

# Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme

Par Karine Roudier\*

Communication dans le cadre de l'atelier n° 2 :

Le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux.

Parmi les manifestations de violence, le terrorisme n'est qu'une variante. Toutefois, il revêt une spécificité certaine de par son caractère démesuré et sa cruauté. Le terrorisme est en effet un véritable fléau. Il est « insidieux comme le feu » et « jaillit spontanément là où l'on ne l'attend pas, couve sournoisement avant de se déclarer, se développe et se propage de manière irrationnelle, s'assoupit pour renaître de ses cendres alors que chacun le croyait définitivement maîtrisé »<sup>1</sup>. Ainsi, parce qu'il se manifeste de manière extrêmement violente et variable, le terrorisme appelle un traitement spécifique dans chaque ordonnancement. Lors de l'élaboration des réponses juridiques antiterroristes, les Etats se trouvent dans une situation embarrassante pour deux raisons. Tout d'abord, parce que les Etats doivent effectuer un choix de politique criminelle crucial lorsqu'il s'agit de savoir si l'acte de terrorisme se distingue de l'infraction politique. Ensuite, parce que les réponses à apporter aux actes de terrorisme sont difficiles à formuler.

Le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau. Il est né avec l'Etat et a été utilisé par les hommes pour plaider leur cause en créant un climat de terreur dans la population par le biais de l'intimidation, de la violence et de l'horreur. C'est pourquoi le terrorisme a pu être assimilé à une infraction politique<sup>2</sup> au regard de la volonté de son auteur. Cependant lorsque les Etats ont eu à choisir le modèle répressif de l'infraction de terrorisme, ils ont refusé cette assimilation pour deux raisons essentielles : la noblesse des délits politiques et le mécanisme de l'extradition.

Les infractions politiques ont longtemps été considérées plus nobles que les autres infractions. Les délits politiques ont très souvent fait l'objet d'une clémence généralisée par des mesures d'amnistie ou de remises de peines même si parfois, la justice a pu se montrer sévère en refusant de reconnaître le caractère politique de l'acte<sup>3</sup> dans certaines espèces. Les textes actuels suivent donc ce raisonnement<sup>4</sup>.

---

\* Allocataire-moniteur, Faculté de droit de Toulon, C.D.P.C. (U.M.R.-C.N.R.S. 6201), Université du Sud –Toulon Var.

<sup>1</sup> M-E CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *R.S.C.*, 1995, p. 711.

<sup>2</sup> Sur le régime des infractions politiques voir J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2000/2001, n° 290 ss.

<sup>3</sup> Pour illustrer cette remarque, citons le sort de l'assassin de Paul Doumer, en 1932. Gorguloff avait commis un geste politique par cet assassinat. La Cour de cassation, qualifia cependant ce crime d'infraction de droit commun et le criminel fut ainsi condamné à la peine capitale, peine qui ne pouvait être appliquée à une infraction politique. La peine de mort ne pouvait alors être prononcée pour une infraction politique. Elle fût cependant rétablie par un décret-loi du 29 juillet 1939 pour être définitivement supprimée par la loi du 9 octobre 1981. La jurisprudence ultérieure poursuivit dans le même sens en ne prenant pas en compte le mobile politique. Voir, par exemple, Cass. Crim. 12 mars 1969, Bull. crim., n° 116, 13 juin 1972, p. 286.

<sup>4</sup> Cette réaction paraît logique pour Francesco PALAZZO : « l'attentat terroriste n'est même pas fondé sur la rationalité cynique de « la fin justifie les moyens » : du moins quand l'expérience montre que le fait se limite à un geste déclamatoire vide quoique ruisselant de sang parce inadéquat ou non proportionné pour atteindre l'objectif politique concret. En outre, le caractère réellement altruiste de la motivation politique est également discutable. L'acte terroriste, en effet, est plutôt l'expression d'une « exploitation barbare des autres », de la victime, avant tout, évidemment. ». Ainsi, le terrorisme se caractériserait par un « mépris souverain pour la victime humaine », il exploite les « masses ». (« Terrorism et législation anti-terroriste en Italie », *R.S.C.*, 1987, p. 644).

Par ailleurs, plusieurs textes européens<sup>5</sup> et nationaux<sup>6</sup> stipulent que dans les cas d'infractions politiques, l'extradition est interdite. En ratifiant la Convention de Strasbourg du 27 janvier 1977 sur la répression du terrorisme l'Italie a ainsi permis l'extradition des terroristes<sup>7</sup>. Les institutions françaises se conforment également au respect du principe de non assimilation du terrorisme à une infraction politique. Le Conseil d'État, notamment, ne reconnaît pas le terrorisme comme un acte politique mais comme un « acte de particulière gravité »<sup>8</sup>. Selon certains auteurs, ce refus ne s'explique que par la prise en considération du terrorisme par la Haute juridiction. Par cette définition restrictive de l'infraction politique (qui ne peut être un acte trop grave), le Conseil d'État ne s'oppose pas à l'extradition des auteurs d'actes terroristes.

La déqualification de l'infraction de terrorisme en infraction de droit commun permet donc une meilleure répression du phénomène. Le débat sur le caractère moral des actions terroristes ne s'ouvre pas dès lors qu'il est distingué des infractions politiques. Les discussions qui ont encadré l'adoption de la loi française de 1986 illustrent bien cette volonté d'éviter une polémique à ce sujet et la loi de 1996 en reprenant presque à l'identique la définition donnée dix ans plus tôt confirme la tendance. De son côté, l'état italien a aussi « évité de considérer les terroristes comme ses interlocuteurs politiques ; de même, la majeure partie du peuple italien n'a jamais clairement montré une volonté de pacification à l'égard de ceux qu'il considère avant tout comme des délinquants sanguinaires »<sup>9</sup>. La volonté de répression des actes de terrorisme ne fait ainsi aucun doute. Même si les manifestations terroristes qu'a connues l'Italie à la période de la fin des années soixante-dix et au début des années quatre-vingt, étaient toutes liées à la politique, l'Etat n'a pas voulu assimiler l'infraction de terrorisme à une infraction politique.

La lutte contre le terrorisme appelle donc une réflexion particulière. Elle s'inscrit, bien évidemment, dans la problématique traditionnelle, que rencontre toute démocratie libérale, de la conciliation de l'ordre et de la liberté. En ce qui concerne le terrorisme, la résolution de cette question touche aux fondements démocratiques de l'Etat de droit et met en jeu la capacité de l'Etat à répondre à ces entreprises d'une rare violence. La recherche de solutions place les gouvernants dans une situation délicate, car ils sont confrontés à la difficulté de trouver des réponses efficaces contre un ennemi quasiment invisible et imprévisible. Dans les démocraties occidentales où la garantie des droits fondamentaux a une importance capitale, la réponse à apporter aux actes terroristes doit évidemment s'inscrire dans le cadre de l'Etat de droit. Or, la lutte contre le terrorisme revêt un aspect pernicieux, et ce de deux points de vue.

D'une part, afin de préserver l'ordre public, la sécurité publique au niveau national, les Etats se trouvent dans l'obligation d'introduire dans leur ordonnancement des mesures de lutte qui ont des répercussions sur les personnes dans leur vie quotidienne. Ce ne sont donc pas uniquement les auteurs des actes terroristes qui subissent directement le poids de cette législation, mais aussi, sous certains aspects, tous les citoyens qui en paient le prix, en plus de celui de la terreur.

D'autre part, parce que, empruntant diverses voies, une lutte efficace contre les entreprises terroristes appelle une réaction dans plusieurs domaines et qui s'exerce de diverses manières : une

---

<sup>5</sup> Par exemple, article 3.1 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

<sup>6</sup> Article 10, al. 5 et 26, al. 2 de la Constitution italienne et article 13, al. 3 de la Constitution espagnole.

<sup>7</sup> Loi n° 179 du 26 novembre 1985. L'article 2 de cette loi contient toutefois une clause de restriction : les autorités italiennes doivent refuser l'extradition lorsqu'il s'agit d'un délit « qu'on doit considérer politique, dans le respect de la Constitution italienne ».

<sup>8</sup> C.E. 7 juillet 1978, *Croissant*, Rec. Lebon, p. 292 ; C.E. 9 mai 1994, *Bracci*, Rec. Lebon, p. 226 ; C.E. 24 février 1995, *Persichetti*, Rec. Lebon, p. 104.

<sup>9</sup> F. PALAZZO, « Terrorisme... », *op. cit.*, p. 643.

thérapie à très large spectre contre un mal extrêmement dangereux. Plusieurs catégories de droits fondamentaux sont donc affectées, à divers degrés, par les mesures étatiques.

Une approche comparée des moyens de lutte contre le terrorisme met en lumière le fait que les Etats ne réagissent pas de manière uniforme. En effet, la prise en compte du terrorisme dans les ordonnancements étatiques n'est pas systématique et dépend, pour beaucoup, de l'histoire de chaque pays. Ainsi, certains Etats, qui ont été confrontés à des attentats terroristes sur leur sol de manière plus ou moins fréquente, ont veillé depuis longtemps à mettre en place une législation spécifique en la matière (l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, le Portugal et le Royaume-Uni). D'autres Etats ont choisi de poursuivre les actes terroristes sur le fondement d'infractions connexes (explosifs, enlèvement, détournement de bateaux ou d'avions, recel, blanchiment, prise d'otages, etc). Cette attitude divergente sur le plan interne n'interdit pas une coopération entre les Etats au sein d'organisation internationale ou régionale. De nombreuses conventions visant à lutter contre le terrorisme ont ainsi été adoptées dans le cadre de l'ONU et de l'Union européenne recueillant l'adhésion de la majorité des Etats occidentaux.

