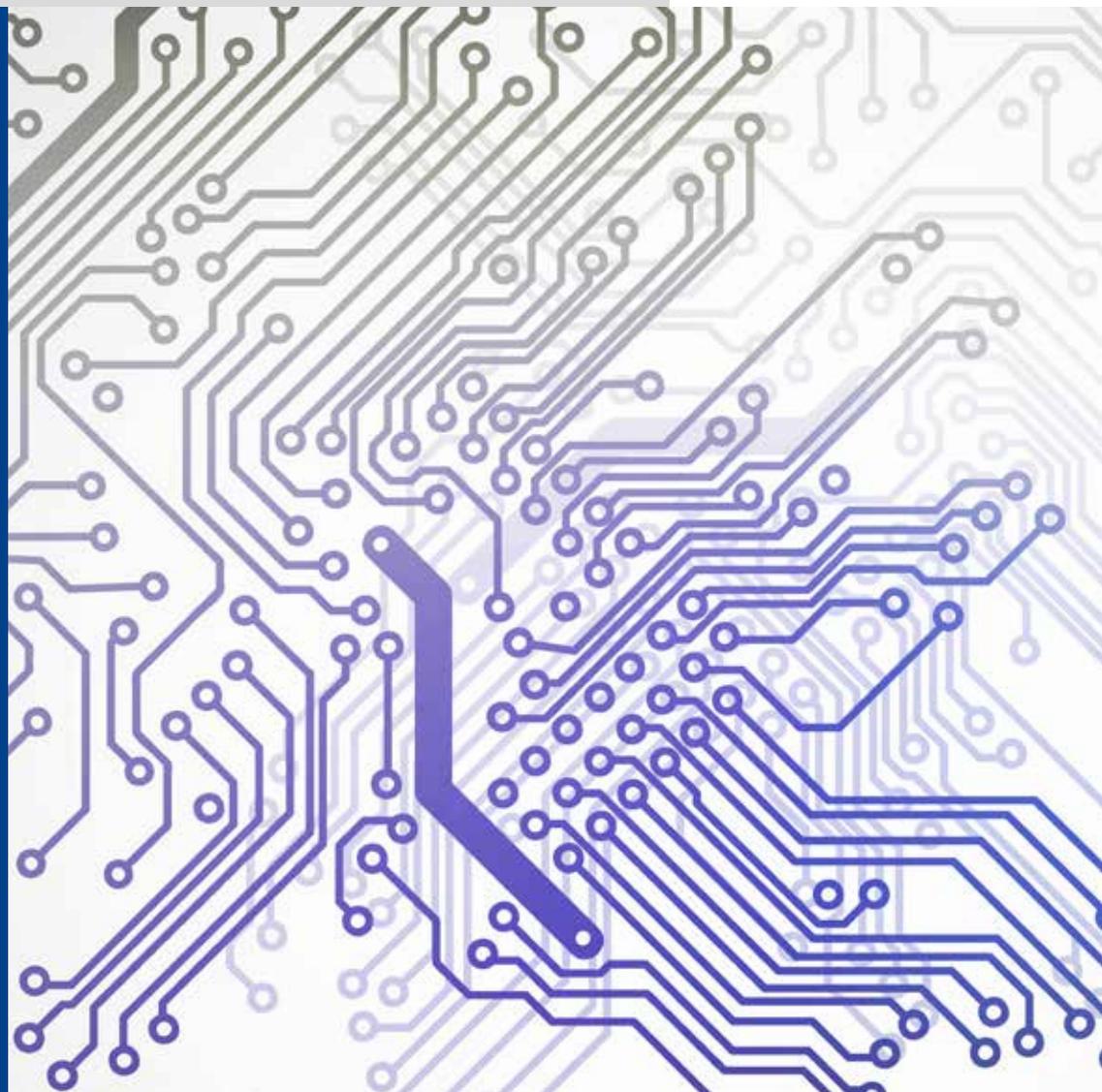




RECOMMANDATIONS DU CCBE
sur la protection des droits fondamentaux dans le
contexte de la « sécurité nationale »
2019



« Lorsque j'utilise un mot, moi, déclara Humpty Dumpty d'un ton méprisant, il signifie exactement ce que je veux lui faire dire - ni plus ni moins. La question, dit Alice, c'est de savoir si vous pouvez obliger les mots à signifier tant de choses différentes. La question, répondit Humpty Dumpty, c'est de savoir qui sera le maître - c'est tout. » (Alice au pays des merveilles de Lewis Carroll)

AVERTISSEMENT :

Le CCBE ne fait aucune déclaration ni ne donne aucune garantie quant aux informations fournies dans ce guide. Il ne peut en aucun cas être tenu responsable d'une quelconque action ou d'un quelconque dommage résultant de l'utilisation des informations contenues dans le présent document.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	2
CONTEXTE	4
1. CONVENTIONS PERTINENTES DES NATIONS UNIES	6
2. CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES	6
<i>a. Absence de définition du concept de sécurité nationale par la Cour européenne des droits de l'homme.</i>	6
<i>b. Sécurité nationale et surveillance.</i>	7
<i>c. Surveillance et droit à un procès équitable</i>	9
3. TRAITÉS DE L'UNION EUROPÉENNE ET JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE	9
<i>a. Exemption relative à la sécurité nationale</i>	9
<i>b. Absence d'une définition claire de la sécurité nationale.</i>	10
ENQUÊTE SUR LA SITUATION DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'UE	11
Q1. EXISTE-T-IL UN CONCEPT JURIDIQUE DE SÉCURITÉ NATIONALE ?	11
Q2. COMMENT CE CONCEPT EST-IL DÉPLOYÉ (PAR EXEMPLE, PAR DÉROGATION AUX DROITS PROTÉGÉS JURIDIQUEMENT, SOIT EN DROIT INTERNE, SOIT EN RELATION AVEC LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME) ?	13
Q3. LA LOI DÉFINIT-ELLE LA SÉCURITÉ NATIONALE ? SI CE N'EST PAS LE CAS, COMMENT VOTRE LOI TIENT-ELLE COMPTE DE LA SÉCURITÉ NATIONALE ?	14
Q4. LA SÉCURITÉ NATIONALE EST-ELLE MENTIONNÉE DANS LA LÉGISLATION OU LA JURISPRUDENCE, MÊME SI ELLE N'EST PAS DÉFINIE ?	16
Q5. DANS QUELLES CIRCONSTANCES LA SÉCURITÉ NATIONALE EST-ELLE INVOQUÉE ET À QUELLE FRÉQUENCE ?	16
CONCLUSIONS GÉNÉRALES	17
UNE DÉFINITION DE LA SÉCURITÉ NATIONALE	18
LE CONCEPT DE JUSTICE PROCÉDURALE	20
RECOMMANDATIONS	22
1. NÉCESSITÉ D'UN CONTRÔLE LÉGISLATIF	22
2. CONTRÔLE JURIDICTIONNEL ET INDÉPENDANT	22
3. VOIES DE RECOURS ET SANCTIONS	23
4. SECRET PROFESSIONNEL	24
CONCLUSION	25

INTRODUCTION

Nous vivons à une époque où le théâtre des conflits ne se limite plus aux armées nationales sur un champ de bataille : la menace de groupes ou d'individus terroristes semble être omniprésente dans nos rues et dans nos villes. De plus, ces combats peuvent être menés clandestinement à distance grâce au cyberspace.

L'État a le devoir primordial de protéger ses citoyens et personne ne peut douter de la nécessité qu'a l'État de prendre des mesures exceptionnelles dans l'intérêt de la sécurité nationale, mais, à moins de comprendre clairement et précisément ce qui est compris et n'est pas compris dans la définition du terme de « sécurité nationale », l'ordre démocratique se trouve clairement menacé. Il est donc important d'analyser de manière critique les arguments invoquant la sécurité nationale pour justifier des mesures qui restreignent les droits fondamentaux des citoyens.

Il n'existe pas de définition de la sécurité nationale universellement acceptée. Le terme n'est pas suffisamment précisé, que ce soit au niveau international ou national. Il est par conséquent difficile pour les tribunaux d'examiner efficacement les violations des droits fondamentaux reposant sur des allégations de sécurité nationale et, même parmi les États où le droit interne offre une certaine clarté dans la définition, les résultats peuvent être radicalement différents selon les juridictions. L'absence d'une définition de la sécurité nationale universellement acceptée signifie que les actions justifiées au nom de la sécurité nationale ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel efficace pour s'assurer qu'elles respectent un critère strict de nécessité et de proportionnalité.

Le présent document aborde principalement la question de savoir comment et si la notion de « sécurité nationale » comme justification des mesures de surveillance et d'autres atteintes aux droits fondamentaux des citoyens peut être mieux intégrée dans les systèmes démocratiques nationaux, où le contrôle juridictionnel effectif et la supervision de l'action gouvernementale demeurent des éléments essentiels de la constitutionnalité.

