31).

Les « facilités nécessaires » mentionnées plus haut doivent comprendre l'accès aux documents et autres éléments de preuve. Ceux-ci comprennent tous les éléments à charge ou à décharge que l'accusation compte produire à l'audience (CDH des Nations unies, Observation générale n° 32, paragraphe 33).

Certaines informations peuvent ne pas être divulguées - sous contrôle judiciaire - dans des circonstances strictement limitées, comme lorsque des raisons de sécurité ou de protection des témoins l'exigent, par exemple. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'accusé a le droit d'être informé : « des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation » et il « doit en tout cas disposer d'éléments suffisants pour comprendre pleinement les charges portées contre lui en vue de préparer convenablement sa défense ». (*Mattoccia c. Italie*, CEDH, requête n° 23969/94, arrêt du 25 juillet 2000, para. 59-60)

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme indique clairement que parmi les éléments indispensables à un procès équitable, on compte : « si le requérant a eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation [...] la qualité des preuves [...] [et] si les circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude; la Cour attache de l'importance au point de savoir si l'élément de preuve en question a exercé une influence décisive sur l'issue de l'action pénale [...] » (*Gäfgen c. Allemagne*, CEDH, requête n° 22978/05, arrêt du 1er juin 2010, para.164).

Concernant l'utilisation de preuves secrètes dans le contexte de la lutte contre le terrorisme la Cour a souligné que : « [l]'utilisation de pareils éléments, recueillis grâce à une violation de l'un des droits absolus constituant le noyau dur de la Convention, suscite toujours de graves doutes quant à l'équité de la procédure ». (*Gäfgen c. Allemagne*, para. 165.)

Principes de Tschwane sur la Sécurité Nationale et le Droit à l'Information

Principe 27 : Principe général de surveillance judiciaire

- (a) L'invocation de la sécurité nationale ne peut servir à fragiliser le droit fondamental à un procès équitable par une cour compétente, indépendante et impartiale établie par la loi.
- (b) Lorsqu'une autorité publique cherche à retenir des informations au motif de la sécurité nationale lors d'une procédure judiciaire, un tribunal doit avoir le pouvoir d'examiner les informations afin de déterminer si elles doivent ou non être maintenues secrètes. Un tribunal ne doit pas rejeter une contestation du secret sans examiner les informations.
- (c) Le tribunal doit veiller à ce qu'une personne demandant un accès puisse, dans la mesure du possible, connaître et contester les arguments avancés par le gouvernement pour retenir les informations.
- (d) Un tribunal doit conclure à la légalité et la légitimité de l'allégation d'une autorité publique, et il doit contraindre à la divulgation ou ordonner un dédommagement approprié en cas de divulgation partielle ou de non-divulgation, et cela inclut l'annulation des frais de procédure.
- (e) Le tribunal doit évaluer indépendamment si l'autorité publique a invoqué des raisons valables de non-divulgation ; la classification ne doit pas être considérée comme argument définitif contre la divulgation des informations. De la même façon, le tribunal doit évaluer la nature des dommages allégués par l'autorité publique, leur probabilité et l'intérêt public de la divulgation, en accord avec les normes définies dans le Principe 3.

Principe 29 : Accès des parties à l'information dans le cadre d'une procédure pénale

- (a) La cour ne peut interdire à un accusé d'assister à son procès pour des raisons de sécurité nationale.
- (b) En aucun cas une condamnation ou une privation de liberté ne peut être basée sur des preuves que l'accusé n'a pas eu l'opportunité d'examiner et de réfuter.
- (c) Dans l'intérêt de la justice, une autorité publique doit divulguer à l'accusé et à son avocat les charges qui pèsent contre lui et toutes les informations nécessaires pour assurer un procès équitable, que les informations soient ou non classifiées, conformément aux Principes 3 à 6, 10, 27 et 28, en tenant compte de l'intérêt public
- (d) Lorsque l'autorité publique refuse de divulguer des informations nécessaires à la tenue d'un procès équitable, la cour doit suspendre ou lever les charges.

Principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information
(« les Principes de Tshwane »), approuvés par la [Résolution 1954 \(2013\)](#) de l'APCE

« Dans tout procès équitable, les accusés doivent **avoir accès aux éléments de preuve présentés contre eux et une réelle possibilité de les réfuter**. Les normes internationales relatives aux droits de l'homme interdisent de ne pas communiquer des informations qui disculpent l'accusé (...) On ne peut retenir des informations que si cela est strictement nécessaire et suffisamment compensé par des garanties procédurales adéquates garantissant un procès globalement équitable (...) En outre, les États doivent veiller à ce que la présomption d'innocence ne soit pas compromise dans le contexte des infractions commises par des combattants terroristes étrangers. » (*Gestion des risques et menaces liés aux « combattants terroristes étrangers » : orientations sur une approche conforme aux droits de l'homme*, OSCE (ODIHR), 2018, et rapports des Nations unies sur les combattants terroristes étrangers)

Sur le droit à un procès équitable dans les affaires de lutte contre le terrorisme, voir également CIJ, [Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration](#), (en anglais), pp. 68-71.

En Italie, les témoins anonymes ne sont pas admissibles. Ce n'est qu'en cas d'opération d'infiltration que la loi permet aux policiers d'utiliser leur identité de couverture devant le tribunal. Ceci a un impact moins grave sur le droit de l'accusé à un procès équitable qu'un témoin qui serait totalement anonyme.

4. Sanctions

Article 15 **Sanctions à l'encontre des personnes physiques**

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 3 à 12 et 14 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent comporter la remise ou l'extradition.
2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions terroristes visées à l'article 3 et les infractions visées à l'article 14, dans la mesure où elles sont liées à des infractions terroristes, soient passibles de peines privatives de liberté plus sévères que celles prévues par le droit national pour de telles infractions en l'absence de l'intention spéciale requise en vertu de l'article 3, sauf dans les cas où les peines prévues sont déjà les peines maximales possibles en vertu du droit national.
3. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions énumérées à l'article 4 soient passibles de peines privatives de liberté maximales ne pouvant être inférieures à quinze ans pour l'infraction visée à l'article 4, point a), et à huit ans pour les infractions visées à l'article 4, point b). Lorsque l'infraction terroriste visée à l'article 3, paragraphe 1, point j), est commise par une personne dirigeant un groupe terroriste au sens de l'article 4, point a), la peine maximale ne peut être inférieure à huit ans.
4. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, lorsqu'une infraction pénale visée à l'article 6 ou 7 vise un enfant, cet élément puisse être pris en compte lors de la fixation de la peine, conformément au droit national.

Article 16 **Circonstances atténuantes**

Les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour que les peines visées à l'article 15 puissent être réduites lorsque l'auteur de l'infraction :

- a) renonce à ses activités terroristes ; et
- b) fournit aux autorités administratives ou judiciaires des informations qu'elles n'auraient pas pu obtenir autrement, les aidant :
 - i) à prévenir ou à limiter les effets de l'infraction ;
 - ii) à identifier ou à traduire en justice les autres auteurs de l'infraction ;
 - iii) à trouver des preuves ; ou
 - iv) à empêcher que d'autres infractions visées aux articles 3 à 12 et 14 ne soient commises.

Conseils

Les juges doivent veiller à ce que les sanctions soient proportionnelles au crime commis et au rôle de l'individu dans la commission de ce crime.

Commentaire : Comme le prévoit l'article 15 de la Directive, de nombreux États prévoient des peines plus lourdes (y compris, parfois, des peines obligatoires) pour les crimes liés au terrorisme, en raison de la gravité de ces infractions. L'article 16 énumère un certain nombre de circonstances atténuantes permettant aux juges de réduire les peines.

En Europe, dans plusieurs pays, un même comportement mais avec une intention « terroriste » peut entraîner des peines beaucoup plus sévères. Les systèmes nationaux varient en ce qui concerne la flexibilité accordée aux juges pour déterminer les peines. Le droit pénal et la pratique antiterroristes actuels de certains États sont caractérisés par une restriction du pouvoir discrétionnaire des juges afin de garantir des « peines dissuasives » et onéreuses (CSNU 2178).