Toutefois, l'ampleur des attentats de New York en septembre 2001 et de Madrid en mars 2004 a conduit les Etats à reconsidérer leurs moyens de lutte contre le terrorisme. Ces attentats ont engendré une réelle prise de conscience des insuffisances des législations en vigueur pour prévenir et pour lutter contre ce type d'actes. Les Gouvernements ont, en effet, toujours eu tendance à répondre au terrorisme aussi sévèrement que les attentats impulsant cette réaction législative ont pu être choquants : les réponses juridiques interviennent généralement dans les jours suivants une attaque terroriste, si bien qu'elles sont marquées par l'urgence et l'émotion. A ces deux caractéristiques s'ajoute un fort sentiment d'impuissance. La réalisation de nouveaux attentats révèle des failles dans la législation existantes. Les Etats sont alors incités à élargir leur champ de prévention et de répression pour éviter de nouvelles attaques. Cet élargissement provoque une plus large emprise sur les droits fondamentaux qui est inquiétante, mais que l'opinion publique accepte, tant le choc de l'attentat occupe toujours les esprits. Dès lors, le législateur est tenté de prendre des mesures d'application temporaires révélant sa difficulté de gestion du phénomène terroriste<sup>10</sup>. Les conséquences spécifiques qu'engendre le terrorisme, révèlent la difficulté des Etats à appréhender le phénomène et spécialement l'impossibilité d'en donner une définition objective et concise. D'ailleurs, les carences des législations antiterroristes existantes résident fréquemment dans l'altération de la qualité de la définition de l'infraction de terrorisme, qui de ce fait devient le point névralgique des mesures de lutte contre le terrorisme. Plus les doutes sur l'effectivité de la définition de l'infraction seront élevés, plus l'emprise sur les droits fondamentaux sera importante.

Dans ce contexte, la lutte contre ce fléau est une priorité pour tout Etat. Le constat de l'uniformité des réponses étatiques antiterroristes basée sur le droit commun et de leurs insuffisances, implique une réflexion sur la capacité du droit constitutionnel à fournir un cadre stable au législateur pour qu'il puisse mettre en place, de manière durable, les moyens de lutte nécessaires tout en préservant les garanties des droits fondamentaux. Le droit constitutionnel en vigueur ne propose pas de solutions uniformes pour gérer le problème du terrorisme en raison de ces spécificités. Le terrorisme en devient un objet dont le droit constitutionnel a du mal à s'emparer (I). Cependant, l'existence même du terrorisme et l'ampleur des difficultés qu'il engendre affectent tous les ordonnancements juridiques et particulièrement les normes constitutionnelles qui, dès lors, sont contraints à s'adapter. Cette réalité plaide en faveur de la nécessité d'adaptation du droit

---

<sup>10</sup> Tel est le cas du chapitre V de la loi pour la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001, relatif au terrorisme, dont l'application était prévue jusqu'au 31 décembre 2003 ; la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003 a prolongé l'application de la majeure partie des articles du chapitre V de la LSQ jusqu'au 31 décembre 2005.

constitutionnel au terrorisme et plus généralement aux évolutions de la société dans le but d'assurer l'avenir des démocraties (II).

## **I. - L'insertion difficile du terrorisme dans la sphère constitutionnelle**

De manière générale, les textes constitutionnels n'abordent pas directement le phénomène terroriste. Il s'ensuit que les solutions qu'ils proposent ne sont pas nécessairement adaptées au terrorisme, de sorte que les règles constitutionnelles qui peuvent aujourd'hui être utilisées n'ont pas toutes la même efficacité (A). Les législateurs franchissent cette première difficulté et se tournent alors vers le droit pénal pour développer les moyens de prévention et de répression contre les actes de terrorisme. Cependant, ils se retrouvent confrontés à une deuxième difficulté. La référence systématique des définitions de l'infraction de terrorisme à la finalité poursuivie par l'auteur, suscite des doutes fondés au regard de l'objectivité de la qualification et, en conséquence, de la précision des moyens de lutte remettant ainsi en question l'approche du terrorisme par le seul droit commun (B).

### **A. - L'absence de réponses spécifiques au terrorisme dans les textes constitutionnels**

Les Constitutions fournissent aux législateurs plusieurs bases normatives permettant la gestion des situations "de crise", parmi lesquelles le terrorisme pourrait trouver sa place. A ce titre, les Constitutions espagnole, italienne et française offrent un champ de comparaison intéressant. Les trois textes constitutionnels prévoient des situations graves pouvant mettre en péril les fondements étatiques et donnent les compétences nécessaires aux législateurs pour les affronter. Toutefois, la précision de chaque texte est différente et son adaptation à la gestion du phénomène terroriste est variée.

Les dispositions constitutionnelles françaises et italiennes relatives à la guerre et les régimes d'exception français se révèlent ainsi inadaptées à la lutte contre le terrorisme.

Les Constitutions française<sup>11</sup> et italienne<sup>12</sup> envisagent la déclaration de guerre, mais ces articles ne sont pas adaptés à la lutte contre le terrorisme. Les attaques terroristes sont de provenance incertaine et l'ennemi est souvent invisible. L'impossibilité de savoir qui a attaqué entraîne l'impossibilité de savoir qui attaquer en signe de riposte. Les actions terroristes ne constituent donc pas des déclarations de guerre, même si elles y ressemblent beaucoup. La provenance incertaine ne permet pas une réponse ciblée. L'hypothèse de réponse aveugle ne ferait que réjouir ceux qui ont commandité les attentats. De plus, déclarer la guerre à un ennemi invisible reviendrait à déclarer la guerre à des pays entiers sans distinction, ce qui porterait atteinte aux principes du droit international et au droit humanitaire<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Article 35 de la Constitution française : « La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement ».

<sup>12</sup> Article 78 de la Constitution italienne : « Les Chambres décident l'état de guerre et confèrent au Gouvernement les pouvoirs nécessaires ».

<sup>13</sup> A ce propos, de nombreux observateurs se sont interrogés sur le bien-fondé de la réaction des Etats Unis après le 11 septembre lorsqu'ils ont décidé de lancer une offensive armée contre l'Afghanistan, voir L. CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *Rev. Gén. Dr. Inter. Public*, 2001, p. 834-840.

De même, les régimes d'exception prévus par la Constitution française à l'article 16<sup>14</sup> et à l'article 36<sup>15</sup> ne peuvent être employés pour la lutte contre le terrorisme. Le terrorisme présente un danger certain pour les institutions de la République, l'indépendance de la Nation et l'intégrité de son territoire. Toutefois, l'article 16 ne peut pas servir de fondement à une réponse efficace aux actes terroristes car il répond à une situation exceptionnelle et ponctuelle. Or, depuis 2001, la menace terroriste est diffuse, variable dans son intensité et surtout permanente au niveau mondial. L'état de siège prévu par l'article 36 de la Constitution française correspond lui aussi à un régime de circonstances exceptionnelles en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée. La déclaration d'état de siège confère de larges pouvoirs à l'autorité militaire qui peut exercer tous les pouvoirs de police qu'elle décide. Les hypothèses qui conditionnent la déclaration d'état de siège ne répondent pas aux caractéristiques du phénomène terroriste puisque les attaques terroristes ne constituent pas des périls résultant d'une guerre et encore moins des insurrections à main armée.

Un autre régime pourrait être envisagé, même s'il n'apparaît pas dans la Constitution. C'est celui de l'état d'urgence instauré par la loi du 3 avril 1955, qui peut être déclaré pour tout ou partie du territoire par le Gouvernement « en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou lorsque des événements ont le caractère « d'une calamité publique ». Son institution accroît les pouvoirs de police de l'administration civile. Le terrorisme vise effectivement à instaurer un trouble à l'ordre public grave et la menace terroriste appelle une réponse urgente. Pour autant, la mise en place de ce régime ne semble pas correspondre à la gestion de situations terroristes. En effet, la notion d'urgence de la loi de 1955 fait référence à un péril imminent pour l'Etat. Or si le terrorisme porte gravement atteinte à l'ordre public (objectif de l'auteur selon la définition de l'article 421-1 du Code pénal) et vise la déstabilisation de l'Etat, il est difficile de le considérer comme un danger imminent au sens de la loi de 1955.

L'inadaptation des régimes d'exception de la Constitution ne peut être aussi affirmative pour l'Italie. En effet, la doctrine évoque un régime d'état de siège qui se serait construit à travers la pratique ou encore celle d'un état de nécessité. Toutefois, un débat existe sur le fondement normatif de ces régimes qui semblerait résider dans l'article 77 de la Constitution ou peut être, sur la notion même de nécessité<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Article 16, al.1 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que de Conseil constitutionnel ; al.2 : Il en informe la nation par un message ; al.3 : Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet ; al.4 : Le Parlement se réunit de plein droit ; al.5 : L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ».