Cette question présente un intérêt particulier pour la protection de la confidentialité des communications avocat-client dans le contexte des activités de surveillance. Pour que les avocats puissent défendre efficacement les droits de leur client, il est indispensable d'avoir l'assurance que les communications entre les clients et leur avocat demeurent confidentielles. Ce principe, généralement appelé secret professionnel ou *legal professional privilege*, est reconnu par tous les pays de l'UE et a été confirmé par la Cour européenne de justice et la Cour européenne des droits de l'homme dans de nombreuses affaires. La violation du secret professionnel constitue dans certains États membres de l'UE non seulement la violation d'un devoir professionnel, mais également une infraction pénale.

Les éléments relevant potentiellement du secret professionnel bénéficieront de la protection renforcée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). En outre, les communications avocat-client dans le cadre de procédures contentieuses (pénales ou civiles)

bénéficient également de la protection de l'article 6 de la CEDH concernant le droit à un procès équitable. Les droits de l'article 6 (contrairement aux droits de l'article 8) sont absolus en ce sens qu'aucune restriction ou dérogation ne peut y être appliquée.

En ce sens, si des motifs de « sécurité nationale » doivent être invoqués comme constituant une exception ou une justification en soi pour l'interception de communications avocat-client, cette « exception » (en particulier l'absence de définition claire de ce qui constitue en réalité la « sécurité nationale ») rendrait impossible, par exemple, que les suspects ou les personnes poursuivies invoquent effectivement le droit au secret des communications avec leur avocat¹. Les droits consacrés à l'article 6 et à l'article 8 se retrouveraient compromis dans le sens où l'absence d'une définition élémentaire de la notion de « sécurité nationale » rendrait superflu le droit au secret professionnel, toute restriction à ce droit pouvant se justifier pour des raisons de « sécurité nationale » sans aucune autre justification ni aucune garantie procédurale.

¹ Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance, p. 11, disponibles en [FR/EN](#).



CONTEXTE

Dans le contexte des menaces évoquées ci-dessus, tout le monde s'entendrait sur la nécessité de chaque État de protéger sa sécurité nationale. Presque tous les systèmes juridiques reconnaissent le concept de sécurité nationale et une majorité d'entre eux considèrent une menace à la sécurité nationale comme un motif permettant aux gouvernements de suspendre des droits ou des obligations², malgré le fait que l'État a le devoir de faire respecter l'état de droit et de servir de garant des droits humains de ses citoyens. En fin de compte, les atteintes aux droits fondamentaux ne peuvent être justifiées que par des principes utilitaires, c'est-à-dire l'objectif d'assurer le plus grand bien du plus grand nombre : par exemple, la violation par l'État du droit à la vie privée d'un suspect en le soumettant à une surveillance est justifiée par le fait de pouvoir alors protéger les droits fondamentaux des citoyens dans leur ensemble.

Le paradoxe est qu'il n'y a pas de consensus sur ce qui constitue une question de sécurité nationale en droit international, ni même d'accord précis sur ce qui constitue la sécurité nationale aux fins de définir la marge d'appréciation des États en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cela ne veut pas dire qu'il est impossible de déceler certains points communs, mais la « sécurité nationale » est en fin de compte un concept dont la définition relève généralement de l'État ou, en termes pratiques, du gouvernement de l'État.

Par exemple, au Royaume-Uni, lors de l'adoption du projet de loi sur les pouvoirs d'enquête par la Chambre des Lords en 2017, Earl Howe a déclaré, pour le gouvernement britannique, en refusant d'accepter une modification du projet de loi qui aurait clairement défini la « sécurité nationale » en droit :

« Les gouvernements successifs ont eu pour politique de ne pas définir la sécurité nationale dans la loi. La sécurité nationale est l'un des objectifs statutaires des organismes de sécurité et de renseignement. Comme nous l'avons entendu dire, les menaces à la sécurité nationale évoluent constamment et sont difficiles à prévoir, et il est essentiel que la loi ne limite pas la capacité des organismes de sécurité et de renseignement à protéger le public contre les nouvelles menaces émergentes... Je crois que le point essentiel réside dans le fait que définir la sécurité nationale dans une loi pourrait avoir l'effet non voulu de limiter la capacité des organismes de sécurité et de renseignement à réagir aux nouvelles menaces émergentes pour notre sécurité nationale. »

² Peers, Steve. National Security and European Law Yearbook of European Law, 1996. Vol.16(1), pp.36



Cette affirmation, superficiellement plausible, pose d'énormes problèmes vis-à-vis de l'état de droit. Le principe fondamental est que personne n'est au-dessus de la loi, ce qui exige, de toute évidence, que la conduite des services de renseignement fasse l'objet d'une réglementation. À cet égard, la plupart des États européens font reposer le fonctionnement de leurs agences de renseignement sur une base législative ou réglementaire spécifique.³

Par ce moyen, l'État cherche à réglementer et à limiter l'ingérence, qui peut parfois s'avérer nécessaire, dans les libertés et droits fondamentaux pouvant découler des mesures qu'il prend pour assurer la sécurité nationale.

De telles mesures peuvent menacer les droits fondamentaux par des moyens tels que la surveillance, les interventions militaires, etc. La justification principale est que les États peuvent interférer avec les droits des citoyens dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque leur indépendance, leur souveraineté, leur intégrité territoriale, leur ordre constitutionnel ou leur sécurité publique sont menacés. De telles menaces sont généralement considérées comme relevant de l'expression « sécurité nationale » ou de termes similaires, mais le problème est que, en l'absence de définition, ces termes sont vagues et sujets à diverses interprétations⁴.

En examinant à nouveau la déclaration d'Earl Howe, force est de constater qu'il y a dès le départ une confusion de deux questions bien distinctes.

D'un côté, ce qui constitue la sécurité nationale de l'État pourrait sembler être une constante, mais, de l'autre, la *manière* dont la sécurité nationale se trouve menacée évolue constamment. Personne ne contesterait l'idée selon laquelle l'État doit veiller à ce que les services de sécurité ne soient pas indûment contraints (dans le contexte de la réglementation de ces services par l'État) dans leur réponse à ces menaces en constante évolution, mais il s'agit ici de la nature de la mise à mal de la sécurité nationale et non de la nature de la sécurité nationale elle-même. Pour prendre un exemple : toute interprétation de la sécurité nationale comporterait la protection contre le renversement violent du gouvernement légitime de l'État. Dans l'histoire, la menace aurait pu être celle d'une conspiration consistant à faire sauter le Parlement en plaçant des barils de poudre à canon dans les caves, prévue dans des lettres codées entre les conspirateurs. De nos jours, la conspiration pourrait être, par exemple, l'abandon de déchets radioactifs du ciel par l'intermédiaire de drones, et être planifiée par communication cryptée sur le *dark web*. Ces deux modalités sont totalement différentes, et la capacité des services de sécurité à faire face à la nouvelle menace ne devrait pas être restreinte, mais ce qui reste constant est l'élément menacé : la sécurité nationale de l'État.

Si la notion de « sécurité nationale » n'est pas définie en droit, il n'existe aucun fondement clair sur lequel un tribunal puisse s'appuyer pour déterminer si le but pour lequel un pouvoir de surveillance intrusive aurait pu être exercé est, ou non, la poursuite de la sécurité nationale.

Dans une telle situation, l'exécutif est le seul responsable du sujet, le seul responsable de ce qui constitue la sécurité nationale, se trouvant, en fait, en dehors de l'état de droit ou, comme l'a écrit Lewis Carroll : « qui sera le maître ? ».

Par conséquent, la question d'une définition de ce qui constitue la sécurité nationale est non seulement la lumière faite sur un concept amorphe, mais également une question fondamentale pour assurer la primauté de l'état de droit.

³ Voir par exemple :

- Royaume-Uni : *Loi sur les pouvoirs d'enquête (Investigatory Powers Act 2016)*, ch. 25.
- Pays-Bas : *Loi de 2002 sur les services de renseignement et de sécurité, 7 février 2002 (Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten 2002)*.
- France : *Loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 (complétée par la loi du 30 novembre 2015)*.

⁴ Rapport sur la sécurité nationale et la jurisprudence européenne préparé par la Division de la recherche de la Cour européenne des droits de l'homme, paragraphe 25, p. 4.

#2

RELATION ENTRE LA SÉCURITÉ NATIONALE ET LES DROITS HUMAINS EN VERTU DU DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

1. CONVENTIONS PERTINENTES DES NATIONS UNIES

Le Comité des droits de l'homme de l'ONU (UNCHR) a fait observer que les restrictions des droits fondamentaux ne peuvent être justifiées pour des raisons de sécurité nationale que si elles sont prévues par la loi et sont nécessaires pour atteindre un objectif légitime. En invoquant de telles restrictions, l'État concerné doit préciser la nature précise de la menace⁵.

La Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'ONU a développé cette idée dans ses Principes de Syracuse⁶. Le principe B (vi) définit quand une restriction peut être considérée comme servant la sécurité nationale : « La sécurité nationale ne peut être invoquée pour justifier des mesures restreignant certains droits que lorsqu'il s'agit de mesures prises pour protéger l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique contre l'emploi ou la menace de la force. ». En outre, il est dit que « La sécurité nationale ne peut être invoquée comme un motif pour introduire des restrictions lorsqu'il s'agit de prévenir des menaces de caractère local ou relativement isolées contre la loi et l'ordre » et qu'elle ne peut non plus « servir de prétexte pour imposer des restrictions vagues ou arbitraires et elle ne peut être invoquée que lorsqu'il existe des garanties adéquates et des recours utiles contre les abus ».