Les juges doivent cependant veiller à la proportionnalité du recours au droit pénal et des sanctions qui en résultent, conformément aux principes fondamentaux des droits de l'homme. Les présomptions générales quant à la gravité des infractions liées au terrorisme peuvent ne pas être appropriées compte tenu de la portée élargie de ces infractions, dont la pratique montre qu'elles peuvent englober aussi bien des formes mineures de contribution et/ou sans intention criminelle claire, que des crimes très graves. En outre, si le comportement en question n'a aucun lien ou est très éloigné d'actes terroristes éventuels ou planifiés, et dans la mesure où des poursuites sont appropriées, il se peut que l'application de peines sévères ne soit pas proportionnelle à la gravité de l'infraction. L'évaluation judiciaire de tous les faits et circonstances doit garantir que la peine est proportionnée non seulement au crime, mais aussi au rôle de l'individu dans la commission de ce crime.

5. Les enfants dans la procédure pénale

Conseils

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale pour les juges, y compris lorsque ceux-ci sont indirectement affectés par des procédures liées au terrorisme, telles que celles relatives à des membres de leur famille.

Les enfants doivent être traités comme tels et, principalement, comme des victimes et non comme des auteurs de crimes. Les enfants soldats ne doivent pas être poursuivis pour des infractions pénales, crimes de guerre compris.

Les enfants ne doivent pas être jugés comme des adultes, mais traités conformément aux règles de la justice pour mineurs. Dans les poursuites ou les procès concernant des enfants pour des infractions liées au terrorisme, les procureurs et les juges doivent prendre toutes les mesures possibles à leur disposition pour soutenir l'adaptation de la procédure afin de garantir que l'enfant puisse participer efficacement à la procédure, que ses besoins spécifiques soient pris en compte et que l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté.

Commentaire : En pratique, comme l'a noté l'Institut interrégional de recherche des Nations unies sur la criminalité et la justice (UNICRI), en matière de lutte anti-terrorisme, les enfants sont de plus en plus considérés comme des menaces potentielles. Cette approche risque de porter atteinte à la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant ». (« Children and counter terrorism », United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), 2016, p. 77, cité dans : [Gestion des risques et menaces liés aux combattants terroristes étrangers](#) : orientations sur une approche conforme aux droits de l'homme, OSCE (ODIHR), 2018).

Article 3(1) : l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale dans toutes les actions concernant les enfants. Cet article vise les décisions prises par « les institutions publiques ou privées de protection sociale, les tribunaux, les autorités administratives ou les organes législatifs ». Le principe énoncé requiert des mesures d'intervention de la part de toutes les instances gouvernementales, parlementaires et judiciaires. Chaque institution ou organe législatif, administratif et judiciaire est tenu de se conformer au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en se demandant systématiquement comment les droits et les intérêts de l'enfant seront affectés par ses décisions et ses actes - par exemple, par une loi ou une politique proposée ou déjà en vigueur, une mesure administrative ou une décision judiciaire, y compris celles qui n'intéressent pas directement les enfants mais peuvent avoir des répercussions sur eux.

Article 12 : Droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur « toute question l'intéressant » et à ce que ses opinions soient dûment prises en considération. Ce principe, qui met en exergue le rôle de l'enfant en tant que participant actif à la protection et à la surveillance de ses propres droits, s'applique également à toutes les mesures adoptées par l'État pour appliquer la Convention.

Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observation générale n° 5 sur les mesures générales d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, para. 12

Selon l'article 9(1) de la CIDE, « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ... ». L'article 9(2) précise que « toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues ». L'article 9(3) souligne l'importance de maintenir des relations personnelles et des contacts directs avec les parents, et l'article 9(4) l'importance de fournir des informations aux parents, à l'enfant ou, le cas échéant, à un autre membre de la famille.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies a rappelé « (...) le droit de chaque enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale d'être traité conformément aux dispositions de l'article 40 de la Convention, ce qui signifie que tout individu, qui avait moins de 18 ans au moment où il a commis l'infraction qui lui est imputée, doit être traité conformément aux règles de la justice pour mineurs. » (CDE, Observation générale n° 10, para. 37).