<sup>15</sup> Article 36 : « L'état de siège est décrété en Conseil des Ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut-être autorisée que par le Parlement ».

<sup>16</sup> Le Professeur italien DE VERGOTTINI explique que « selon une certaine orientation, l'état de nécessité est un régime juridique qui a pour but la protection de l'ordre juridique de l'Etat, et qui permet l'utilisation, formellement déclarée par un organe habilité par la Constitution, de pouvoirs exceptionnels. Ce régime se manifeste au travers de mesures d'urgence limitatives des droits, et d'instruments de protection correspondants ». G. DE VERGOTTINI, « Les états de nécessité en droit public italien », *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. III, La Garde, Université de Toulon et du Var- C.D.P.C., 1988, p. 75. Jean-Jacques PARDINI expose le débat doctrinal qui s'est développé sur cette question, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie en France*, Paris, Economica, 2001, p. 274-275.

Quelle que soit l'issue de ce débat, les normes italiennes qui sont intervenues pour lutter contre le terrorisme se fondent sur l'article 77. L'alinéa 2 de cet article<sup>17</sup> permet au Gouvernement de gérer les situations répondant à « des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence »<sup>18</sup> par la rédaction de décret-loi<sup>19</sup>. Ces mesures provisoires ont force de loi. Le Gouvernement doit présenter le décret-loi le jour même afin que les chambres le convertissent en loi. Si la conversion n'est pas opérée dans un délai de 60 jours suivant leur publication, ils sont abrogés *ab initio*.

Cette disposition constitutionnelle permet ainsi au Gouvernement de fournir une première réponse aux actes terroristes et de faire naître un débat au sein de la classe politique. Ce régime « dérogatoire » sera ensuite, grâce à la conversion parlementaire, examiné et débattu. Il sera ensuite intégré dans le droit commun si cela est nécessaire ou, abrogé *ab initio* si les dispositions n'ont plus lieu d'exister. Ce délai de 60 jours est heureux. Il donne aux hommes politiques une première période de recul bénéfique. Sous cette forme, la norme constitutionnelle que constitue l'article 77 est efficace, de manière temporaire néanmoins, puisque après 60 jours le relais est pris par le droit commun.

Le Gouvernement a, par ce biais, répondu aux actes terroristes des « années de plomb »<sup>20</sup> et a intégré dans le corpus législatif italien toute une série de lois qualifiées « *legislazione d'emergenza* ». Lorsqu'il a du, à nouveau, intervenir en matière de terrorisme au lendemain du 11 septembre 2001, le Gouvernement a emprunté la même voie.

La gestion des actes terroristes par la législation dite « d'urgence » ou « *emergenza* » a incité les auteurs à s'interroger sur cette notion. L'« *emergenza* » ou « fait d'*emergenza* » serait employé pour décrire « une situation de fait particulière qui, à cause de cette particularité, échappe à la prévision du droit normalement en vigueur »<sup>21</sup>. Ce seraient « les caractères exceptionnel et extraordinaire d'une situation de fait donnée qui rendent inadaptés et donc inopérants les instruments juridiques prévus pour les temps ordinaires »<sup>22</sup>. La législation « d'*emergenza* » désignerait l'ensemble des actes du Parlement exprimant « une politique législative ayant pour but de discipliner, au moyen d'une source normative prévue par la Constitution, des situations anormales de danger, même politique »<sup>23</sup>. « Les particularités du « fait d'*emergenza* » résident

---

<sup>17</sup> L'article 77 alinéa 2 est ainsi rédigé : « Lorsque dans des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit, le jour même, les présenter pour leur conversion en lois aux Chambres qui, même si elles sont dissoutes, sont convoquées à cette fin et se réunissent dans un délai de cinq jours ». L'alinéa 3 poursuit : « les décrets sont abrogés *ab initio* s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours qui suivent leur publication. Les Chambres peuvent toutefois régler par une loi les rapports juridiques créés par des décrets non convertis ».

<sup>18</sup> La confusion du débat sur l'existence de régimes d'exception est accentuée par le fait que la notion d'urgence de l'article 77 a été étendue de telle sorte que le Gouvernement a légiféré dans des domaines où l'urgence n'avait pas lieu d'apparaître, par exemple la révision du Code pénal. Désormais, la frontière entre pouvoirs en période exceptionnelle ou pouvoir en période « normale » est transparente.

<sup>19</sup> Sur le sujet, voir M. BAUDREZ, *Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Paris, Economica, 1994, p. 139.

<sup>20</sup> Les données statistiques permettent de se faire une idée de l'importance du phénomène sur le territoire italien. Pour la période 1969-1975 4400 attentats furent perpétrés, leur nombre doubla lors de la période allant de 1976 à 1980 (8400 attentats recensés) puis diminua sur la période 1981-1986 (2800 environ). La période 1977-1979 fut la plus critique, particulièrement 1978, année durant laquelle on enregistra 2500 attentats politiques. Ainsi, de 1969 à 1980, homicides, séquestrations ; attentats se succédèrent, véritable terrorisme « à la chaîne », créant dans l'opinion publique un sentiment d'angoisse très fort.

<sup>21</sup> J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le "fait"...*, *op.cit.*, p. 273.

<sup>22</sup> J.-J. PARDINI, *ibidem*, p. 273.

<sup>23</sup> Un autre débat anime la doctrine italienne. Il consiste à savoir si « l'*emergenza* » désigne un état de nécessité par rapport à une situation sociale et politique existant effectivement ou, un état de nécessité entendu comme « l'attribut

donc dans sa « potentialité » à être qualifié de telle manière à permettre (et à imposer) une législation *ad hoc* pour faire face à la situation extraordinaire et/ou exceptionnelle que ne peut régir le droit ordinaire »<sup>24</sup>. L'*emergenza* est en ce sens différente de la crise. Comme l'écrit Massimo LUCIANI<sup>25</sup>, « l'*emergenza* » est une « vision optimiste » de la crise car elle n'est que temporaire ; si les difficultés du système devaient se prolonger dans le temps (là serait la crise) « les réponses qui devraient être apportées seraient fournies par des choix de réforme structurelle (prévus pour le long terme) et non par des options conjoncturelles qui opposent au caractère extraordinaire (des conditions) le caractère extraordinaire (de moyens de défense) ». Dans le même sens, le Professeur MARAZZITA<sup>26</sup> distingue les normes spéciales, dérogatoires permanentes adoptées en des temps normaux, et les normes « d'*emergenza* » qui posent une dérogation temporaire propre à faire face à une situation contingente.

L'ambiguïté du système italien ressort alors. La législation italienne antiterroriste<sup>27</sup> a été élaborée sur la base de l'article 77 au nom de l'urgence durant la période des années de plomb pendant laquelle les attentats se succédaient. Cette notion « d'*emergenza* » a donc servi à la gestion de situations momentanées qui exigeaient certaines dérogations temporaires. Toutefois, une grande partie des dispositions ainsi adoptées ont intégrées de manière définitive l'ordonnement législatif italien suite à la conversion du Parlement.

L'efficacité de cette norme constitutionnelle est néanmoins à relativiser. La procédure des décrets-lois a connu une utilisation variée. L'utilisation de l'article 77 est devenue une véritable pratique politique en Italie<sup>28</sup>. Si bien que les termes de « nécessité » et « d'urgence » ne pourraient recevoir de définition objective et en deviendraient des concepts juridiques indéterminés<sup>29</sup>. On en vient à se demander si les décrets-lois appartiennent à ces mécanismes « dérogatoires » du droit commun ou au contraire, à la sphère des mécanismes ordinaires. La résolution de cette question permettrait de déterminer l'adaptation des législations d'exceptions au traitement du terrorisme.

Ainsi, l'article 77 de la Constitution italienne est de nature ambivalente mais il constitue la seule norme constitutionnelle non spécifique au terrorisme utilisable dans un contexte d'urgence engendré par un attentat terroriste. Les autres dispositions constitutionnelles française et italiennes ne permettent pas d'appréhender les particularités du terrorisme.

A l'inverse et parce que le territoire espagnol connaît depuis longtemps des attentats terroristes, la Constitution de 1978 a explicitement pris en compte le phénomène. Ainsi l'article 55-2 donne la possibilité au législateur par l'intermédiaire d'une loi organique et sous certaines conditions, de contrôle judiciaire et parlementaire, de suspendre certains droits fondamentaux dans le cadre de l'enquête sur des éléments terroristes.

---

qualifiant les sources normatives destinées à régler la situation de danger (dans le cas concret, la loi parlementaire et non des mesures *extra ordinem*) », l'*emergenza* ferait alors partie de la nécessité.

<sup>24</sup> J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait »...*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>25</sup> M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984, p. 191.

<sup>26</sup> G. MAZZARITA, « Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania », *Giur. cost.*, 1997, p. 2108.

<sup>27</sup> Particulièrement le décret-loi n° 625 du 15 décembre 1979 converti par la loi n° 15 du 6 février 1980 et la loi n° 304 de 1982.

<sup>28</sup> Maryse BAUDREZ décrit cette pratique par le terme de « décrétomanie », *Les actes législatifs...*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>29</sup> C. FRESA, *Provvisiorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padoue, Cedam, 1981, p. 47.