Il est reconnu en droit international que, dans les situations d'urgence graves, les États peuvent ne pas être en mesure d'effectuer l'exercice du bon équilibre normalement requis pour justifier une restriction à la liberté d'expression. L'article 4 du PIDCP permet aux États parties de suspendre temporairement certaines de leurs obligations en vertu du Pacte, notamment l'article 19.

2. CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

a. Absence de définition du concept de sécurité nationale par la Cour européenne des droits de l'homme

Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'a pas cherché à définir la sécurité nationale⁷. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'est plutôt

5 Constatations du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) - cinquante-quatrième session - concernant la communication no 518/1992, par. 10.4, disponible [ici](#).

6 Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions où des dérogations, document des Nations Unies E/CN.4/1984/4 (1984).

7 Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions où des dérogations, document des Nations Unies E/CN.4/1984/4 (1984).



concentrée sur les conditions qui justifient une ingérence dans les droits d'un citoyen pour des motifs liés à la sécurité nationale. La Commission européenne des droits de l'homme estime que les législations nationales n'exigent pas une définition complète de la notion « d'intérêts de la sécurité nationale ». Elle a justifié sa position en précisant que « de nombreuses lois, qui par leur objet exigent de la souplesse, sont inévitablement formulées dans des termes plus ou moins vagues et dont l'interprétation et l'application relèvent de la pratique »⁸.

La sécurité nationale est évoquée au paragraphe 2 des articles 8, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme comme l'un des objectifs légitimes qui peuvent justifier la restriction des droits. En particulier, la question de la surveillance suscite des préoccupations principalement en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8).

b. Sécurité nationale et surveillance

Atteinte à la vie privée

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme laisse entendre que toute ingérence dans la vie privée d'un citoyen doit être conforme à la loi, justifiée par des objectifs légitimes et nécessaire dans le cadre d'une société démocratique.

Au moment où une mesure de surveillance est employée, il est généralement possible de supposer et même être sûr qu'une ingérence a eu lieu dans la vie privée d'une personne, indépendamment de toute utilisation ultérieure des informations collectées et conservées, que ces informations soient ou non considérées comme sensibles⁹.

Conformité à la loi

La Cour européenne des droits de l'homme a expliqué que, pour qu'une ingérence dans les droits d'une personne soit « conforme à la loi », trois conditions doivent être remplies :

1. il doit y avoir un fondement dans le droit national quant à l'ingérence ;
2. le droit national doit être accessible à tous ;
3. et il doit avoir des conséquences prévisibles.

Lors de l'interception de communications, dans le cadre et aux fins d'enquêtes policières, la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'une personne n'a pas besoin d'être en mesure de prévoir l'interception de ses communications par les autorités pour que la condition de prévisibilité soit remplie lors de l'évaluation de la conformité de l'ingérence à la loi. Néanmoins, il est nécessaire que le droit national lui-même énonce avec suffisamment de clarté la portée du pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités compétentes ou pertinentes et la manière dont ce pouvoir peut être employé, afin de fournir une protection adéquate contre les ingérences arbitraires¹⁰.

Par exemple, dans l'affaire *Kopp c. Suisse*¹¹, où un avocat a été mis sur écoute téléphonique, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le droit suisse n'était pas suffisamment clair quant à l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont disposaient les autorités. La Cour n'a pas eu à se prononcer expressément sur la question de l'interception des communications au sujet desquelles le secret professionnel a été revendiqué¹².

8 *Esbester c. Royaume-Uni*, 2 avril 1993, disponible [ici](#).

9 *Amman c. Suisse* [Tribunal], 16 février 2000, §§ 69-70.

10 *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, §§ 67-68, disponible [ici](#).

11 *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, §§ 73-75, disponible [ici](#).

12 Voir les Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance, disponibles en [FR/EN](#).





Nécessité au sein d'une société démocratique

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les États ont le pouvoir d'exercer certaines formes de surveillance secrète des communications telles que les télécommunications ou la correspondance, afin de pouvoir lutter efficacement contre certaines formes d'espionnage ou de terrorisme¹³ et que les États disposent d'une vaste marge d'appréciation dans le choix des moyens qu'ils privilégient pour préserver leur sécurité nationale¹⁴.

La Cour a néanmoins insisté sur le fait que les États ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire illimité lorsqu'ils soumettent leurs citoyens à une surveillance secrète au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, en raison des dangers que de telles lois peuvent représenter pour la démocratie. La loi correspondante d'un État doit veiller, en protégeant sa sécurité nationale, à trouver un équilibre face à la gravité de l'atteinte au droit au respect de la vie privée des citoyens¹⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré plus particulièrement « qu'elle n'a pas réellement les moyens de contester, dans un cas donné, l'avis des autorités nationales selon lequel des considérations de sécurité nationale sont en jeu. Toutefois, même lorsque de telles considérations entrent en ligne de compte, les principes de légalité et d'état de droit applicables dans une société démocratique exigent que toute mesure touchant les droits fondamentaux de la personne puisse être soumise à une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant compétent pour examiner les motifs de la décision en question et les preuves pertinentes. En effet, s'il était impossible de contester effectivement un impératif de sécurité nationale invoqué par l'exécutif, les autorités de l'État pourraient porter arbitrairement atteinte aux droits protégés par la Convention »¹⁶.

De même, en ce qui concerne l'utilisation de documents classés secrets à l'appui d'une décision justifiée par la protection de la sécurité nationale, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que « même lorsque la sécurité nationale est en jeu, les notions de légalité et d'État de droit dans une société démocratique exigent que [...] les mesures touchant aux droits fondamentaux soient soumises à une procédure contradictoire devant une autorité indépendante ou un tribunal compétent pour examiner efficacement leurs motifs et examiner les preuves pertinentes, si nécessaire avec les limitations de procédure appropriées concernant leur usage. L'individu doit être en mesure de contester l'affirmation de l'exécutif selon laquelle la sécurité nationale est en jeu. Si l'évaluation par l'exécutif de ce qui constitue une menace pour la sécurité nationale aura naturellement un poids significatif, l'autorité ou le tribunal indépendant doit pouvoir réagir dans les cas où l'invocation de cette notion n'a pas de fondement raisonnable dans les faits ou révèle une interprétation de la « sécurité nationale » illégale ou contraire au bon sens et arbitraire »¹⁷.

Cette exigence indique clairement que des garanties adéquates et efficaces doivent être en place contre les abus. La question de savoir si les garanties s'appliqueront ou non ou si elles seront effectives dépend des circonstances de l'espèce, par exemple de la nature et de la durée des mesures en cause, des autorités compétentes pour les autoriser, les mettre en œuvre et les contrôler, ainsi que des voies de recours disponibles en droit national¹⁸.

La Cour a également examiné dans certains cas le stockage à long terme d'informations, estimant que la conservation continue d'informations recueillies de nombreuses années auparavant peut constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, ce qui n'est pas justifiée par des considérations de sécurité nationale¹⁹.

13 *Klass et autres c. Allemagne*, précité, § 48.

14 *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 59, disponible [ici](#).

15 *Ibid*, § 59.

16 *Janowiec et autres c. Russie* [Tribunal], 21 octobre 2013, §§ 213-214, disponible [ici](#).

17 *Ljatići c. Ancienne République yougoslave de Macédoine*, cité, § 35, disponible [ici](#).

18 *Klass et autres c. Allemagne*, § 50 ; *Kennedy c. Royaume-Uni*, 18 mai 2010, § 153, disponible [ici](#).

19 *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, 6 juin 2006, disponible [ici](#).



c. Surveillance et droit à un procès équitable

La surveillance exercée par les autorités pour des motifs de sécurité nationale peut porter atteinte à la protection qu'offre l'article 6 de la CEDH (droit à un procès équitable) ainsi qu'au droit à une défense efficace et à l'égalité des armes.

La question de la surveillance des communications confidentielles entre les avocats et leurs clients est abordée plus en détail dans les *Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance*²⁰, mais la surveillance peut également avoir lieu en lien avec des communications de tiers qui ne relèvent pas du secret professionnel. Il se peut que, pour assurer sa défense, une personne poursuivie ait besoin d'avoir accès aux éléments interceptés, mais que l'État refuse, pour des raisons de sécurité nationale, d'en autoriser l'accès.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cet aspect est apparu lorsque la question s'est posée de savoir si le refus des autorités de donner accès à certaines informations confidentielles avait privé le requérant de son droit à un procès équitable.

Dans l'affaire *Kennedy c. Royaume-Uni*, la Cour a reconnu que « le droit à la divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Les intérêts de la sécurité nationale ou la nécessité de garder secrètes certaines méthodes d'enquête en matière pénale doivent être mis en balance avec le droit général à une procédure contradictoire »²¹. La Cour a estimé que les restrictions apportées aux droits du requérant étaient nécessaires et proportionnées. Cette affaire concernait en particulier des mesures de surveillance secrète dont il était important de préserver la confidentialité des secrets et des informations compte tenu de la nécessité pour un État membre de préserver le secret de certaines mesures de surveillance dans la lutte contre le terrorisme.