Les procédures doivent être adaptées à l'âge de l'individu et menées sans intimidation. « La procédure doit être à la fois accessible et adaptée à l'enfant. Il faut veiller en particulier à offrir à l'enfant des informations qui lui sont adaptées et à l'aider à défendre sa cause, et prêter attention à la mise à disposition d'un personnel spécialement formé, à l'apparence des salles d'audience, à l'habillement des juges et des avocats, et à la présence de paravents et de salles d'attente séparées ». (CDE, Observation générale n° 12, para. 34).

Un enfant associé à une force armée ou à un groupe armé désigne toute personne âgée de moins de 18 ans qui est, ou qui a été, recrutée ou employée par une force armée ou un groupe armé à quelque titre que ce soit, y compris, mais pas uniquement, les enfants, garçons et filles, utilisés comme combattants, cuisiniers, porteurs, espions ou à des fins sexuelles (*Principes et lignes directrices sur les enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés* 2007). Indépendamment de la manière dont les enfants sont recrutés et de leur rôle, les enfants soldats sont des victimes, dont la participation à un conflit a de graves conséquences sur leur bien-être physique et émotionnel. Ils sont souvent victimes d'abus et la plupart d'entre eux sont témoins de morts, de meurtres et de violences sexuelles (voir : [Les six violations les plus graves](#)).

Alors que l'article 38 de la CIDE (en accord avec le droit international humanitaire et le droit pénal international) fixe à 15 ans l'âge minimum pour le recrutement et l'utilisation dans les hostilités, le Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (OPAC) fixe cet âge à 18 ans (en accord avec le droit international du travail). L'approche suivie par les systèmes de justice des mineurs offre des garanties supplémentaires et établit un âge minimum de responsabilité pénale (Liefwaard T. *Juvenile justice from a children's rights perspective*, dans *The Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, édité par Vandenhoele W, Reynaert D, De Smet E, Lembrechts S. Londres : Routledge ; 2015).

L'article 39 de la CIDE prévoit des « mesures visant à favoriser la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de l'enfant victime », entre autres, de conflits armés. L'article 6 du Protocole facultatif stipule, de façon plus restrictive, que les enfants qui ont été enrôlés ou utilisés dans des hostilités en violation du Protocole (donc pas n'importe quel enfant victime) peuvent bénéficier d'une « assistance appropriée en vue de leur réadaptation physique et psychologique et de leur réinsertion sociale ».

Selon la Directive européenne sur les victimes 2012/29/UE, lorsque la victime est un enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale et être évalué au cas par cas. Une approche adaptée à l'enfant, tenant dûment compte de son âge, de sa maturité, de ses opinions, de ses besoins et de ses préoccupations, doit être privilégiée.

Les enfants étrangers, comme ceux se trouvant actuellement dans des camps en Syrie et en Irak, ne constituent pas un groupe homogène et il existe un risque important qu'ils soient qualifiés à tort de « combattants étrangers » ou d'enfants soldats, d'enfants de « combattants étrangers », de victimes de la traite des êtres humains ou de victimes de crimes internationaux. Tous ces enfants se trouvent dans une situation vulnérable, vivent dans des conditions désastreuses et sont souvent traumatisés. La résolution 24/27 du CS stipule que les enfants recrutés dans des situations de conflit armé doivent être traités en priorité comme des victimes.

6. La coopération judiciaire

En vertu de l'article 22 de la Directive, l'article 2.6 de la décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 septembre 2005 relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes est modifié comme suit :

« 6. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour veiller à ce que les informations pertinentes recueillies par ses autorités compétentes dans le cadre d'une procédure pénale en lien avec des infractions terroristes soient rendues accessibles dès que possible aux autorités compétentes d'un autre État membre lorsque ces informations sont susceptibles d'être utilisées dans cet État membre aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes visées dans la directive (UE) 2017/541, ainsi que des enquêtes et des poursuites en la matière, sur demande ou spontanément, et conformément au droit national et aux instruments juridiques internationaux pertinents

7. Le paragraphe 6 n'est pas applicable lorsque le partage d'informations risque de compromettre des enquêtes en cours ou la sécurité d'une personne, ni dans le cas où il serait contraire aux intérêts essentiels de la sécurité de l'État membre concerné.

8. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que leurs autorités compétentes, lorsqu'elles reçoivent les informations visées au paragraphe 6, prennent, s'il y a lieu, des mesures en temps utile conformément au droit national.»