La mention du terrorisme au sein même du texte constitutionnel constitue une avancée notable comparée aux Constitutions française et italienne. L'article 55-2<sup>30</sup> offre aussi au législateur les outils pour prévenir et réprimer les actes de terrorisme. L'article 55-2 prévoit la possibilité de suspension des droits reconnus à l'article 17 al. 2 (garde à vue pour une durée limitée) et 18 alinéa 2 (inviolabilité du domicile) et 3 (secret des correspondances) dans le cadre d'enquêtes sur l'action de bandes armées ou d'éléments terroristes. Cette suspension de droits ne peut viser que des comportements individuels et non collectif. Une loi organique doit déterminer la forme de cette suspension ainsi que l'intervention judiciaire adéquate et un contrôle parlementaire. La Constitution encadre la marge d'appréciation du législateur. L'article 55-2 donne la possibilité, et en aucun cas impose, au législateur de suspendre certains droits expressément visés. Le législateur est ainsi guidé dans son action et il est assuré de se maintenir dans les limites de l'état de droit.

L'article 116 de la Constitution espagnole prévoit par ailleurs l'éventuelle mise en œuvre de l'état d'alerte, l'état d'exception et l'état de siège et leur gestion par une loi organique. Mais, sans plus amples précisions des constituants, on peut douter de l'utilité de ces régimes pour répondre au terrorisme.

Les constituants espagnols ont ainsi fait preuve de prévoyance en donnant aux législateurs les moyens d'agir durant des périodes délicates mais, concernant le domaine spécifique de la lutte contre le terrorisme, l'apport du texte constitutionnel est mitigé. Le législateur espagnol trouve dans le texte constitutionnel les moyens pour organiser les enquêtes d'actes terroristes mais la Constitution n'apporte que de faibles éléments de réponses concernant la lutte contre le terrorisme dans sa globalité et, notamment la définition du phénomène. Ainsi, le législateur espagnol a le choix entre deux options. La première consiste à utiliser le mécanisme des décrets-lois<sup>31</sup> (comme le fait son homologue italien). Toutefois, le constituant pose des garanties en interdisant au législateur de modifier par ce biais les droits, devoirs et libertés du citoyen mentionnés au Titre 1 de la Constitution. La seconde revient à utiliser la procédure législative ordinaire comme le fait le législateur français. L'efficacité de la référence du terrorisme dans la Constitution espagnole est donc contrastée.

Les constituants des trois pays ont réagi de manière différente et ont donné aux législateurs des moyens d'actions contre le terrorisme qui se révèlent plus ou moins adaptés aux spécificités du phénomène. Les constituants espagnols et italiens donnent la possibilité aux gouvernements de répondre aux situations de nécessité et d'urgence qui pourraient naître des suites d'un attentat terroriste par les décret-loi mais l'obligation de conversion de ces normes par le législateur implique le développement de la lutte contre le terrorisme sur la base du droit commun. Les constituants français n'ont pas mis en place de régime d'exceptions dans lesquels la gestion d'un acte de terrorisme pourrait entrer. Dès le départ, le législateur emprunte la voie du droit commun.

En conséquence, les législateurs vont tous agir sur le plan du droit commun et plus précisément du droit pénal. Ils vont dès lors, être confrontés à des questions délicates dans la mise en place de cet arsenal préventif et répressif au regard des droits fondamentaux et au regard notamment de la définition du concept même de terrorisme.

## **B. – L'approche téléologique du terrorisme par les législations pénales**

---

<sup>30</sup> Article 55-2 de la Constitution espagnole : « Une loi organique pourra déterminer la forme et les cas où, à titre individuel et avec l'intervention judiciaire nécessaire et le contrôle parlementaire adéquat, les droits reconnus aux articles 17 § 2 et 18 § 2 et 3, peuvent être suspendus à l'égard de certaines personnes, dans le cadre des enquêtes sur l'action de bandes armées ou d'éléments terroristes ».

<sup>31</sup> Article 86 de la Constitution espagnole.



Le devoir de définition de l'infraction de terrorisme implique pour le législateur l'obligation de définir le terrorisme lui-même. Or, ce concept reçoit une variété de définition et le législateur se trouve dans une situation embarrassante face à un phénomène nébuleux, protéiforme et mouvant. Devant le silence du texte constitutionnel, le législateur doit choisir l'approche la plus rationnelle qui permettra une lutte efficace. Il ressort de la confrontation des définitions législatives du terrorisme que les infractions de terrorisme sont définies selon une même structure, qui met en avant la finalité de l'acte. Cependant, toutes ces définitions présentent une variété dans leur précision.

La structure de la définition de l'infraction de terrorisme est généralement binaire : un premier élément est représenté par une série de comportements qui constituent le moyen de réalisation de l'attentat, auquel vient se greffer un second élément de nature téléologique (c'est à dire le but que souhaite atteindre l'auteur de l'infraction). La variété dans les définitions réside dans le soin que prend le législateur à présenter les deux éléments. La liste d'infractions "support" sera ainsi plus ou moins longue et renverra, dans certains pays, à des textes précis. De même, le but poursuivi par l'auteur et qui permettra le cas échéant la qualification de l'infraction de terrorisme, sera détaillé de manière plus ou moins explicite.

Les définitions présentent toutes les mêmes lacunes dans le sens où aucune n'est assez précise pour qualifier, de manière systématique un acte d'acte terroriste. En revanche, dans la mesure où les infractions visées sont – généralement – des infractions de droit commun qui préexistent à l'acte terroriste et qui ont une existence autonome, l'ensemble de ces définitions accorde donc une place centrale au but de l'auteur. Cet élément subjectif, qui pose systématiquement un problème de clarté n'est pas sans engendrer des difficultés d'interprétation. Une issue pourrait être trouvée grâce à la décision-cadre du Conseil européen du 13 juin 2002.

Le droit français entre parfaitement dans ce schéma. Le terrorisme est ainsi défini par l'article 421-1 du Code pénal. Le législateur énumère des infractions déjà réprimées par un Code (pénal, monétaire et financier) ou une loi spécifique<sup>32</sup> ou encore *ex-nihilo*<sup>33</sup>. Il exige ensuite qu'elles soient commises « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

Ce dispositif simple présente un avantage non négligeable car le législateur peut actualiser cette liste en fonction des circonstances, afin de la rendre toujours effective. Ainsi, depuis la création de l'infraction de terrorisme par la loi du 9 septembre 1986, plusieurs lois ont complété la liste des infractions énumérées à l'article 421-1 du Code pénal<sup>34</sup>.

Mais cette technique binaire présente aussi des inconvénients. La qualification de l'infraction de terrorisme répond à trois exigences : l'acte doit correspondre à une infraction prévue aux articles 421-1 à 421-2-3 du Code pénal, ce qui paradoxalement ne ferait pas entrer dans le champ de la norme un acte commis manifestement dans un but terroriste mais qui ne serait pas prévu dans la liste d'infraction ; l'acte doit ensuite être en relation avec une « entreprise individuelle ou collective » ; enfin, l'infraction doit être réalisée avec la volonté de gravement troubler, de manière intentionnelle, l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.

---

<sup>32</sup> Pour exemple : loi du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives ; loi du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à bases de toxines. Pour une vue complète, voir l'article 421-1 du Code pénal.

<sup>33</sup> Cela concerne les articles 421-2 à 421-2-3 du Code pénal visant le terrorisme environnemental, la participation à un groupe en vue de préparer un acte terroriste, le financement du terrorisme et le fait de disposer de sommes d'argent sans raison tout en ayant des relations avec des personnes se livrant à des activités terroristes.

<sup>34</sup> Par exemple : loi du 22 juillet 1992 pour le terrorisme environnemental, loi du 22 juillet 1996 pour l'association de malfaiteurs, loi du 17 juin 1998 pour les comportements liés aux armes chimiques, loi du 15 novembre 2001 pour les infractions de blanchiment, les délits d'initiés et de financement d'une entreprise terroriste

Des difficultés plus importantes peuvent surgir au niveau des deux derniers critères comportant des formules relativement vagues telles que l'«entreprise», les «troubles graves» à l'ordre public ou encore l'«intimidation» et la «terreur». De nombreuses critiques ont d'ailleurs été en ce sens formulées, ce qui laisse place à une certaine perplexité qui est d'autant plus grande que ce schéma est reproductible<sup>35</sup>.

De la même manière, le législateur espagnol<sup>36</sup> se réfère à deux articles du Code pénal qui répriment une série d'infractions qui seront qualifiées de terroristes en fonction du but poursuivi par leur auteur<sup>37</sup>. Le législateur espagnol est néanmoins plus succinct sur la liste d'infractions «supports» de l'acte terroriste. De son côté, le législateur portugais suit à peu près la même logique<sup>38</sup> et ne vise que des comportements répréhensibles, et non pas, des infractions déjà réprimées, qui seront qualifiées de terroristes selon l'objectif des auteurs<sup>39</sup>.