3. TRAITÉS DE L'UNION EUROPÉENNE ET JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

a. Exemption relative à la sécurité nationale

Comme point de départ, il convient de noter l'exemption en matière de sécurité nationale imposée par le paragraphe 2 de l'article 4 du traité sur l'Union européenne (TUE) :

« L'Union respecte l'égalité des États membres (...) ainsi que leur identité nationale (...). Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment (...) sauvegarder la sécurité nationale (...). La sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. »

Par conséquent, le droit de l'UE, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²², ne s'appliquera pas aux questions concernant la sécurité nationale des États membres²³. Cela peut notamment être illustré par le préambule de la directive sur le droit d'accès à un avocat qui indique : « La présente directive devrait s'entendre sans préjudice du non-respect du principe de confidentialité lié à une opération de surveillance licite effectuée par les autorités compétentes. Elle devrait également s'entendre sans préjudice des activités qui sont menées, par exemple, par les services de renseignement nationaux, pour sauvegarder la sécurité nationale conformément à l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne ou qui relèvent de l'article 72 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vertu duquel le titre V relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne doit pas porter atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. »²⁴

20 Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance, disponibles en [FR/EN](#).

21 *Kennedy c. Royaume-Uni*, §§ 184-187.

22 Journal officiel C 364 du 18 décembre 2000

23 WP29 Document de travail sur la surveillance des communications électroniques à des fins de renseignement et de sécurité nationale, 5 décembre 2014, p22-27.

24 DIRECTIVE 2013/48/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, considérant 34, disponible [ici](#).



b. Absence d'une définition claire de la sécurité nationale

L'UE n'a donc pas compétence pour légiférer sur des questions qui touchent à la sécurité nationale des États membres. En outre, il est intéressant de constater qu'il n'existe pas de définition claire de la « sécurité nationale » aux fins du paragraphe 2 de l'article 4, ni de directives claires à ce sujet. En particulier, peut-être entravée par le paragraphe 2 de l'article 4, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'a pas établi de définition claire ni développé le concept de sécurité nationale, si ce n'est en déclarant que « la sécurité nationale [...] constitue(nt) des activités propres aux États ou aux autorités étatiques, étrangères aux domaines d'activité des particuliers »²⁵.

Il convient néanmoins de noter que l'UE et ses États membres utilisent de nombreux termes différents qui englobent la notion de sécurité nationale, mais ces termes sont également indéfinis. Ces concepts similaires comprennent, entre autres, la sécurité intérieure, la sécurité politique, la sécurité de l'État, la sécurité publique, la sécurité privée et la défense. Ces termes devraient tous être distingués les uns des autres, mais ils sont néanmoins, dans un certain sens, liés.

²⁵ CJCE, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU* (C-275/06, arrêt du 29 janvier 2008), para. 51.

#3

ENQUÊTE SUR LA SITUATION DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'UE

Afin d'avoir une vue d'ensemble du déploiement du concept de sécurité nationale en Europe, le CCBE a mené une enquête auprès d'un échantillon représentatif de ses barreaux membres, en Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Pologne, République tchèque et au Royaume-Uni. L'enquête a examiné la définition de la sécurité nationale en tant que concept juridique dans chacun de ces États. Les résultats de cette enquête sont publiés sous forme de tableau [ici](#).

L'enquête a révélé que tous les États membres de l'UE participants ont une conception juridique de la sécurité nationale et que ceux-ci emploient le concept de sécurité nationale de diverses manières. Tous les répondants ont une forme de législation faisant référence à la sécurité nationale. Les réponses à la question 3 de l'enquête montrent qu'il n'existe de définition simple du concept de sécurité nationale dans presque aucun des États membres interrogés, à l'exception de l'Espagne (et, dans une certaine mesure, de la Hongrie). Les quelques indications contenues dans la jurisprudence de la majorité des États membres concernés par l'enquête ne répondent sans doute pas aux normes de sécurité juridique requises pour assurer le bon fonctionnement de l'État de droit.

Q1. EXISTE-T-IL UN CONCEPT JURIDIQUE DE SÉCURITÉ NATIONALE ?

Les 11 États membres ont tous répondu avoir bien une notion juridique de sécurité nationale.

En **Autriche**, le gouvernement a présenté au Parlement un rapport sur une nouvelle stratégie de sécurité autrichienne²⁶. Le Parlement autrichien a adopté une résolution visant à définir la politique de sécurité autrichienne conformément aux recommandations générales sur une nouvelle stratégie de sécurité pour l'Autriche adoptées dans la résolution du Conseil national autrichien du 3 juillet 2013²⁷. Le rapport sur la nouvelle stratégie de sécurité autrichienne expose les valeurs, les intérêts et les objectifs de sécurité de ce qui est considéré comme faisant partie de la politique de sécurité nationale de l'Autriche²⁸.

L'article 1 de la Loi constitutionnelle de la **République tchèque** indique : « Il est du devoir fondamental de l'État d'assurer la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République tchèque, la protection de ses fondements démocratiques et la protection des vies, de la santé et des biens. » En outre, trois types de régimes d'urgence peuvent être déclarés :

1. l'état d'urgence ;

²⁶ Stratégie de sécurité autrichienne : La sécurité dans une nouvelle décennie - Façonner la sécurité, disponible en anglais [ici](#).

²⁷ Disponible en anglais [ici](#), voir p. 16 §4.1

²⁸ Stratégie de sécurité autrichienne La sécurité dans une nouvelle décennie - Façonner la sécurité, disponible en anglais [ici](#), point 3.



2. une condition de menace pour l'État ;
3. un état de guerre.

Le concept de sécurité nationale en République tchèque est décrit plus en détail dans la *Stratégie de sécurité de la République tchèque*²⁹ qui définit les risques généraux pour la sécurité, les plans et les mesures à long terme visant à assurer la sécurité de la République tchèque et de ses citoyens.

En **Allemagne**, le droit des Länder et le droit fédéral ont chacun un concept de sécurité nationale. La Constitution allemande aborde étroitement de la sécurité nationale, en traitant du recours aux forces armées pour la défense et du recours exceptionnel aux forces armées dans le pays en cas de *danger imminent pour l'ordre démocratique libre de la Fédération ou d'un Land* (article 87a de la Loi fondamentale allemande). Certains actes qui mettent en danger certains éléments de la sécurité nationale sont des actes criminels au sens des articles 81 et suivants. Du Code pénal allemand (par exemple la haute trahison contre la Fédération ou le sabotage). Certaines de ces dispositions font référence à la sécurité de la République fédérale d'Allemagne, qui est définie comme *sécurité extérieure ou intérieure*. En ce qui concerne les lois des Länder, il existe la norme générale beaucoup plus large *Öffentliche Sicherheit und Ordnung* (sécurité et ordre publics), utilisée en particulier dans les lois sur la police des États qui incluent des éléments de sécurité nationale.

En **Grèce**, il existe un concept juridique de sécurité nationale. Toutefois, il n'est énoncé ni dans la Constitution ni dans la loi. « Sécurité nationale » s'entend au sens d'intégrité nationale, protection du pays, de son territoire et son indépendance par rapport aux dangers extérieurs, ce que confirme la définition du terme « défense nationale » dans la Loi 2292/1995 relative à l'organisation du Ministère de la Défense et des forces armées, en vertu de laquelle « la défense nationale comprend toutes les opérations et activités déployées par l'État qui visent à protéger l'intégrité territoriale, l'indépendance et la souveraineté nationales, ainsi que la sécurité des citoyens contre toute atteinte ou menace extérieure, ainsi que le soutien des intérêts nationaux ».

Selon une simple liste indicative du « Glossaire du renseignement »³⁰ en **Italie**, les éléments relevant de la sécurité nationale comprennent : l'indépendance, l'intégrité et la souveraineté de la République, dont elle est l'expression communautaire, les institutions démocratiques établies par la Constitution italienne, la personnalité internationale de l'État, les libertés fondamentales et les droits constitutionnellement garantis aux citoyens ainsi que les intérêts politiques, militaires, économiques, scientifiques et industriels du pays. On trouve également une définition de la sécurité nationale dans certains arrêts de la Cour constitutionnelle dans lesquels il est fait référence à l'intégrité territoriale de la nation, à son indépendance et à sa survie. En outre, une définition de la sécurité publique se trouve indirectement dans la loi 124/2007 (articles 6 et 7) où la sécurité nationale est définie de manière générique comme « l'indépendance et l'intégrité de la défense contre les menaces étrangères ».

En **Pologne**, la notion juridique de « sécurité de l'État », figurant dans la Constitution, et de « sécurité publique » ou de « sécurité commune », présente dans d'autres lois, peut être assimilée à la « sécurité nationale ». Bien que ces concepts ne soient pas clairement définis, selon le rapport de 2014 sur la stratégie de sécurité nationale de la République de Pologne, « les intérêts nationaux précisés à l'article 5 de la Constitution de la République de Pologne constituent un fondement des intérêts de sécurité nationale ». Le même rapport dresse ensuite la liste d'un certain nombre de ces intérêts³¹.