Conseils :

Les juges et les magistrats du parquet ne doivent pas autoriser ou soutenir l'expulsion ou l'extradition d'une personne pour laquelle il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque de subir une violation grave de ses droits fondamentaux (comme la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, une violation du droit à la vie, un déni de justice flagrant, ou un déni flagrant du droit à la liberté), ou dont la vie ou la liberté serait menacée pour des raisons de race,

de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social particulier ou d'opinions politiques, comme prévu par la Convention relative au statut des réfugiés.

Aucune exception n'est autorisée à l'interdiction de « refoulement », y compris pour des raisons de sécurité nationale, d'ordre public, de santé publique, ou de terrorisme. Les juges et les procureurs doivent vérifier l'existence de « motifs sérieux de croire » que ce risque existe et non pas l'existence du risque lui-même.

Le devoir de veiller à ce que ces droits ne soient pas violés lors d'une coopération interétatique s'applique même dans les cas où il existe une confiance mutuelle entre les deux pays

Les juges et les magistrats du parquet chargés des procédures d'extradition ou d'expulsion doivent évaluer l'existence du risque de refoulement de leur propre initiative, sans exiger qu'il soit soulevé par la personne concernée.

Les juges et les magistrats du parquet qui examinent les demandes d'extradition doivent tenir compte du fait que les assurances diplomatiques ne constituent pas une protection efficace lorsqu'il y a des raisons de croire qu'il existe un risque réel que les droits de la personne concernée fassent l'objet de violations graves.

Lors de l'examen d'une demande d'extradition, il est important que les juges évaluent son impact potentiel sur le droit à la vie familiale de la personne concernée et des membres de sa famille, et accordent une attention particulière à l'impact sur les enfants. L'intérêt supérieur de l'enfant - si une personne de moins de 18 ans est concernée par l'affaire - doit être le principe directeur primordial dans l'examen de toutes les décisions affectant cet enfant.

Aucune information ne devrait être fournie aux autorités policières, judiciaires ou de poursuite d'un autre État lorsqu'elles pourraient être utilisées en violation des droits de l'homme, notamment pour obtenir une condamnation dans le cadre d'un procès inéquitable. De telles allégations devraient être examinées à la lumière de la situation générale des droits de l'homme dans le pays en question, ainsi que des circonstances particulières de l'affaire. Il ne devrait pas y avoir d'échange d'information systématique par les forces de l'ordre, les services de renseignement, les procureurs ou les magistrats instructeurs sans garanties que le risque que ces informations soient utilisées en violation des droits de l'homme fasse bien l'objet d'une évaluation préalable dans chaque cas.

Commentaire : La Directive européenne 2017/541 encourage une réponse coordonnée et une coopération forte au sein, et entre, les États membres pour lutter contre le terrorisme (souligné notamment aux considérants 24 à 26). Que cette coopération passe par des procédures d'extradition, une entraide judiciaire ou l'échange d'informations, les États doivent néanmoins toujours s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme.

Le principe de non-refoulement est bien établi dans le droit international des droits de l'homme, où il s'applique à tous les transferts de ressortissants ou de non-nationaux, ainsi qu'aux réfugiés (article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés). Ainsi, la Convention contre la torture stipule explicitement dans son article 3, qu' : « [a]ucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture (...) Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives .»

Les cours et les tribunaux internationaux ont estimé que le principe de non-refoulement s'appliquait aux risques de violation de toute une série de droits différents. La Cour européenne des droits de l'homme a clarifié les obligations des États en la matière dans sa jurisprudence, qui précise notamment l'obligation de ne pas transférer des personnes vers des États où il existe un risque réel de torture ou d'autres traitements inhumains ou dégradants (CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*), de déni de justice flagrant dans les procès pour terrorisme (CEDH, *Othman c. Royaume-Uni*) et de détention arbitraire prolongée (CEDH, *Abu Zubaydah c. Pologne/Lituanie*). L'existence d'un risque spécifique pour les personnes associées au terrorisme est l'un des facteurs pris en compte par la Cour (CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*). Parmi ces droits on compte également la possibilité de contester de manière effective l'extradition elle-même ; face aux risques qui pèsent sur les droits auxquels il ne peut être dérogé, ce droit est lui-même indérogeable.