Le législateur italien se démarque de cette structure de définition en ne choisissant pas une approche synthétique de l'infraction de terrorisme. Il incrimine dans différents articles du Code pénal, plusieurs actions pouvant être qualifiées de terroristes. Il punit ainsi toute personne qui fait la promotion, organise, constitue, dirige ou finance une association (article 270 bis) ; quiconque porte assistance à une personne participant à une association terroriste (article 270 ter) ; toute personne qui porte atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'un individu (article 280) ; toute personne qui se prête au bioterrorisme (article 280-bis) et enfin, quiconque séquestre une personne (article 289). Il apporte cependant une précision – minime – à l'article de référence en la matière (article 270 bis<sup>40</sup>) en punissant les « actes de violence » que réaliseront les terroristes. Cette mention est toutefois, insuffisante pour conférer à l'infraction de terrorisme un minimum d'objectivité.

Il rejoint néanmoins les autres législateurs puisqu'il mentionne, dans chaque article, le but poursuivi par l'auteur. Mais là encore, il se distingue par sa concision. Selon ces articles, les auteurs doivent agir dans un but de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique.

C'est donc systématiquement le but poursuivi par l'auteur de l'acte qui fera basculer une infraction déjà réprimée ou un comportement, dans le champ de l'infraction de terrorisme. Or,

---

<sup>35</sup> Cet élément a été qualifié de flou et d'imprécis. Reynald OTTENTHOF estime qu'il s'agit d'infractions de droit commun se transformant aux vues des circonstances en infractions terroristes, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *R.S.C.*, 1987, p. 612-613 ; J-P. MARGUENAUD « La qualification pénale des actes de terrorisme », *R.S.C.*, 1990, p. 1-28.

<sup>36</sup> Article 571 du Code pénal espagnol.

<sup>37</sup> Il s'agit des délits d'explosion, de destruction de lieu public, de moyen de communication ou l'interruption de fourniture d'une ressource naturelles ou les incendies engendrant un danger pour la vie humaine ou l'intégrité physique des personnes. Ces infractions seront qualifiées de terroristes dès lors qu'elles sont réalisées en participation ou collaboration à des bandes armées, organisations ou groupes pour lesquels la finalité est la subversion de l'ordre constitutionnel et de porter gravement atteinte à la paix publique.

<sup>38</sup> Article 300 et 301 du Code pénal portugais.

<sup>39</sup> Ainsi, les articles 300 et 301 font référence aux atteintes à la vie, l'intégrité physique, la liberté des personnes, contre la sécurité des transports et des moyens de communication, les agissements dangereux tels que les incendies Suivent le dégagement de substances radioactives ou de gaz toxiques, les inondations ou avalanche, la contamination alimentaire, les actes de sabotage, les actes qui utilisent l'énergie nucléaire, les armes à feu ou engins explosifs. Le comportement sera qualifié terroriste lorsque les individus ou les groupes agiront pour porter atteinte aux intérêts nationaux, altérer ou perturber le fonctionnement des institutions nationales, forcer les autorités publiques à l'action ou à l'inaction et menacer des individus ou la population en général.

<sup>40</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 270 bis : Quiconque fait la promotion, constitue, organise, dirige ou finance des associations qui ont pour objectif la réalisation d'actes de violence à finalité terroriste ou de subversion de l'ordre démocratique est puni par la réclusion de sept à quinze ans.

l'imprécision qui entoure le rôle joué par cette donnée psychologique dont la preuve s'avère, plutôt, aléatoire pose des difficultés. En ce sens, les définitions de l'infraction de terrorisme sont insuffisantes.

Dans ce contexte de doute sur l'effectivité des définitions nationales de l'infraction de terrorisme, la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002<sup>41</sup> devrait apporter des éléments de réponse.

Elle a tout d'abord le mérite de vouloir harmoniser les législations des Etats-membres en matière de lutte contre le terrorisme. D'une part, en incitant les pays qui étaient restés silencieux face au phénomène terroriste à édicter une norme visant à contribuer à lutter contre lui. D'autre part, en fixant un cadre de définition auquel les législateurs nationaux devraient se conformer, contribuant à l'effacement progressif de la variété constatée et à une uniformité souhaitable en terme de lisibilité et de clarté.

Ensuite, elle est le premier texte international à définir l'acte terroriste. Les nombreux textes existants en la matière se bornaient à incriminer les actes de terrorisme sur le fondement d'autres incriminations<sup>42</sup>. Le Conseil a adopté la structure de définitions des Etats qui avaient déjà légiféré sur le terrorisme. La décision cadre énumère ainsi neuf types d'actes intentionnels<sup>43</sup> « tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national », qui deviennent terroristes dès lors que l'auteur les commet en poursuivant un des trois objectifs alternatifs spécifiques au terrorisme. Constituent des infractions terroristes les actes qui « par leur nature ou leur contexte peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de : gravement intimider une population ou contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale ».

L'accueil de cette définition de l'infraction de terrorisme est positif. Certains saluent la décision-cadre comme étant une avancée notable parce qu'elle constituerait le premier texte international à donner une définition à l'acte terroriste par rapport au but poursuivi par l'auteur<sup>44</sup>. Constance GREWE et Renée KOERING-JOULIN<sup>45</sup> y trouve un double apport. D'une part parce que la décision-cadre abandonne la référence à la terreur qui crée une tautologie qui n'est pas spécifique au terrorisme et qui est un « moyen privilégié, individuel ou collectif, de la violence terroriste et

---

<sup>41</sup> J.O.C.E. 22 juin 2002, L.161/3.

<sup>42</sup> Exception faite de deux Conventions du 15 novembre 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et celle du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme adoptées dans le cadre de l'ONU et qui se réfèrent explicitement au terrorisme sans toutefois le définir.

<sup>43</sup> Les actes susceptibles de constituer le support du terrorisme sont les atteintes à la vie pouvant entraîner la mort (a) ; les atteintes graves à l'intégrité physique (b) ; l'enlèvement ou la prise d'otage (c) ; la destruction massive d'installation gouvernementale ou publique, d'un système de transport ou une infrastructure, un lieu public ou une propriété privée mettant en danger des vies humaines ou produisant des pertes économiques considérables (d) ; la capture d'aéronefs, navires et autres moyens de transport collectifs de personnes et de marchandises (e) ; la fabrication, possession, acquisition, transport, fournitures ou utilisation d'armes à feu, explosifs, armes nucléaires, biologiques et chimiques (pour les deux dernières est réprimée la recherche et le développement) (f) ; la mise en danger de la vie humaine par la libération de substances dangereuses ou la provocation d'incendies, inondations, explosions (g) ; la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale (h) ainsi que la menace de réaliser ces actes.

<sup>44</sup> Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur l'Union européenne et la lutte contre le terrorisme, enregistré à l'Assemblée nationale le 2 mars 2005, n° 2123, p. 6.

<sup>45</sup> GREWE (C.), KOERING-JOULIN (R.), « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 898.

non [...] son but ». D'autre part, la définition européenne restitue au terrorisme le but idéologique<sup>46</sup> qui lui était refusé depuis longtemps. Les auteurs estiment que l'on ne peut « nier sérieusement que celui qui s'attaque « aux structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays » [est] animé, sauf à être un irresponsable au sens pénal du terme, par une idéologie ». Elles ajoutent que la prise en compte de cet aspect est important : il présente l'intérêt théorique « de donner sa vraie finalité à la réponse répressive adressée à cette violence. [...] Si l'on veut que la peine prononcée soit en adéquation avec le comportement prohibé, il faut que celui-ci soit appréhendé dans sa vérité. C'est à ce prix que la sanction en sera légitime, c'est-à-dire « non seulement [...] efficace, mais encore juste » »<sup>47</sup>.

L'apport de la décision-cadre sur ce point est, pourtant, contrasté.

En premier lieu, la référence au but idéologique est, certes d'une utilité indéniable, mais il n'est pas certain que les définitions de l'infraction de terrorisme existantes dans les Etats-membres en soient dépourvues. Cela ne constituerait pas une innovation. L'apport du texte européen résiderait alors dans la légitimation des textes nationaux. Le Conseil de l'Union européenne avouerait ainsi, que c'est bien là le seul moyen de définir le terrorisme. Une frontière étroite entre idéologie et politique serait à respecter pour ne pas revenir sur des années de refus par les Gouvernements de conception politique de l'infraction de terrorisme.

En second lieu, malgré un effort notable d'établir une liste complète d'infractions "support" du terrorisme, l'exhaustivité en la matière n'existe pas et on imagine alors le désarroi des hommes politiques devant un attentat perpétré sous une forme nouvelle. De plus, le maintien de l'objectif de l'auteur pour faire basculer l'infraction du droit commun au régime dérogatoire réservé au terroriste pose un problème de preuve et de subjectivité. Le Conseil, par cette décision-cadre, reprenait en grande partie la position commune du Conseil de Sécurité<sup>48</sup> du 27 décembre 2001. Comme le soulignait déjà, au sujet de ce texte de 2001, Evelyne Sire Marin, le fait de se référer à l'action de forcer un Etat ou une organisation internationale à faire ou ne pas faire un acte quelconque, donne à la définition européenne du terrorisme une emprise très large, sans doute dangereuse, car elle peut désigner diverses formes de protestations qui ne sont pas dans la réalité liées aux manifestations terroristes<sup>49</sup>. Le problème reste alors entier.