En **France**, la « stratégie de sécurité nationale » a été définie pour la première fois dans le Livre blanc de 2008 de défense et de sécurité nationale³². En 2009, une loi a introduit cette notion dans l'article L 1111-1 du Code de la défense.

29 Stratégie de sécurité de la République tchèque à l'horizon 2015, disponible [ici](#).

30 Présidence du Conseil des ministres : Département des informations pour la sécurité, « Glossaire du renseignement : le langage des organismes de renseignement », 2013, disponible [ici](#)

31 Voir le Rapport de 2014 sur la stratégie de sécurité nationale de la République de Pologne, disponible [ici](#).

32 Voir le Livre blanc de 2008 sur la défense et la sécurité nationale, disponible [ici](#).



Q2. COMMENT CE CONCEPT EST-IL DÉPLOYÉ (PAR EXEMPLE, PAR DÉROGATION AUX DROITS PROTÉGÉS JURIDIQUEMENT, SOIT EN DROIT INTERNE, SOIT EN RELATION AVEC LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME) ?

Tous les pays répondants ont des façons différentes de déployer la sécurité nationale. En **République tchèque**, la Loi constitutionnelle sur la sécurité de la République tchèque indique que le gouvernement doit préciser quels droits fondamentaux et libertés fondamentales doivent être restreints, dans quelle mesure, et quelles obligations doivent être imposées et dans quelle mesure. En outre, les régimes d'urgence doivent avoir un motif précis, ne peuvent exister que pour une période déterminée et ne peuvent concerner qu'une zone territoriale désignée, comme indiqué plus en détail dans l'annexe du présent document.

En **France**, la sécurité nationale sert de justification à la mise en œuvre de mesures extraordinaires par les pouvoirs publics, notamment dans les domaines relatifs à la police, la défense, de la lutte contre le terrorisme, et à la réglementation de l'entrée des étrangers provenant de l'extérieur de l'UE. En droit français, un équilibre doit être trouvé entre les droits des citoyens et les exigences de la protection de la société. Cela concerne toutes les dispositions législatives impliquées dans la mise en œuvre de ces politiques, telles que :

- la sécurité extérieure par la diplomatie et la défense du territoire ;
- le maintien de l'ordre public ;
- la protection contre les menaces majeures (terrorisme, espionnage, crime organisé, violation des grands intérêts économiques ou scientifiques nationaux) ;
- la justice ;
- la souveraineté monétaire ;
- la souveraineté fiscale ;
- la santé publique ;
- la sécurité civile.

En **Allemagne**, toute action d'une autorité publique portant atteinte aux droits privés doit être fondée sur des dispositions légales valables. Toute action de l'État accomplie sans reposer sur la loi est illégale. Ce principe s'applique même en temps de crise et aucune dérogation n'est prévue étant donné que les autorités publiques sont tenues de respecter la loi. Une ingérence dans les droits privés pour des raisons de sécurité nationale ne peut avoir lieu que si elle est expressément autorisée par la loi. Lorsque les autorités décident s'il convient d'agir et de quelle manière, elles doivent respecter le principe de proportionnalité en pesant les intérêts en présence (droits privés et importance des aspects de sécurité). Des dispositions du droit international telles que celles de la Convention européenne des droits de l'homme ont été incorporées dans le droit interne et doivent donc être respectées en tant que telles par toutes les autorités publiques.

En **Grèce**, la Loi 2225/1994 telle que modifiée prévoit une procédure permettant de déroger au droit à la vie privée et qui relève de la compétence du procureur général de la Cour d'appel en matière de sécurité nationale et du Conseil de la magistrature dans les cas de crimes très graves. La protection des données à caractère personnel est garantie par l'article 9A de la Constitution et ne peut être limitée par la loi que par l'application du principe de proportionnalité prévu à l'article 25 de la Constitution.

L'article 19 de la Constitution hellénique prévoit ce qui suit : « Le secret des lettres et de la libre correspondance ou communication, de toute manière que ce soit, est absolument inviolable. La loi fixe les garanties sous lesquelles l'autorité judiciaire n'est pas liée par le secret pour des raisons de sécurité nationale ou en vue de la constatation de délits particulièrement graves ». L'article 19 indique ensuite :



« 2. Les questions relatives à la création, à l'action et aux pouvoirs d'une autorité indépendante chargée de garantir le secret visé au premier paragraphe sont réglées par la loi.

3. L'utilisation d'une information acquise en violation du présent article et des articles 9 et 9A est interdite. »

L'article 46 de la Loi fondamentale **hongroise** exige que les activités liées à la sécurité nationale soient inscrites dans une « loi cardinale » du Parlement. Une telle « loi cardinale régit les règles d'organisation de la police et des services de sécurité nationale, leur fonctionnement, les règles d'utilisation des outils et des méthodes de sécurité nationale, ainsi que les règles relatives aux activités de sécurité nationale ». En droit procédural hongrois, la sécurité nationale n'apparaît qu'indirectement, de même que certaines des garanties procédurales de collecte d'informations secrètes pendant la phase de procédure pénale. La plupart des détails sont réglementés par la Loi sur les services de sécurité nationale (Loi CXXV de 1995). Il n'y a donc pas de dispositions dans les lois procédurales précisant quand une certaine méthode de collecte d'informations secrètes devient légale, par exemple à la suite d'une exception relative à la sécurité nationale. Au-delà de la Loi sur les services de sécurité nationale, des dispositions importantes des réglementations sectorielles peuvent fixer des exigences plus spécifiques quant à ce que les services de sécurité nationale peuvent exiger de certains fournisseurs, par exemple qu'ils demandent aux fournisseurs de services de télécommunications d'installer, à leurs propres frais, certains équipements de surveillance.

En **Italie**, aucune réponse claire ne peut être apportée compte tenu de la complexité de la question. La notion de sécurité nationale, sous ses diverses formes, peut être invoquée en vertu de certaines règles pour exclure ou limiter l'exercice de certains droits relatifs notamment à la transparence de l'administration publique et à la vie privée.

En **Pologne**, la loi donne des exemples de la manière dont il est possible de déroger aux droits et en vertu de quelles dispositions juridiques (voir en annexe les réponses de la Pologne, en particulier à la question 2 du tableau, pour en savoir davantage).

En **Espagne**, la protection de la sécurité nationale est comprise comme étant un service public et soumis à une politique d'État. Le concept repose sur le droit interne.

Au **Royaume-Uni**, le concept est déployé dans divers contextes :

- comme base à l'autorisation d'activités des agences de sécurité et de renseignement ;
- pour les questions administratives, telles que les décisions d'admission au Royaume-Uni ;
- pour le développement de services ou de capacités, tels que la création et le maintien de la protection des infrastructures nationales critiques ;
- comme dérogations ou limitations aux obligations (telles que l'article 28 de la loi de 1998 sur la protection des données ou l'article 132 de la loi de 2003 sur les communications).

Q3. LA LOI DÉFINIT-ELLE LA SÉCURITÉ NATIONALE ? SI CE N'EST PAS LE CAS, COMMENT VOTRE LOI TIENT-ELLE COMPTE DE LA SÉCURITÉ NATIONALE ?

En **Autriche**, il n'existe pas de définition juridique de la sécurité nationale. Dans l'article 229 du Code de procédure pénale autrichien (StPO), le concept de sécurité nationale englobe l'intérêt de l'État à protéger ses valeurs contre les menaces et les préoccupations, notamment dans les domaines des affaires étrangères, de la politique de sécurité et de la politique de défense. Même si le concept de sécurité nationale peut être très vaste et conférer aux autorités un pouvoir discrétionnaire important, ses limites ne peuvent aller au-delà de son sens naturel.

En **France**, selon une définition possible du concept à l'article L1111-1 du Code de la défense



: « La stratégie de sécurité nationale a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population, l'intégrité du territoire et la permanence des institutions de la République, et de déterminer les réponses que les pouvoirs publics doivent y apporter.

L'ensemble des politiques publiques concourt à la sécurité nationale. (...) ».

Par ailleurs, le Code pénal français protège les « intérêts fondamentaux de la Nation », notion parallèle de sécurité nationale définie comme suit : « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel » (article 410-1 du Code pénal).

En **Allemagne**, il n'existe pas de définition unique de la sécurité nationale. Différentes lois contiennent des termes et des formulations variables. La définition la plus importante est celle de l'article 4 du *Bundesverfassungsschutz-Gesetz* (« *BVerfSchG* » - Code de l'Office fédéral allemand pour la protection de la Constitution, c'est-à-dire les services secrets nationaux), mais les tribunaux interprètent la sécurité nationale différemment selon les contextes dans lesquels la question est posée, même si les lois concernées utilisent une formulation similaire.

En **Grèce**, le terme de « sécurité nationale » n'est spécifié ni dans la Constitution ni dans la loi. Il existe toutefois un concept juridique de sécurité nationale (voir la réponse à la question 1).

La Hongrie a une définition de « l'intérêt de la sécurité nationale » dans la Loi sur les services de sécurité nationale (74. § a) :

- a) « La protection de l'indépendance et de l'ordre public de la Hongrie, dans ce cadre :
- b) la détection de tentatives malveillantes contre l'indépendance et l'intégrité territoriale du pays ;
- c) la découverte et la prévention des tentatives secrètes qui nuisent ou menacent les intérêts politiques, économiques et militaires du pays ;
- d) l'obtention d'informations concernant des pays étrangers ou d'origine étrangère qui sont nécessaires aux décisions gouvernementales ;
- e) la détection et la prévention des tentatives clandestines et illégales visant à modifier ou à perturber l'ordre juridique du pays, pour garantir l'exercice des droits humains fondamentaux, le système de démocratie représentative multipartite et le fonctionnement des institutions judiciaires ;
- f) la détection et la prévention des actes de terrorisme, du trafic illicite d'armes, de drogue, ainsi que de produits et technologies sous contrôle international. »

En **Espagne**, il existe une définition unique de la « sécurité nationale », à savoir : une action de l'État visant à :

protéger la liberté, les droits et le bien-être des citoyens ;

assurer la défense de l'État, de ses principes et de sa valeur constitutionnelle ;

contribuer avec les alliés et partenaires de l'Etat à garantir la sécurité internationale dans le respect des engagements pris.

Au **Royaume-Uni**, tel qu'il a été possible de le voir, le gouvernement s'est opposé à toute tentative visant à créer une définition claire de la sécurité nationale dans la législation. Mais les tribunaux ont cherché à s'attaquer à ce concept. En particulier, dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47, la Chambre des Lords a énoncé un certain nombre de principes :



- (i) « sécurité nationale », la sécurité du Royaume-Uni et de sa population ;
- (ii) les intérêts de la sécurité nationale ne se limitent pas à l'action d'un individu dont on peut dire qu'elle vise le Royaume-Uni, son système de gouvernement ou sa population ;
- (iii) la protection de la démocratie et des systèmes juridiques et constitutionnels de l'État fait partie de la sécurité nationale ainsi que de la défense militaire ;
- (iv) une action contre un État étranger peut être susceptible d'affecter indirectement la sécurité du Royaume-Uni ; et
- (v) la coopération réciproque entre le Royaume-Uni et d'autres États dans la lutte contre le terrorisme international est susceptible de promouvoir la sécurité nationale du Royaume-Uni.

Bien qu'utiles en soi, ces commentaires sont loin d'être une définition complète de la sécurité nationale.

Q4. LA SÉCURITÉ NATIONALE EST-ELLE MENTIONNÉE DANS LA LÉGISLATION OU LA JURISPRUDENCE, MÊME SI ELLE N'EST PAS DÉFINIE ?

Ces références existent dans tous les États représentés dans l'enquête, qui offre davantage de détails.

Q5. DANS QUELLES CIRCONSTANCES LA SÉCURITÉ NATIONALE EST-ELLE INVOQUÉE ET À QUELLE FRÉQUENCE ?

En **Autriche**, la sécurité nationale est rarement invoquée devant les tribunaux. La sécurité nationale est invoquée lorsqu'il est estimé que la sécurité nationale est menacée, par exemple lorsqu'il s'agit de la publication de secrets d'État ou de questions relatives à la défense de l'État.

En **France**, elle n'a été utilisée qu'une seule fois (voir Q5 en annexe).

En **Allemagne**, il existe une différence entre l'expression générale « *Öffentliche Sicherheit und Ordnung* » (sécurité et ordre publics) utilisée en particulier dans le droit de la police qui est invoqué en permanence comme base juridique de la plupart des activités de la police et le terme plus étroit de sécurité nationale utilisé notamment dans la *Bundesverfassungsschutz-Gesetz* ; seule cette dernière peut être utilisée pour justifier toute intrusion dans les communications entre les avocats et leurs clients. Elle n'est que très rarement utilisée. Dans les deux cas, les citoyens dont les droits sont affectés par des actions fondées sur la sécurité et l'ordre publics ou la sécurité nationale ont droit à un contrôle juridictionnel. La constitution allemande actuelle a été construite pour empêcher les procédures dans lesquelles une seule personne pourrait réunir tous les pouvoirs d'État. Par conséquent, chaque action d'une autorité publique doit reposer sur une autorisation accordée par la loi et peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Cela s'applique également aux situations dans lesquelles il est allégué que la sécurité nationale est en jeu.

En **Grèce**, la sécurité nationale ne peut être invoquée que pour « certains crimes particulièrement graves à l'encontre de la sécurité nationale »³³.

En **Hongrie**, en droit procédural, la collecte de données secrètes peut être effectuée par certaines institutions définies dans le cadre législatif régissant les autorités chargées de l'application de la loi et des services de sécurité nationale.

Comme indiqué auparavant, la notion de sécurité nationale peut, en **Italie**, sous ses différentes formes, être invoquée selon certaines règles pour exclure ou limiter l'exercice de certains droits. Il

33 Article 19 de la Constitution hellénique



n'est cependant pas possible de donner une réponse sur la fréquence à laquelle la sécurité nationale est invoquée en Italie étant donné que, dans le cas d'informations classées secrètes par exemple, il n'est pas possible de comprendre de quelle manière les aspects de sécurité nationale sont invoqués.

En **Espagne**, la sécurité nationale peut être invoquée dans des domaines qui intéressent l'État. Cela peut se faire en suivant les règles précisées dans la loi et dans le cadre du Système de sécurité nationale. Elle peut être invoquée dans les domaines de la cybersécurité, du terrorisme, du crime organisé, de la sécurité financière et économique, de la sécurité maritime, de la sécurité énergétique, de la sécurité sanitaire ou de la préservation de l'environnement.

Au **Royaume-Uni**, il n'est pas possible de donner une liste des circonstances dans lesquelles la sécurité nationale est invoquée. Le gouvernement a constamment refusé d'adopter une définition de la sécurité nationale en raison du fait que les menaces contre lesquelles la législation tente d'apporter une protection évoluent et sont difficiles à prévoir. Ce concept a été invoqué, par exemple, à l'article 94 de la Loi de 1984 sur les télécommunications comme base pour l'acquisition en masse de données de communication par les services de renseignement. Les dispositions de la Loi de 2016 sur les pouvoirs d'enquête en sont un autre exemple. Bien que le concept de sécurité nationale ne soit défini dans aucune loi au Royaume-Uni, sa signification a été examinée par les tribunaux. Comme indiqué plus haut, dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, la sécurité nationale était définie comme la « sécurité du Royaume-Uni et de sa population ».

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Ces réponses montrent que le concept de sécurité nationale est vague et imprécis dans la plupart des États membres qui ont pris part à l'enquête. Il existe toutefois des parallèles importants en ce qui concerne le rôle, l'exigence et l'utilisation de la sécurité nationale comme raison pour qu'un État contourne certaines restrictions juridiques, notamment le contrôle juridique et juridictionnel dans une perspective d'état de droit. Par conséquent, les citoyens des États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme, y compris les États membres de l'UE, devront dans de nombreux cas faire confiance à la légitimité du concept de sécurité nationale tel que défini par leur État.

À la lumière de ce qui précède, il semble que le concept de sécurité nationale manque de définition précise dans les systèmes juridiques de la plupart des États. Le tableau d'ensemble montre que les nombreuses et diverses caractéristiques conceptuelles attribuées au concept de sécurité nationale demeurent souples. Il existe plusieurs concepts différents de sécurité nationale qui sont utilisés dans les États membres de l'UE mais, dans la plupart des pays examinés, il n'existe pas de définition juridique commune qui réponde au double critère de sécurité juridique et de « conformité à la loi ». Cette ambiguïté entraîne des disparités et des lacunes dans la responsabilisation des pouvoirs exécutifs de chaque pays, y compris de leurs services de renseignement.

#4

UNE DÉFINITION DE LA SÉCURITÉ NATIONALE

Dans ce contexte, est-il possible d'élaborer une définition unique de la sécurité nationale qui soit acceptable à l'échelle internationale ?

Certes, des éléments communs à tous les États en matière de sécurité nationale peuvent être identifiés, par exemple la nécessité de protéger l'État et sa population contre les menaces violentes et illégales de renversement de la constitution ou du système de gouvernement ainsi que les menaces envers la sécurité de la population de l'État dans son ensemble, mais jusqu'où est-il possible d'aller ? Une menace envers l'économie de l'État est-elle une question de sécurité nationale ? Peut-être, mais qu'en est-il des menaces liées au changement climatique ? Ces menaces, aussi importantes soient-elles, menacent-elles la sécurité nationale ? Peut-être pas pour la plupart des pays, mais qu'en est-il si l'État en question est Vanuatu ?

Il semble dès lors difficile d'élaborer une définition universelle, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il ne faut pas s'y atteler.

Par ailleurs, certains principes peuvent être tirés des diverses approches nationales examinées ci-dessus et reprises ci-dessous :

- L'intérêt de l'État à protéger ses valeurs contre les menaces et les préoccupations dans le domaine des affaires étrangères, de la politique de sécurité et de la politique de défense (Autriche).
- La souveraineté, l'intégrité territoriale, la protection de ses fondements démocratiques, la protection des vies, de la santé et des biens ; en cas d'état d'urgence ou de menace à l'encontre des droits fondamentaux de l'État, la sécurité nationale peut être limitée ; en cas de catastrophes naturelles ou d'accidents écologiques ou industriels (circonstances mettant la vie en danger) (République tchèque).
- La souveraineté (y compris monétaire et fiscale), la protection de la population, l'intégrité du territoire, l'intégrité des institutions de l'État ; les droits fondamentaux peuvent être restreints mais les restrictions doivent être proportionnées (France).
- Un danger imminent pour l'ordre démocratique libre ; la souveraineté et l'intégrité territoriale ; la sécurité des institutions de l'État ; l'intégrité de la Constitution (Allemagne).
- La souveraineté nationale, l'intégrité territoriale, la sécurité des citoyens contre les menaces extérieures, le soutien des intérêts nationaux (Grèce).
- La souveraineté et l'ordre public ; l'intégrité territoriale ; *les intérêts politiques, économiques et militaires* ; l'exercice des droits humains fondamentaux ; le système de démocratie multipartite ; le fonctionnement des institutions judiciaires ; la protection des citoyens contre le terrorisme (Hongrie).



- L'indépendance, l'intégrité et la souveraineté de l'État ; l'ordre démocratique et les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution ; *les intérêts politiques, militaires, économiques, scientifiques et industriels de l'État* ; les troubles aux relations extérieures (Italie).
- La protection de la liberté, des droits et du bien-être des citoyens ; la défense de l'État, de ses principes et de sa valeur constitutionnelle ; invoquée dans les domaines de la cybersécurité, du terrorisme, du crime organisé, de la *sécurité financière et économique, de la sécurité maritime, de la sécurité énergétique, de la sécurité sanitaire ou de la préservation de l'environnement* (Espagne).
- La sécurité de l'État et de sa population ; le système de gouvernement ; la démocratie et la sécurité juridique et constitutionnelle, la défense militaire ; la perturbation des relations extérieures ; l'engagement en faveur de la coexistence pacifique des nations (Royaume-Uni).

Il est légitime de se demander dans quelle mesure les aspects indiqués en italique devraient être inclus dans une quelconque définition universellement acceptable de la sécurité nationale. Des termes tels que « intérêts politiques, économiques et militaires » qui ne sont employés que dans une minorité d'États membres interrogés tendent à suggérer un seuil assez bas de restriction des droits humains fondamentaux. Si ces intérêts sont d'une telle ampleur qu'ils peuvent justifier la restriction des droits fondamentaux, ils apparaissent déjà dans d'autres aspects de la sécurité nationale (par exemple, les intérêts militaires feront partie de la souveraineté, l'intégrité territoriale ou les relations extérieures). De même, des termes tels que « intérêts économiques » sont vastes, mal définis et susceptibles d'enfreindre le principe de proportionnalité.

La définition de la sécurité nationale suivante se dégage de l'ensemble de ces fils conducteurs :

La sécurité nationale s'entend comme étant la sécurité intérieure et extérieure de l'État, qui comprend un ou plusieurs des éléments suivants :

- ***la souveraineté de l'État ;***
- ***l'intégrité de son territoire, de ses institutions et de son infrastructure critique ;***
- ***la protection de l'ordre démocratique de l'État ;***
- ***la protection de ses citoyens et résidents contre les menaces graves qui pèsent sur leur vie, leur santé et leurs droits humains ;***
- ***la conduite et la promotion de ses relations extérieures et son engagement en faveur de la coexistence pacifique des nations.***

La restriction des droits humains fondamentaux par l'invocation de la sécurité nationale exige d'être soumise au principe de proportionnalité, excepté lorsque l'équilibre attentif ne peut être atteint en raison d'urgences graves (conformément aux articles 4 et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

#5

LE CONCEPT DE JUSTICE PROCÉDURALE

Il se peut que la définition ci-dessus ne soit pas universellement acceptée, que ce soit en raison de circonstances nationales divergentes (voir l'exemple hypothétique donné de Vanuatu dans le contexte du changement climatique) ou pour d'autres raisons, mais il ne s'agit pas seulement d'un problème de définition. L'analyse ci-dessus révèle que l'absence actuelle de définition peut être due tant à des facteurs politiques qu'à une simple incapacité à s'atteler au problème. La branche exécutive du gouvernement voit souvent un avantage indéniable à maintenir l'imprécision au nom de la « flexibilité ». Ce phénomène a été explicité en ce qui concerne le Royaume-Uni par les commentaires d'Earl Howe à la Chambre des Lords, cités plus haut, mais il semble raisonnable de supposer que des facteurs similaires peuvent également entrer en jeu dans d'autres États.

Il en ressort une situation dans laquelle les juridictions cherchent à combler le vide en formulant des principes régissant l'invocation par l'État de la sécurité nationale, soit en fournissant un contenu à la « sécurité nationale » (comme dans l'affaire *Rehman* au Royaume-Uni), soit en formulant certains principes généraux quant au caractère raisonnable, par exemple que l'invocation de la sécurité nationale par l'exécutif ne soit pas « contraire au bon sens ni arbitraire », comme dans l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Janowiec et autres c. Russie*.

Le problème inhérent à une approche invoquant des principes de bon sens est précisément que s'il n'y a pas de définition sous-jacente de la sécurité nationale, la loi demeure incertaine étant donné que ce qui peut être admissible dépendra de ce qu'un juge donné peut considérer comme étant le « bon sens » à une occasion donnée. De toute évidence, au fil du temps et dans un certain nombre d'affaires, les juridictions pourraient élaborer des principes plus précis quant à ce qui constitue la sécurité nationale, mais l'enquête ci-dessus révèle que, dans de nombreux États, les juridictions sont loin d'élaborer des définitions claires. Il est dès lors souhaitable que le présent document serve à tout le moins de point de départ aux juridictions et aux autres organes responsables à l'échelle nationale (et, éventuellement, internationale) pour commencer à élaborer des définitions plus précises et communes de ce qui constitue la sécurité nationale d'un État.

Toutefois, même si une définition venait à être élaborée et acceptée de tous, il ne faut pas croire que le problème serait résolu. Le processus de mise au point d'une définition de la sécurité nationale (universellement acceptée ou non) et donc de définitions de la sécurité nationale dans chaque État peut devenir un exercice vide de sens, à moins qu'il existe une justice procédurale, c'est-à-dire que ceux qui invoquent la sécurité nationale sont soumis à l'état de droit et que le citoyen peut avoir l'assurance d'une procédure claire et équitable en cas de violation de ses droits fondamentaux au nom de la sécurité nationale, d'un contrôle indépendant approprié et de voies de recours adéquates.

Cette notion de justice procédurale sous-tend en grande partie l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme dans des affaires telles que l'affaire *Janowiec*, qui met l'accent sur « la procédure



contradictoire devant une autorité indépendante ou une juridiction compétente pour examiner efficacement les motifs... et les éléments de preuve pertinents ».

Dans ces circonstances, il se peut que la véritable clé d'un contrôle efficace des atteintes aux droits fondamentaux au nom de la sécurité nationale, y compris le recours à des activités de surveillance, réside dans l'établissement de processus de contrôle rigoureux plutôt que dans la simple formulation d'une définition de la sécurité nationale. Il est néanmoins nécessaire de bien comprendre ce qui, en vertu de l'état de droit, relève des limites légitimes de la sécurité nationale, et d'avoir une définition claire de la sécurité nationale pour établir le contexte du processus de contrôle.

Dans ce contexte, la sixième partie ci-dessous énonce un certain nombre de principes fondamentaux qu'il est recommandé d'appliquer dans les situations où l'exécutif cherche à invoquer la sécurité nationale pour justifier, dans un cas donné, l'atteinte aux droits fondamentaux. En formulant ces recommandations, le CCBE est conscient qu'il parcourt un chemin similaire à celui qui a été suivi en détail dans d'autres documents. Il convient de se reporter, par exemple, à *Dix normes pour le contrôle et la transparence des services nationaux de renseignement* (Université d'Amsterdam)³⁴, aux *Possibilités de contrôle plus efficace du renseignement* (Wetzling)³⁵ et à *L'Instrument juridique du projet MAPPING*³⁶.

Le CCBE apporte cependant sa propre expérience dans la recherche et la publication de ses *Recommandations du CCBE sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance*, dont les conclusions concordent avec les points communs perceptibles dans les documents précités.

34 Disponible [ici](#).

35 Disponible [ici](#).

36 Disponible [ici](#).

#6

RECOMMANDATIONS

Reconnaissant le principe fondamental selon lequel l’invocation par l’exécutif de la sécurité nationale pour déroger aux droits fondamentaux est soumise à l’état de droit et que cette invocation ne doit être ni arbitraire, ni opaque, ni déraisonnable, le CCBE émet les recommandations suivantes :

1. NÉCESSITÉ D’UN CONTRÔLE LÉGISLATIF

Il devrait y avoir une définition internationalement acceptée de la sécurité nationale d’un État tel qu’indiqué à la partie IV ci-dessus. Qu’une telle définition fasse ou non l’objet d’un accord international, chaque État doit disposer d’une définition juridique claire de la nature de la sécurité nationale et des conditions préalables en vertu desquelles la sécurité nationale peut servir à justifier la violation des droits des citoyens.

De même, comme c’est le cas pour toute autre activité licite qui porte atteinte aux droits des citoyens, les mesures prises en matière de sécurité nationale doivent être réglementées de manière suffisamment précise.

La législation doit offrir suffisamment de garanties en cas d’externalisation totale ou partielle des mesures de sécurité nationale à des entités privées (lorsque cette externalisation est à la disposition des autorités gouvernementales), de manière à garantir que le gouvernement reste toujours pleinement maître et entièrement responsable de l’ensemble du processus, y compris de l’obtention, de la récupération ou de l’utilisation des éléments.

Les mesures ne doivent être autorisées que lorsque l’organisme qui souhaite entreprendre les activités portant atteinte aux droits des citoyens peut démontrer qu’il existe des raisons impérieuses qui justifient suffisamment ces mesures.

2. CONTRÔLE JURIDICTIONNEL ET INDÉPENDANT

Dans tous les cas où la sécurité nationale est invoquée pour justifier une action de l’État et que cette action porte atteinte aux droits des citoyens, les personnes dont les droits sont lésés doivent disposer d’un recours juridictionnel approprié ou d’un autre recours équivalent. L’organisme chargé d’accorder ce recours devrait reconnaître les principes susmentionnés.



Lorsque l'on cherche à invoquer la sécurité nationale pour justifier la prise de mesures portant atteinte aux droits des citoyens, les conditions suivantes doivent être remplies :

- Un contrôle adéquat doit être confié à un organe judiciaire indépendant. L'organe judiciaire de contrôle doit avoir en particulier le pouvoir de décider si la mesure satisfait à l'exigence de proportionnalité. La proportionnalité exige que toute mesure portant atteinte aux droits fondamentaux ait un objectif public légitime (c'est-à-dire qu'elle serve effectivement la sécurité nationale) et soit appropriée (c'est-à-dire que la mesure soit au moins utile à atteindre l'objectif), nécessaire (c'est-à-dire qu'aucune autre mesure ne produise le même effet avec une moindre intrusion dans les droits de la personne, voir également le paragraphe 2 de l'article 8 de la CEDH) et proportionnée au sens strict (l'intrusion ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'objectif). Une mesure qui ne remplit pas ces conditions doit être considérée illégale.
- En cas d'octroi d'un mandat pour le recours aux mesures pertinentes de protection de la sécurité nationale, un contrôle doit être exercé au cas par cas et doit être requis à tous les stades de la procédure.
- Une fois l'autorisation accordée, un organisme distinct, répondant aux mêmes exigences que celui qui l'a accordée, doit contrôler l'exécution de la mesure qui a été autorisée. Cet organisme doit avoir le pouvoir de mettre fin à la mesure ou de détruire les *éléments* interceptés s'il constate que les mesures de surveillance ont été exécutées de manière illicite.
- Pour s'acquitter de son mandat, l'organisme de contrôle doit être doté par la loi de pouvoirs proportionnés, adéquats et contraignants. Ces compétences doivent permettre à l'organisme de prendre des décisions *éclairées* et exécutoires.

3. VOIES DE RECOURS ET SANCTIONS

Afin de faire respecter les règles décrites ci-dessus et de rendre le contrôle effectif, des voies de recours et des sanctions doivent être mises en œuvre en cas de violation de ces règles. À cet égard, le CCBE recommande :

Dans les cas appropriés, des voies de recours doivent être mises à la disposition des personnes physiques et morales qui ont fait l'objet de mesures illégales. Elles doivent en particulier être informées sans retard excessif, une fois les mesures terminées, quant aux mesures de surveillance prises, à leur portée et aux données recueillies. Elles doivent pouvoir contester la légalité de ces mesures devant un juge.

La non-divulgence des mesures et des éléments recueillis doit être exceptionnelle et ne doit être autorisée que dans les cas où il existe des raisons sérieuses de démontrer que la divulgation nuirait à la poursuite de l'enquête sur un crime grave ou une question de sécurité nationale. Si tel est le cas, l'étendue des mesures prises et des éléments recueillis devraient être communiquée à un organe judiciaire de contrôle pour qu'il les examine, avec un exposé clair des motifs pour lesquels il est demandé de s'abstenir de communiquer les informations ainsi que tout élément justifiant cette non-divulgence. L'organe judiciaire doit être habilité à informer l'intéressé des mesures dans le cas où il est établi que la non-divulgence n'était pas justifiée.

Toutes les autorités gouvernementales identifiées comme ayant mené des activités de surveillance illicites doivent être passibles de sanctions.



4. SECRET PROFESSIONNEL

En ce qui concerne les informations relevant du secret professionnel ou du *legal professional privilege*, le CCBE affirme les principes suivants :

Les États doivent être tenus de prévoir dans leur législation une protection explicite du secret professionnel/*legal professional privilege*. Seules les communications ne relevant pas du secret professionnel ou du *legal professional privilege* devraient pouvoir être interceptées. En outre, aucun avocat ne doit se voir empêché de protéger convenablement la confidentialité de ses communications avec ses clients.

Les organes de l'État ou les autorités chargées de l'application de la loi doivent être tenus d'utiliser tous les moyens technologiques et procéduraux disponibles pour maintenir les *éléments* relevant du secret professionnel/*legal professional privilege* hors de portée des opérations de surveillance.

L'organisme ou les organismes de contrôle doivent être chargés de veiller à ce que les mesures de surveillance ne portent pas atteinte au secret professionnel/*legal professional privilege*.

Ces principes ne doivent pas pouvoir faire l'objet de dérogations reposant sur des allégations liées à la sécurité nationale.

#7

CONCLUSION

La protection de l'État et de ses citoyens est la fonction première de tout gouvernement, mais cette même fonction ne doit pas servir à justifier des violations arbitraires ou disproportionnées des droits fondamentaux, justifiées, si elles le sont, par l'expression « à des circonstances exceptionnelles, mesures exceptionnelles ». Tout au long de l'histoire, des dictateurs ont invoqué des « circonstances exceptionnelles » pour justifier des restrictions arbitraires et autoritaires aux droits et libertés des citoyens. Il y a toujours eu des moments dans l'histoire où il a fallu faire face à des défis difficiles et à des menaces internes et externes à la stabilité de la nation et à la vie de la population. Il est trop facile de traiter un moment comme exceptionnel alors qu'il n'est en réalité qu'empreint de menaces auxquelles nous avons toujours dû faire face. L'invocation de « circonstances exceptionnelles » est rarement voire jamais une bonne raison de rééquilibrer les droits du citoyen et les intérêts de l'État du côté de l'État.

Cela ne veut pas dire que les démocraties ne peuvent pas être confrontées à des menaces graves, voire existentielles, contre lesquelles il est essentiel de leur donner les moyens de se protéger. Les démocraties sont toutefois des États qui ne sont pas gouvernés par les caprices du despote, mais l'État de droit. Ce que l'État de droit exige en réponse à des « circonstances exceptionnelles » ne sont pas des mesures exceptionnelles, mais des mesures équilibrées, proportionnées et mûrement réfléchies.

Il est essentiel pour le maintien de l'État de droit que les lois soient claires, certaines et appliquées de manière cohérente. Lorsque des expressions aussi larges que la « sécurité nationale » sont invoquées sans aucune clarté quant à leur signification, il est difficile pour les juridictions, responsables de l'administration de l'État de droit, de traiter raisonnablement de cette frontière difficile entre ce qui est vraiment dans l'intérêt national et ce qui concerne un intérêt moindre, aussi important qu'il puisse être. Pourtant, lorsque les droits fondamentaux des citoyens sont menacés, les juridictions doivent chercher à déterminer la frontière entre, d'un côté, l'intérêt légitime de l'État et de ses citoyens à assurer la protection contre les menaces extérieures et intérieures et, de l'autre, la tyrannie.

C'est pour cette raison que le CCBE présente ce document qui cherche à mettre en lumière un concept qui, en des lieux et temps différents, a eu tendance à n'exister que dans l'ombre. Dans cet objectif, le CCBE propose une définition possible de la « sécurité nationale », aspirant à ce qu'elle puisse être largement acceptée au niveau international ou, du moins, qu'elle puisse éclairer ce qui constitue un débat permanent dans toutes les sociétés démocratiques.

Le CCBE est par ailleurs conscient que, quelle que soit la définition de la « sécurité nationale », il est inutile qu'une telle définition existe sans procédures claires et solides pour assurer le respect de l'État de droit. Le CCBE formule à cet égard les recommandations ci-dessus en ce qui concerne ce qui est appelé la « justice procédurale », c'est-à-dire le fait de chercher à assurer l'existence de procédures



solides qui garantissent un juste équilibre entre les considérations de sécurité nationale et les droits fondamentaux des citoyens.

Par ces moyens, les sociétés démocratiques pourraient répondre aux menaces extérieures et intérieures auxquelles elles sont confrontées, tout en préservant les valeurs démocratiques sur lesquelles elles sont fondées.