Le principe de la double incrimination exige généralement une équivalence des infractions pénales dans les systèmes pénaux des deux pays en question (pays de réception et pays d'envoi). L'équivalence ne doit pas nécessairement porter sur le nom ou la définition précise de l'infraction, mais doit porter sur le comportement incriminé. Dès lors, les procureurs et les juges doivent savoir, comme le montre clairement une dispute récente entre la Belgique et l'Espagne en matière d'extradition, que le fait de poursuivre des

individus pour des infractions considérées comme novatrices - et, comme indiqué plus haut, controversées - telles que la glorification du terrorisme, peut mener à des difficultés en termes d'extradition lorsque les autres États n'ont pas prévu ces infractions dans leur droit interne. Les préoccupations en matière de droits de l'homme concernant la portée des infractions et le principe de légalité, ou d'autres droits, créent des obstacles à la coopération interétatique pour de telles infractions.

Dans le cas de *Valtõnyc*, un tribunal belge de première instance a refusé l'extradition de ce rappeur espagnol, au motif que la glorification d'actes commis il y a plus de 40 ans ne constitue pas une infraction pénale en droit belge et ne relève pas de la définition du « terrorisme » au sens de la Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Le 3 mars 2020, il a été confirmé par la CJUE, à laquelle la juridiction belge avait posé une question préjudicielle, que l'autorité judiciaire d'exécution doit prendre en considération le droit de l'État membre d'émission dans sa version applicable aux faits, et non une version ultérieure, plus sévère, de ce droit.

Au sein de l'Union européenne, le mandat d'arrêt européen (MAE) établit un cadre juridique pour les procédures d'extradition entre ses États membres, afin de faciliter l'extradition et la communication directe entre les tribunaux nationaux en la matière. Le MAE repose sur la confiance mutuelle ou, comme précisé dans la Décision-cadre, sur un « degré de confiance élevé » entre les États membres en ce qui concerne le respect, par leurs systèmes de justice pénale respectifs, de leurs obligations nationales et internationales en matière de droits de l'homme.

Le MAE, et ce concept de confiance mutuelle, ne remplace pas les obligations de droit international en matière de droits de l'homme, énoncées ci-dessus. En 2016, la Grande Chambre de la Cour de justice de l'UE a rejeté l'application automatique du principe de confiance mutuelle et a estimé que son application aveugle n'était pas conforme aux obligations des États membres de l'UE en vertu de la Charte des droits fondamentaux (*Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, CJUE, para. 94 ; CIJ, *Transnational Injustices: National Security Transfers and International Law*, (en anglais), p.33).

De plus, le 25 juillet 2018, la CJUE a jugé que lorsqu'un État reçoit une demande de MAE et dispose de documents indiquant qu'il existe un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable (article 47 de la Charte de l'UE), en raison de défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission, l'État de réception doit d'abord déterminer s'il existe un risque de procès inéquitable. La CJUE a rendu son arrêt, sur la non-exécution des mandats d'arrêt européens (MAE) dans des cas de défaillances systémiques concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire (*affaire C-216/18 PPU [“LM”]*), à la suite d'une saisine de la Haute Cour irlandaise. Celle-ci doutait que la remise d'un ressortissant polonais à la Pologne soit conforme aux droits fondamentaux de l'UE, compte tenu de la « réforme judiciaire » ayant eu lieu en Pologne et de la procédure de l'article 7(1) engagée par la Commission européenne suite à cela (voir notamment *eu crim 1-2018*, p. 31).

L'existence de risques sérieux que les droits de l'homme soient compromis par d'autres États dans le contexte de la lutte antiterroriste devrait également guider toutes les autres formes de coopération, telles que l'entraide judiciaire ou l'échange d'informations. L'échange d'informations est crucial pour l'efficacité de l'application de la loi pénale, et selon le considérant 25 de la Directive, « les États membres devraient veiller à ce que les informations pertinentes recueillies par leurs autorités compétentes dans le cadre de procédures pénales, par exemple les services répressifs, les procureurs ou les juges d'instruction, soient rendues accessibles aux autorités compétentes respectives d'un autre État membre à l'égard duquel ils estiment que ces informations pourraient être pertinentes. De telles informations pertinentes devraient à tout le moins inclure, le cas échéant, les informations transmises à Europol ou à Eurojust conformément à la décision 2005/671/JAI ».