Certains Etats ont cependant commencé à transposer cette décision-cadre. C'est le cas de la Belgique<sup>50</sup> et il ne fait aucun doute que d'autres pays la suivront dans cette voie qu'il s'agisse d'édicter une première norme antiterroriste ou de mettre à jour celle qui existe.

---

<sup>46</sup> Sur le sens à donner au caractère idéologique, *Ibidem*, p. 895-896.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 899. Les auteurs dans cet extrait, citent M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peine – Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 465.

<sup>48</sup> Position commune 2001/930/PESC, 27 décembre 2001, relative à la lutte contre le terrorisme : J.O.C.E., n° L. 344, 28 décembre 2001.

<sup>49</sup> Evelyne SIRE MARIN, dans une interview donne les exemples suivants : le fait de manifester à Gênes ou arracher des plans transgéniques pourrait entrer dans le champ de qualification d'un acte de terrorisme. Ceux qui commettent ces actes veulent forcer un Etat à adopter une certaine politique économique plus humaine ou plus en rapport avec l'écologie. Au même titre, des militants antinucléaires qui se couchent sur des rails de chemins de fer pour bloquer le passage d'un train transportant des déchets radioactifs agissent dans le but de modifier la politique d'un gouvernement. Il s'ensuit que la définition est tellement large « que l'on ne sait pas très bien ce que cette incrimination de terrorisme peut recouvrir ». (P. RANCE, « La loi « sécurité quotidienne », interview d'EVELYNE SIRE MARIN », *D.*, 2002, p223).

<sup>50</sup> Le Code pénal belge contient désormais un titre Iter « Des infractions terroristes » articles 137 à 141-ter, insérés dans le Livre II « Des infractions et de leur répression en particulier ».insérés par la loi du 19 décembre 2003, entrée en vigueur le 8 janvier 2004, qui reprend en majeure partie les termes de la décision-cadre du 13 juin 2002.

Ce principe d'énumération de comportements susceptibles de véhiculer l'action terroriste auxquels vient se greffer l'intention de l'auteur, à la fois constituante et aggravante, est pour l'instant, la seule définition en vigueur.

Elle est, pourtant, d'une efficacité mitigée. La définition téléologique du terrorisme est soumise à des interprétations variables et incite le législateur à adopter des mesures au champ d'application très large qui impliquent un aménagement des régimes juridiques des droits fondamentaux. Cette attitude du législateur se justifie par l'absence de plus amples précisions par le texte constitutionnel. Toutefois, le terrorisme s'insère inévitablement parmi les normes constitutionnelles qui doivent, en conséquence s'adapter à son existence.

## **II. - L'adaptation nécessaire du droit constitutionnel au phénomène terroriste.**

L'adaptation du droit constitutionnel au phénomène terroriste connaît deux aspects. Dans un premier temps, l'adaptation est nécessaire au regard du contrôle de constitutionnalité de la légalité de l'infraction et de l'application des lois antiterroristes par les juges ordinaires. Elle se fait toutefois dans la plus grande discrétion (A). Dans un second temps, l'adaptation pose la question de l'utilité d'un aménagement des dispositions constitutionnelles pour mieux répondre aux spécificités du phénomène terroriste sur le long terme et place ainsi le débat sur le terrain de l'adaptation du droit constitutionnel aux évolutions de la société(B).

### **A. –L'ajustement des critères du contrôle de la légalité de l'infraction de terrorisme.**

La plupart des pays reconnaissent le lien ancien qui existe entre les droits fondamentaux et la compétence législative et reconnaissent, dès lors, que la loi est le seul acte capable de réglementer l'exercice des droits fondamentaux. Cette réserve de loi n'attribue pas un pouvoir entièrement discrétionnaire au législateur en la matière. Au contraire, ce dernier doit veiller à aménager l'exercice des droits fondamentaux dans le respect des principes constitutionnels. La réserve de loi, initialement apparue pour protéger l'organe législatif contre l'organe exécutif, tend désormais, avec le développement du contrôle de constitutionnalité, à garantir l'activité du législateur conformément aux règles constitutionnelles.

Les effets de la réserve de loi sont particulièrement importants dans le domaine pénal. Le principe de la légalité des délits et des peines exige que le droit pénal soit « un droit législativement exprimé »<sup>51</sup>. Toute les Constitutions proclament que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi » qui doit définir l'infraction et la peine encourue.

Selon une jurisprudence constante la Cour constitutionnelle italienne « considère que la détermination des faits d'espèces criminelle relève de la politique législative et, en conséquence, du pouvoir discrétionnaire non contrôlable du législateur, avec la seule limite de l'*irragionevolezza* manifeste »<sup>52</sup>. Aussi, pour le Conseil constitutionnel, le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines mentionné à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

---

<sup>51</sup> G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1988, p. 315.

<sup>52</sup> P. PEREON, *La protection constitutionnelle de la liberté personnelle en Italie*, Thèse pour le doctorat de Droit public, soutenue à l'Université su Sud- Toulon Var le 19 décembre 2001, p. 271.

implique plusieurs obligations pour le législateur. En effet, outre l'obligation littérale de peines strictement et évidemment nécessaires, le Conseil exige tout d'abord, l'intervention d'une loi formelle, il attend ensuite de la loi qu'elle soit précise et claire (« la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ») et, enfin, il estime que la loi doit être interprétée strictement pour éviter toute forme d'arbitraire. Les deux dernières exigences ont été constamment réaffirmées par le juge constitutionnel depuis la décision Sécurité et Liberté<sup>53</sup>.

La lutte contre le terrorisme est un domaine qui entraîne inexorablement une réflexion sur la conciliation des droits et des libertés. L'absence de définition objective de l'acte de terrorisme par le législateur et le silence des textes constitutionnels sur ce point engendrent des réactions législatives à large spectre qui impliquent une emprise importante – voire même inquiétante – sur les droits fondamentaux. L'élément finaliste de l'infraction de terrorisme a énormément été critiqué. La doctrine française s'accordait pour estimer que le champ des incriminations, extensible à souhait<sup>54</sup> pouvait entraîner des effets désastreux pour les droits des individus. De même en Italie, la doctrine a souligné le caractère « extensible » de la notion de terrorisme et par lien de conséquence de la législation « d'*emergenza* » ce qui représente un réel danger pour les libertés civiles<sup>55</sup>.

En conséquence, le danger potentiel de ces législations réside dans le manque de clarté et de précision de la définition de l'acte de terrorisme. En toute logique, le juge constitutionnel va dès lors que cela le lui est demandé, consacrer une attention particulière aux dispositions législatives relatives à cette définition.

A ce jour, la Cour constitutionnelle italienne ne s'est prononcée qu'une fois en matière de terrorisme<sup>56</sup>, au sujet de l'aménagement des délais de détention préventive. Elle n'est donc pas intervenue sur la définition de l'infraction. A l'inverse, le juge constitutionnel français a eu trois occasions de se prononcer sur la qualité de cette définition. Les décisions qui en résultent sont sans surprise au regard de sa jurisprudence même si un excès de prudence dans ce domaine est à regretter.

Le Conseil constitutionnel a été saisi la première fois d'une question concernant la lutte contre le terrorisme au sujet de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 septembre 1986<sup>57</sup>. Les auteurs de la saisine reprochaient à la loi de soumettre certaines infractions à des règles particulières de poursuite, d'instruction et de jugement « par référence aux éléments constitutifs d'une ou plusieurs infractions définis de manière objective, mais par référence à l'élément purement subjectif que constitue le but poursuivi par l'auteur du ou des actes incriminés ». De plus, ils regrettaient que le législateur n'ait pas opté pour une définition d'une infraction autonome de terrorisme ou d'une définition fondée sur des éléments constitutifs objectifs. Ils considéraient que l'article 1<sup>er</sup> de la loi méconnaissait le principe de la légalité des délits et des peines formulé par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

---

<sup>53</sup> C.C. n° 80-127 des 19-20 janvier 1981 ; C.C. n° 84-176 DC du 25 juillet 1984 et n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984

<sup>54</sup> J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *R.D.P.*, 1986, p. 1651-1666. Cette liste ne serait qu'une série d'incriminations vagues et ne ferait pas preuve d'exhaustivité.

<sup>55</sup> MELCHIONDA, « Urgenza e indilazionabilità della entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale », *Riv. Pen.*, 1975, p.728.

<sup>56</sup> Sent. n° 15 de 1982.

<sup>57</sup> Loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, *J.O.* 10 septembre 1986.

Le Conseil constitutionnel<sup>58</sup> a distingué les deux éléments de la définition pour fonder son appréciation. Concernant tout d'abord la première condition exigée par la loi pour qu'une infraction soit qualifiée de terroriste, soit le renvoi à une infraction existante, le Conseil constitutionnel estime, en toute logique, que cette liste renvoie « à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le Code pénal ou par des lois spéciales en des termes suffisamment clairs et précis ». En revanche, il surprend par sa concision lorsqu'il considère que la seconde condition (la finalité poursuivie par l'auteur) est « énoncée en des termes d'une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas méconnaissance » du principe de la légalité des délits et des peines.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel affirme plus qu'il ne démontre la « précision suffisante » de la loi. Il restreint la portée de son contrôle et évite de répondre au moyen soulevé par rapport à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Il procède ainsi à un contrôle formel et non matériel de ces incriminations. C'est la gravité du résultat dommageable que les infractions terroristes engendrent qui sont incriminés plus que les mobiles invoqués de ces infractions<sup>59</sup>. Selon certains auteurs, cette décision se place dans « la droite ligne de la jurisprudence antérieure<sup>60</sup> du Conseil qui, tout en vérifiant l'existence de tous les éléments constitutifs des infractions et l'absence d'ambiguïté dans leurs énoncés, laisse aux juridictions compétentes le soin d'apprécier l'application à faire, dans les cas d'espèce, des définitions abstraites données par la loi. »<sup>61</sup>.

Le Conseil constitutionnel se montre un peu plus explicite dans sa décision du 16 juillet 1996<sup>62</sup>. En l'espèce, les requérants lui demandent tout d'abord de reconnaître l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée contraire à la Constitution en ce qu'il porte atteinte à l'article 8 de la DDHC. Cet article 1<sup>er</sup> insérait l'infraction de l'aide au séjour irrégulier d'un étranger ayant commis un acte de terrorisme incriminée par l'article 21 de l'ordonnance de 1945, dans le champ de l'article 421-1 du Code pénal, c'est-à-dire parmi la liste des infractions susceptibles d'être qualifiée de terroristes. Le Conseil estime que cette infraction ne représente pas un acte matériel directement attentatoire à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte. En conséquence, il considère que ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste. Si ce comportement venait à être prouvé, il relèverait du champ de la répression de la complicité. Il conclut à une disproportion manifeste de l'appréciation du législateur et déclare l'article 1<sup>er</sup> de la loi inconstitutionnel.

Les requérants soulèvent ensuite l'inconstitutionnalité de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 indépendamment de sa relation avec l'acte terroriste. Le Conseil va reconnaître, à l'aide d'une réserve d'interprétation, que les infractions prévues à cet article (que la loi du 23 juillet 1996 complétait), sont définies de telle sorte que le juge peut éviter l'arbitraire dès lors qu'il prend garde à interpréter strictement la loi pénale comme l'exige le principe de légalité.

Le Conseil constitutionnel admet ainsi la conformité à la Constitution de l'article 21 qui incrimine l'aide aux étrangers en situation irrégulière, alors même que, quelque considérant plus haut, cette même aide, liée aux actes de terrorisme est inconstitutionnelle. Le Conseil constitutionnel est ainsi plus exigeant lorsqu'il s'agit de qualifier une infraction d'acte terroriste.

---

<sup>58</sup> C.C. Décision n° 86-213 du 3 septembre 1986. Considérants 5 et 6.

<sup>59</sup> V. BÜCK, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale – Etude comparée France-Espagne*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 257.

<sup>60</sup> C.C. n° 80-127 du 19-20 janvier 1981, cons. 9 ; C.C. n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, cons. 20 ; C.C. n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, cons. 26.

<sup>61</sup> F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », R.S.C. 1987, p. 567.

<sup>62</sup> C.C. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.

Enfin, la dernière intervention du juge constitutionnel français en matière de terrorisme correspond à sa saisine à propos de l'article 11 de la loi du 13 mars 2003 dite Loi pour la sécurité intérieure. Cet article pérennise et modifie l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale afin de permettre de manière plus large les possibilités de visite de véhicules fixées par la Loi pour la sécurité quotidienne (LSQ) du 15 novembre 2001. Outre l'atteinte à certains droits fondamentaux, les requérants soulevaient une incompétence négative en raison de l'imprécision de certains termes « lieux accessibles au public », « véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence ». Dans son douzième considérant, le Conseil constitutionnel déclare, sans surprise, que les termes de l'article sont « assez clairs et précis pour répondre aux exigences de l'article 34 » de la Constitution. Cette réaction est logique au vu de la jurisprudence du Conseil.

Toutefois, le sentiment qui ressort de ces décisions est celui d'un contrôle de légalité « évasif ». Le juge constitutionnel répond certes, aux moyens soulevés mais il le fait en cherchant à affirmer plus qu'à démontrer le respect des exigences de clarté et de précisions de la loi. La gêne du juge constitutionnel face à la législation antiterroriste est patente. Même s'il maintient ses lignes jurisprudentielles, l'absence d'argumentation laisse croire qu'il essaie d'éviter d'affronter le problème de la définition de l'infraction des actes de terrorisme. En ce sens, le juge constitutionnel adapte son contrôle de la légalité.

On ne peut fondamentalement lui reprocher cette attitude. Le juge constitutionnel revoie aussi peut-être ses exigences en matière de clarté de la loi pénale. Mesdames GREWE et KOERING-JOULIN<sup>63</sup>, après avoir relevé « des fluctuations semblables » dans la jurisprudence constitutionnelle allemande constatent que l'on pourrait croire que les juges constitutionnel allemand et français « parviennent à préserver un tant soi peu la spécificité traditionnelle du droit pénal en exigeant une clarté minimale de la loi elle-même et en réduisant ainsi les autorités d'application de la loi, l'administration et le juge ordinaire, à leur rôle d'exécution ». Elles concluent pourtant que cela « est loin d'être certain, car les deux juridictions ont élargi leurs exigences de clarté et de prévisibilité de la loi pénale à toutes les lois [...]. Le résultat est là encore une notion générique de la légalité ». Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme le législateur doit affronter de délicates questions comme celle d'une définition effective de l'infraction de terrorisme et il ne revient pas au juge constitutionnel d'assumer cette tâche. Il pourrait en revanche y apporter une aide précieuse.

Ce souhait tend à devenir une urgence au vu d'une décision récente de la justice italienne. Le juge de l'audience préliminaire de Milan, Clementina Forleo, a relaxé cinq inculpés islamistes accusés d'appartenir à une cellule du terrorisme international liée à Al Zarqawi, d'avoir organisé la collecte de sommes d'argent et d'avoir enrôlé des volontaires au même moment que l'attaque des Etats-Unis en Irak, sur le fondement que l'organisation d'actions de guérilla dans un contexte de guerre, par le biais du financement et du recrutement d'hommes, ne signifie pas projeter des attentats terroristes. Les activités violentes de guérilla développées dans un contexte de guerre seraient différentes de celles de type terroriste qui peuvent être poursuivies sur le plan du droit international.

Une telle décision a généré au sein de l'opinion publique italienne un sentiment de rage et d'incrédulité, notamment parce que n'ont pas été retenues suffisantes pour la qualification du délit des preuves aussi déterminantes que des écoutes téléphoniques, des témoignages d'autres islamistes, des liens anciens avec certains inculpés d'actes terroristes, ainsi que l'activité de recrutement de kamikaze qui devaient opérer dans le Nord de l'Irak.

---

<sup>63</sup> C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste... », *op. cit.*, p. 904-905.



Ces éléments ont été appréciés comme n'étant d'aucune utilité processuelle conformément aux données constantes de la jurisprudence et de la doctrine. Il s'agit pour la majorité, de documents issus de surveillances et d'interrogatoires réalisés sans les garanties de défense qui légitiment la mise en place par l'état de mesure de prévention mais ne peuvent constituer des éléments de preuve dans un procès pénal.

Pourtant, la norme en vigueur en matière de terrorisme punit non seulement, ceux qui réalisent matériellement l'attentat, mais aussi ceux qui, par exemple, apportent un soutien logistique à l'attentat comme le financement ou le recrutement des terroristes. En l'espèce, le comportement des inculpés s'inscrit, à la lecture des interrogatoires, dans une activité terroriste. Le Gouvernement a réagi rapidement en demandant que soient adoptées des mesures urgentes, législatives notamment, afin de s'assurer que les activités de financement et de recrutement d'hommes pour le compte de personnes dirigeantes des activités terroristes soient, obligatoirement, considérées comme une participation au terrorisme international.

Cette affaire souligne l'écart qui peut naître entre un texte de loi et l'application qui peut en être faite suite à une interprétation par un juge ordinaire. La juge Forleo a déclaré pourtant avoir suivi la lettre de la loi, mais la réaction quasi instantanée du Gouvernement prouve que des ajustements sont encore nécessaires, principalement sur la notion d'infraction de terrorisme.

L'analyse des rares décisions des juges constitutionnels qui ont contrôlé la définition légale des infractions de terrorisme souligne ainsi l'efficacité et la capacité d'adaptation des critères d'appréciation de la définition des infractions (clarté, précision, nécessité).

Comme nous l'avons vu, la spécificité du terrorisme n'est pas sans laisser subsister quelques difficultés qui peuvent naître dans l'application des lois antiterroristes, de sorte que l'on peut légitimement penser que l'établissement de normes dédiées à la lutte contre le terrorisme au niveau constitutionnel présente un intérêt réel.

## ***B. L'utilité certaine de la constitutionnalisation du terrorisme***

Le juge constitutionnel essaie de maintenir les limites de la démocratie dans les décisions qu'il rend à propos des définitions de l'infraction d'acte de terrorisme. Le juge intervient généralement dans un contexte particulier et il a, surtout, rarement l'occasion d'intervenir sur les lois antiterroristes. Le juge italien ne s'est prononcé qu'une fois en 1982 et le juge français trois fois. La rareté des interventions s'explique d'une part, par la ponctualité à laquelle les Etats ont dû gérer des attentats sur leur sol ou à leur encontre. D'autre part, le contexte qui suit les attentats fait naître un consensus politique qui parfois, conduit à "l'éviction" du contrôle de constitutionnalité. Pourtant, une intervention plus fréquente du juge constitutionnel serait souhaitable et riche d'enseignements pour le législateur.

Bien plus, il serait souhaitable que le juge puisse fonder ses décisions sur des normes constitutionnelles spécifiques qui définissent le cadre général de la lutte contre le terrorisme.

L'évolution du droit constitutionnel par rapport au terrorisme doit être envisagée à deux niveaux.

Tout d'abord par l'intermédiaire des juges ordinaires qui se trouvent confrontés à des difficultés conséquentes nées de la qualité des lois antiterroristes. L'exemple italien évoqué plus haut prouve que les failles de la loi se révèlent avec la pratique. Si une telle situation venait à se

répéter, elle susciterait dans un premier temps une réaction législative, comme cela est le cas en Italie, mais elle pourrait aussi faire naître l'idée d'une révision constitutionnelle.

Ensuite, l'évolution pourrait venir des juges constitutionnels eux-mêmes avec une intervention plus fréquente d'une part et une prise de position plus tranchée d'autre part. En effet, le fait de terrorisme influence *de facto* le jugement de la légalité de l'infraction. Le juge constitutionnel essaie de maintenir un certain contrôle, mais l'avenir pourrait mettre en place un climat plus sécuritaire qu'il ne l'est aujourd'hui et le juge constitutionnel aurait dans cette hypothèse besoin de normes plus explicites pour fonder son contrôle.

En effet, l'argument principal en faveur d'une prise en compte du terrorisme par la Constitution réside dans la volonté de donner au juge constitutionnel les données adéquates pour opérer un rapport de constitutionnalité équilibré. Pour l'instant, le juge constitutionnel doit mettre en balance d'une part, les droits et libertés constitutionnellement garantis et d'autre part, la lutte contre le terrorisme qui ne correspond à aucune norme constitutionnelle mais à un objectif à valeur constitutionnelle. Certes, cette qualité d'objectif à valeur constitutionnelle justifie sa conciliation avec les droits et libertés. Mais, le caractère atypique de l'objet entraîne peut-être une réaction plus forte de la part des Gouvernements.

Pour l'instant, le juge constitutionnel ne devient pas laxiste par rapport aux droits fondamentaux lorsqu'il contrôle une disposition antiterroriste. Il veille au maintien des garanties minimales. Mais le juge constitutionnel pourrait devenir prisonnier d'un contexte créé par le terrorisme qui influence tous les pouvoirs publics et l'opinion. La situation devient d'autant plus préoccupante lorsque l'on constate, d'une part, la gradation de la sévérité des réponses juridiques antiterroristes et, d'autre part, leur emprise progressive sur les droits fondamentaux.

Une norme constitutionnelle spécifique dédiée à la lutte contre le terrorisme présente ainsi des avantages. La Constitution fixerait le cadre sur lequel le législateur et, en conséquence, le juge constitutionnel devrait s'appuyer pour mettre en place et contrôler les lois antiterroristes. La Constitution deviendrait de la sorte un moyen d'assurer le contrôle de constitutionnalité de la norme en référence à un régime spécifique. La nouveauté réside dans le fait que là où le juge est, aujourd'hui, obligé de transposer des paramètres de décisions, sans texte, il pourrait à l'inverse, disposer d'une base normative et préciser l'application du texte.

L'Espagne offre, à ce niveau, des enseignements importants. La Constitution espagnole est en effet un des rares textes constitutionnels à prévoir explicitement le cas du terrorisme. Le terrorisme est traité dans le Titre relatif à la suspension des droits, comme exception au droit commun.

Sur la base constitutionnelle que représente l'article 55-2, le Tribunal constitutionnel a développé une jurisprudence spécifique en matière de lutte contre le terrorisme qui encadre, en plus de la Constitution, la marge d'appréciation du législateur. Le Tribunal constitutionnel estime ainsi que la répression du terrorisme a pour but de réprimer « des actions particulièrement graves et attentatoires à des intérêts constitutionnellement protégés : la vie, l'intégrité de la personne, l'ordre démocratique constitutionnel ». Il considère que le terrorisme crée « des situations qui légitiment le législateur à suspendre des droits », que « les moyens ordinaires ne suffisent pas à lutter contre le terrorisme » et « que la Constitution espagnole autorise l'utilisation de moyens plus répressifs fondés sur la suspension de la garantie constitutionnelle de certains droits »<sup>64</sup>.

Dans la décision 199/1987, le Tribunal constitutionnel reconnaît que « le constituant a été conscient du problème du terrorisme et du danger qu'il occasionne pour la vie, l'intégrité des personnes et pour l'ordre démocratique. Il a donc habilité le législateur à établir un régime

---

<sup>64</sup> STC 199/1987 du 16 décembre 1987.

spécifique, nécessaire pour soutenir l'état démocratique de droit [...]. Il admet bien que l'article 55-2 de la CE régit un état exceptionnel, une situation d'urgence face à laquelle les instruments ordinaires mis à la disposition de l'Etat pour garantir la sécurité, la tranquillité publique et l'ordre constitutionnel ne suffisent pas »<sup>65</sup>.

Si la Constitution prévoit la suspension de certains droits fondamentaux dans le cadre d'« enquêtes sur les terroristes », elle ne définit pas pour autant cette infraction. Le Tribunal fut saisi d'un recours contestant l'indétermination des termes de « terroristes », « éléments terroristes », « organisation terroriste ». Il estime que « si la Constitution ne rejette pas ici la tâche de concrétiser qui peut revenir au législateur pénal, elle oblige à reconnaître que cette expression correspond à des réalités présentes chez le constituant et encore aujourd'hui ; réalités considérées, par leur gravité extrême et qui ne peuvent être jugées indéterminées<sup>66</sup> ».

L'on revient alors à une situation semblable à celle de la France et de l'Italie. L'apport de la Constitution espagnole consiste à inscrire l'action du législateur dans un cadre défini par rapport à l'aménagement éventuel de droits fondamentaux qu'entraîneraient les lois antiterroristes. Les autres droits fondamentaux reconnus par la Constitution et non visés par l'article 55-2 sont ainsi protégés même s'ils peuvent être limités « au regard de la spécificité de la lutte contre le terrorisme »<sup>67</sup>.

Le législateur a dans un premier temps adopté une législation très autoritaire mais le Tribunal constitutionnel l'a censuré tout en reconnaissant la spécificité de la lutte contre le terrorisme par une adaptation des règles de droit commun<sup>68</sup>. C'est donc la combinaison du texte constitutionnel et de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel qui permettent au législateur d'élaborer progressivement des règles précises régissant la lutte contre le terrorisme et de se maintenir dans les limites de l'Etat de droit.

L'attitude plus ouverte du juge constitutionnel espagnol réside sans aucun doute dans la connaissance ancienne du phénomène terroriste par ce pays, mais aussi par un mode de saisine plus adapté aux citoyens. Sans résoudre toutes les questions, l'exemple espagnol offre une possibilité au droit constitutionnel d'aborder la lutte contre le terrorisme de manière efficace et sur une base juridique plus structurée.

Cette évolution doit aujourd'hui être envisagée et débattue au regard de la menace terroriste permanente et du droit à la sécurité qui tend à devenir un droit fondamental<sup>69</sup>. Le débat s'inscrit dans la problématique plus générale de la vocation du droit constitutionnel à tout saisir et de son adaptation aux évolutions de la société. Le rapport entre le terrorisme et le droit constitutionnel doit aussi être envisagé dans sa globalité, c'est-à-dire par rapport aux nombreux droits fondamentaux touchés par les dispositions antiterroristes. Dans ce contexte, le droit constitutionnel pourrait connaître un renouveau en s'engageant de manière plus explicite dans la lutte contre le terrorisme pour la préservation des droits fondamentaux.

---

<sup>65</sup> V. BÜCK, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>66</sup> STC 89/1993 du 12 mars. Cette décision reprend en partie les termes de la 199/1987.

<sup>67</sup> STC 199/1987.

<sup>68</sup> Loi 56/1978 du 4 décembre ; Loi organique 11/1980 du 1<sup>er</sup> décembre ; loi organique 9/1984 du 26 décembre ; sur le sujet voir V. Bück, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale ...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>69</sup> Th. RENOUX, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Cons. const.*, 2003, p. 103.

Enfin, la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme pourra être envisagée sur d'autres bases, après la ratification par les pays européens du Traité constitutionnel qui mentionne à plusieurs reprises la lutte contre le terrorisme.

De même, si la Constitution est appelée à rester silencieuse, si la loi pénale ne suffit plus, l'ampleur du phénomène terroriste implique une réaction commune que seule une organisation intergouvernementale peut offrir. L'Union européenne développe depuis des années, des moyens de lutte contre le terrorisme. Un tel développement engendre cependant un risque pour le droit constitutionnel qui pourrait perdre la possibilité d'encadrer la lutte contre le terrorisme.