Néanmoins, tout échange d'informations de ce type est soumis, tout comme les autres dispositions de la Directive, aux dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, aux obligations internationales de l'État en matière de droits de l'homme (considérant 35) et aux droits des suspects ou des personnes accusées en vertu du droit de l'UE (considérant 36), y compris les directives relatives aux droits procéduraux (voir les directives de l'UE sur le [droit à l'information](#), le [droit à l'interprétation et à la traduction](#), le [droit d'accès à un avocat](#), le [droit à présomption d'innocence et d'assister à son procès](#), le [mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales](#) et le [droit à l'aide juridictionnelle](#)). Comme l'explique le considérant 25, « cela s'entend sous réserve des règles de l'Union relatives à la protection des données, telles qu'elles sont prévues dans la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil et sans préjudice des règles de l'Union régissant la coopération entre les autorités nationales compétentes dans le cadre des procédures pénales, notamment celles prévues dans la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil ou dans la décision-cadre 2006/960/JAI ». Il convient également de garder à l'esprit que la fourniture de preuves ou d'un autre soutien direct et concret lors d'un procès pour terrorisme d'une iniquité flagrante peut équivaloir à une aide ou une assistance dans la commission par un autre État d'un fait internationalement illicite (article 16 des articles de la CDI).

Commissaires de la CIJ

Octobre 2020 (pour la liste actualisée: www.icj.org/commission)

Président

Prof. Robert Goldman, Etas-Unis

Vice-Présidents

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Justice Radmila Dragicevic-Dicic, Serbia

Comité Exécutif

Juge Sir Nicolas Bratza, Royaume Uni

Dame Silvia Cartwright, Nouvelle-Zélande

(Présidente) Mme Roberta Clarke, Barbade/Canada

M. Shawan Jabarin, Palestine

Mme Hina Jilani, Pakistan

Juge Sanji Monageng, Botswana

M. Belisario dos Santos Junior, Brésil

Autres membres de la Commission:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, République de Corée

Juge Chinara Aidarbekova, Kirghizistan

Juge Adolfo Azcuna, Philippines

Mme Hadeel Abdel Aziz, Jordanie

M. Reed Brody, Etas-Unis

Juge Azhar Cachalia, Afrique du Sud

Juge Miguel Carbonell, Mexique

Juge Moses Chingengo, Zimbabwe

Prof. Sarah Cleveland, États-Unis

Juge Martine Comte, France

M. Marzen Darwish, Syrie

M. Gamal Eid, Egypte

M. Roberto Garretón, Chili

Mme Nahla Haidar El Addal, Liban

Prof. Michelo Hansungule, Zambie

Mme Gulnora Ishankhanova, Ouzbékistan

Mme Imrana Jalal, Fidji

Juge Kalthoum Kennou, Tunisie

Mme Jamesina Essie L. King, Sierra Leone

Prof. César Landa, Pérou

Juge Ketil Lund, Norvège

Juge Qinisile Mabuza, Swaziland

Juge José Antonio Martín Pallín, Espagne

Prof. Juan Méndez, Argentine

Juge Charles Mkandawire, Malawi

Juge Yvonne Mokgoro, Afrique du Sud

Juge Tamara Morschakova, Russie

Juge Willy Mutunga, Kenya

Juge Egbert Myjer, Pays-Bas

Juge John Lawrence O'Meally, Australie

Mme Mikiko Otani, Japon

Juge Fatsah Ouguergouz, Algérie

Dr. Jarna Petman, Finlande

Prof. Mónica Pinto, Argentine

Prof. Victor Rodriguez Rescia, Costa Rica

M. Alejandro Salinas Rivera, Chili

Prof. Marco Sassoli, Italie-Suisse

M. Michael Sfard, Israël

Juge Ajit Prakash Shah, Inde

Juge Kalyan Shrestha, Népal

Mme Ambiga Sreenevasan, Malaisie

Juge Marwan Tashani, Libye

M. Wilder Tayler, Uruguay

Juge Philippe Texier, France

Juge Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Ouganda

Juge Stefan Trechsel, Suisse

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombie

