



Strasbourg, 11 juin 2007

Etude n° 388 / 2006

CDL-AD(2007)016

Or. angl.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

RAPPORT

**SUR LE CONTROLE DEMOCRATIQUE
DES SERVICES DE SECURITE**

**Adopté par la Commission de Venise
lors de sa 71^{ème} Session plénière
(Venise, 1^{er}-2 juin 2007)**

sur la base des observations de

**M. Iain CAMERON (Membre suppléant, Suède)
M. Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE (Membre suppléant, France)
M. Jan HELGESEN (Membre, Norvège)
M. Ian LEIGH (Expert, Royaume-Uni)
M. Franz MATSCHER (Expert, Autriche)
M. Valery ZORKIN (Membre, Fédération de Russie)**

TABLE DES MATIERES

Résumé général	4
La nécessité de contrôler les services de sécurité.....	4
Contrôle	4
Contrôle par le Parlement	6
Contrôle et autorisation juridictionnels.....	7
Contrôle par des groupes d'experts.....	7
Mécanismes de recours	8
I. <i>Introduction</i>	9
II. Travaux précédents du Conseil de l'Europe dans ce domaine.....	9
a. L'étude de la Commission de Venise	9
b. Le Groupe de spécialistes sur les services de sécurité intérieure (PC-S-SEC) du Comité Européen sur les Problèmes Criminels (CDPC).....	10
c. Le rapport complémentaire du Secrétaire Général établi en vertu de l'article 52 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, sur la question de la détention et du transport secrets de détenus soupçonnés d'actes terroristes, notamment par des instances étrangères ou à leur instigation.....	11
III. Portée de la présente étude	11
IV. Un contrôle démocratique (amélioré) est-il nécessaire ?	12
V. Contrôle.....	16
A. Notion et formes de contrôle	16
B. Problèmes généraux dans l'exercice du contrôle.....	18
C. Contextes constitutionnels et organisationnels.....	20
a. Sur un plan général	20
b. L'organisation des services de sécurité	20
c. La forme du mandat des services de sécurité.....	22
d. Priorités en matière de sécurité.....	23
e. Contrôle interne.....	24
f. Contrôle gouvernemental	24
g. Problèmes particuliers de contrôle liés à la coopération internationale entre les agences de renseignement	25

VI.	Contrôle et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	27
VII.	Le contrôle interne et le contrôle gouvernemental, éléments de systèmes de contrôle globaux.....	29
VIII.	Contrôle parlementaire	33
A.	Au plan général	33
B.	Mandat et fonctions de l'organe de surveillance parlementaire	34
C.	Composition de l'organe de surveillance	39
D.	Surveillance et coopération internationale	40
E.	Autres domaines dans lesquels le Parlement peut se voir confier un rôle de contrôle..	43
IX.	Contrôle et autorisation juridictionnels	44
X.	Contrôle par des groupes d'experts.....	51
XI.	Mécanismes de recours.....	56
XII.	Remarques conclusives.....	59

Résumé général

La nécessité de contrôler les services de sécurité

1. La sauvegarde de la sécurité intérieure et extérieure de l'État est vitale pour la protection des autres valeurs et intérêts de l'État. Pour anticiper, prévenir et se protéger des menaces contre la sécurité nationale, un État a besoin de services de renseignement et de sécurité efficaces : le renseignement est une nécessité incontournable pour les gouvernements modernes.

2. Les agences de sécurité ont pour mission de recueillir un maximum d'informations sur les menaces qui pèsent sur l'État ; ceci suppose de collecter des données sur les individus. C'est pourquoi les services de sécurité, par nature, empiètent sur les droits des individus. Il est donc impératif de fixer des limites tant internes qu'externes à leurs activités.

3. Par ailleurs, les menaces terroristes de l'après 11-Septembre ont entraîné de nouveaux défis pour la sécurité. Le renseignement est l'une des principales armes à la disposition de l'État pour combattre le terrorisme et lutter contre la dissémination d'armes de destruction massive. Les États doivent apporter une réponse transnationale, basée sur des réseaux, et la coopération inter-agences doit être intensifiée. Un contrôle démocratique plus strict et d'un type différent est aujourd'hui indispensable.

4. Les services de sécurité prennent naturellement leurs instructions du gouvernement. Ils doivent être *contrôlés* de manière adéquate par l'exécutif, pour éviter qu'ils ne développent une mentalité « d'État dans l'État ». Bien évidemment, ils sont et doivent être dotés d'outils technologiques de pointe et jouir de pouvoirs exceptionnels mais ils ont une tendance naturelle à collecter trop d'informations, d'où la nécessité de protéger les personnes contre un usage abusif et illégitime des renseignements recueillis à leur sujet.

5. Les services de sécurité sont, par leur nature même, en position d'abuser des prérogatives de la puissance publique. La subjectivité et la flexibilité de la notion de « sécurité nationale », associées à son importance vitale pour l'État, font que les gouvernements disposent dans ce domaine d'une large marge de manœuvre. Ils pourraient être tentés d'utiliser les services de sécurité pour poursuivre des buts illégitimes. Il est donc nécessaire de mettre en place des mécanismes permettant de prévenir les abus politiques tout en assurant une gouvernance effective de ces agences.

Contrôle

6. Les services de sécurité doivent être « contrôlables ». Cela signifie qu'ils sont tenus de devoir rendre des comptes ou fournir des explications sur leurs actes et, si nécessaire, d'en subir les conséquences, d'en endosser la responsabilité et de remettre les choses au point, s'il apparaît que des erreurs ont été commises.

7. Sous une forme simplifiée, quatre types de contrôle de l'État sont identifiables :

- Le contrôle exercé par le Parlement
- Le contrôle exercé par les autorités judiciaires
- Le contrôle exercé par des experts
- Les mécanismes de recours

Les deux dernières formes de contrôle sont des compléments ou des alternatives aux deux premières.

8. Soumettre les services secrets à un contrôle pose des problèmes particuliers. La politique et les opérations de sécurité nationale doivent s'accompagner d'un niveau élevé de secret, ce qui renforce le contrôle du gouvernement aux dépens du pouvoir législatif et le met à l'abri des critiques.

9. Même exercé par le gouvernement, le contrôle est rendu difficile par la nature même du travail des services secrets : le gouvernement est tributaire des connaissances particulières des experts.

10. Dans ce contexte, le contrôle par les tribunaux n'en devient que plus important, mais les tribunaux ordinaires, même lorsque leurs compétences formelles en matière d'examen des décisions dans ce domaine ne sont pas entravées par des aspects procéduraux (immunité, secret de l'information, etc.), rencontrent souvent de grandes difficultés pour examiner dans la pratique les larges pouvoirs discrétionnaires du gouvernement en la matière.

11. Juger de l'évaluation faite d'un renseignement est un exercice difficile en soi : il ne convient pas seulement de vérifier les données solides (les informations purement factuelles), mais aussi et de plus en plus des évaluations subjectives de la menace actuelle ou future pour la sécurité nationale que posent des faits ou des personnes.

12. Il existe plusieurs schémas d'organisation de la fonction de sécurité intérieure. Elle peut être confiée à une agence unique ou répartie entre plusieurs agences et/ou la police. Le contexte organisationnel détermine le pouvoir ou l'influence véritable de l'agence.

13. S'agissant de la forme du mandat, il est hautement préférable de fixer les règles principales par la loi. Il est essentiel, en tout cas, que les normes concernant les services de sécurité intérieure soient aussi claires et concises que possible et qu'elles ne soient tenues secrètes qu'en cas de nécessité absolue.

14. Le contenu du mandat peut varier grandement d'un État à l'autre, selon les priorités en matière de sécurité, déterminées par les facteurs socio-politiques, et le caractère plus ou moins « pro-actif » des tâches confiées aux services de sécurité.

15. Le contrôle interne des services de sécurité est exercé par l'agence de sécurité elle-même et au moyen de contrôles administratifs menés par des fonctionnaires permanents de rang hiérarchique supérieur issus des départements du gouvernement auxquels l'agence est subordonnée. Le contrôle interne est la principale garantie contre les abus de pouvoir, lorsque le personnel travaillant au sein des agences est tenu au respect des valeurs démocratiques de l'État et des droits de l'homme. Il existe divers mécanismes permettant de renforcer le contrôle interne, par exemple la qualité du personnel (qui peut être améliorée par le recrutement et la formation) ; l'existence d'une autorité indépendante chargée de contrôler l'agence au nom du gouvernement (un Inspecteur général), des règles internes claires de délégation et de responsabilité des décisions et des dépenses, de l'audit financier.

16. Un contrôle gouvernemental adéquat est l'une des conditions préalables à toute surveillance parlementaire efficace. Néanmoins, le renforcement du contrôle gouvernemental sur une agence représente en soi un risque de manipulations et d'abus politiques. Certains mécanismes sont susceptibles de réduire ce risque, par exemple le maintien en fonction de la direction de l'agence ; les limites juridiques de ce que l'agence peut entreprendre, des mécanismes indépendants chargés de traquer les abus, une documentation correcte des directives politiques (« traçabilité écrite »).

17. La coopération internationale entre les agences de renseignement est de plus en plus indispensable pour lutter contre le terrorisme, mais implique souvent encore davantage de secret, ce qui pose des problèmes de contrôle. Les échanges internationaux de renseignements peuvent échapper aux mécanismes de contrôle nationaux existants.

Contrôle par le Parlement

18. La légitimité et l'autorité ultimes des agences de sécurité devraient découler de l'approbation législative de leurs pouvoirs, le contrôle exercé par le Parlement étant destiné à prévenir les abus politiques et à veiller au bon usage des fonds publics. La surveillance du Parlement porte également en soi des dangers : manque d'expérience et de professionnalisme des parlementaires ; fuites de renseignements sensibles dans la presse ou le grand public. La possibilité pour les agences de sécurité de taire ou de dissimuler des informations devant un enquêteur « amateur » démontre que les questions posées par le Parlement ou les commissions parlementaires ad hoc ne présentent qu'une efficacité limitée dans ce domaine.

19. Dans les régimes présidentiels, où le Président contrôle toutes les questions de sécurité intérieure, des antagonismes avec le Parlement peuvent survenir.

20. Les attributions de l'organe de surveillance parlementaire sont variables (politique, opérations, questions de légalité, efficacité, respect des droits de l'homme). Néanmoins, lorsqu'elles s'étendent aux opérations, cet organe de surveillance doit s'interdire de divulguer certains détails opérationnels au reste du Parlement et au grand public. L'accès aux détails opérationnels sera souvent « ex post », mais il est difficile de déterminer à quel moment une opération prend fin, et le fait que l'opération de renseignement « suive son cours » peut être avancé comme excuse si les relations entre l'agence et l'organe de surveillance ne reposent pas sur la confiance mutuelle. Lorsque ses attributions dépassent la simple politique, l'organe de surveillance devrait disposer au minimum d'une capacité d'investigation résiduelle qui lui soit propre, (ce qui implique qu'il dispose de personnel) et avoir accès aux informations et aux documents des experts.

21. S'agissant du personnel de l'organe de surveillance, Il doit disposer de l'expertise requise, en l'occurrence que ses membres aient au préalable exercé des fonctions liées au renseignement.

22. De plus ou alternativement, l'organe de surveillance peut être assisté d'un Inspecteur général pour enquêter sur un point particulier et lui en faire rapport.

23. Un organe de surveillance qui rend compte au Parlement devrait être en mesure de décider du moment et de la fréquence de ces rapports. Il devrait également pouvoir fixer le contenu de son rapport, mais être sensible à la notion de secret. Différentes procédures sont concevables pour concilier franchise et nécessités de la sécurité.

24. S'agissant de la composition de cet organe, le principe de base devrait être l'autonomie : le Parlement devrait être libre de procéder aux nominations. L'ensemble des partis devrait y être représenté. Il convient d'instaurer une démarcation claire entre l'organe de surveillance et les agences contrôlées. Il est important que les membres de cet organe y siègent suffisamment longtemps pour acquérir l'expertise nécessaire (l'apprentissage du renseignement est une entreprise de longue haleine). Il peut être souhaitable de soumettre ses membres à une procédure de contrôle de l'intégrité leur permettant ensuite un accès élargi aux informations confidentielles, encore que le Parlement puisse s'opposer à cette procédure pour ses membres. C'est pourquoi il est préférable d'instaurer une commission parlementaire « sur mesure ».

25. La coopération internationale pose des problèmes particuliers. Des agences de sécurité travaillant en réseau au plan international sont à l'évidence la réponse adéquate aux récentes menaces terroristes. Toutefois, il est nécessaire de mettre en place un cadre juridique au sein duquel la coopération avec des agences étrangères n'est acceptable que dans le respect des principes énoncés dans la loi (dont la garantie des droits de l'homme), autorisée selon des procédures strictes (permettant une traçabilité correcte) et soumise au contrôle ou à la surveillance d'organes parlementaires ou de groupes d'experts.

26. Le Parlement peut jouer d'autres rôles pour assurer un meilleur contrôle des services secrets, par exemple en nommant la direction des agences ou en auditant les services.

Contrôle et autorisation juridictionnels

27. Il existe différentes formes de contrôle juridictionnel des services de sécurité.

28. D'abord, l'autorisation préalable, dans la phase précédant un procès, ou l'examen postérieur ad hoc des mesures spéciales d'enquête. Deuxièmement, le contrôle des affaires portées devant les tribunaux et concernant des questions de sécurité (notamment dans les affaires pénales relatives à des infractions liées à la sécurité). Troisièmement, des magistrats instructeurs, souvent spécialistes des questions de sécurité, peuvent se voir confier une mission générale de surveillance des enquêtes en cours dans ce domaine. Les juges peuvent également jouer un rôle en présidant des commissions d'enquête ad hoc, ou, qu'ils soient en exercice ou à la retraite, en siégeant dans les groupes d'experts, mais dans ce cas il s'agira d'un contrôle exercé par des experts plutôt qu'un contrôle juridictionnel.

29. Les affaires individuelles sont protégées par des autorisations juridictionnelles. Le travail en matière de sécurité n'est que rarement orienté vers des procédures légales avant procès (par exemple l'extraction de données). Ce type d'activité risque donc d'échapper au contrôle juridictionnel.

30. Pour que le contrôle juridictionnel soit efficace, les juges doivent être indépendants et disposer de l'expertise requise. Il est recommandé qu'ils soient expérimentés et qu'ils aient reçu une formation spécialisée, faute de quoi ils ne seront pas en mesure, dans la pratique, de remettre en cause les évaluations des menaces par les experts. Néanmoins, le « durcissement » (une tendance des juges spécialisés qui les pousse à s'identifier à des agents de sécurité) doit être évité, ce qui signifie qu'il convient de ne pas confier ce rôle aux juges durant des périodes trop longues.

31. Des avocats spéciaux, autorisés à accéder aux informations secrètes, peuvent dans certains cas intervenir pour trouver un juste équilibre entre une justice ouverte (procès équitable) et les intérêts de la sécurité.

Contrôle par des groupes d'experts

32. Ces groupes sont susceptibles de remplacer ou de compléter un organe parlementaire ou les autorités judiciaires. Grâce à eux, il est possible de consacrer davantage d'expertise et de temps au contrôle, sans encourir de risque de division politique comme ce peut être le cas avec un organe parlementaire. Néanmoins, ils ne disposent pas de la même légitimité qu'un organe parlementaire, même s'il est possible de la renforcer par divers moyens.

33. Selon leur mandat, ils se consacrent à une agence ou à un domaine spécifique (par exemple exclusivement les banques de données ou la surveillance) mais aujourd'hui, en raison de l'approche intégrée des questions de sécurité, ces formes spécifiques de surveillance délaissent d'autres aspects importants du spectre de la sécurité. À l'instar des organes parlementaires, leurs centres d'intérêt peuvent être variés : supervision de certains aspects du travail en matière de sécurité (légalité, efficacité, efficience, budgets, respect des droits de l'homme, de la politique) ou de certaines activités (par exemple les banques de données gérées en matière de sécurité). Il arrive également que ces groupes exercent des fonctions de contrôle, notamment dans le cadre de l'approbation des surveillances.

34. Leurs membres devraient avoir une formation juridique s'ils ont pour mandat de réviser la légalité, ou une expérience plus variée si leur mission est plus large. Les groupes d'experts ont besoin de la confiance du Parlement et du grand public. C'est pourquoi l'implication du Parlement est essentielle dans la création de ces groupes, le choix de leurs membres et la réception de leurs rapports. Une alternative au groupe formé exclusivement d'experts, combinant expertise et légitimité, consiste à intégrer dans ses rangs des responsables

politiques en exercice ou à la retraite (« groupe hybride »). Les groupes d'experts doivent être capables de présenter des rapports spéciaux et un rapport annuel. S'agissant du contenu du rapport, il existe diverses méthodes permettant de concilier les préoccupations de secret du gouvernement et la nécessité pour le groupe de rassurer de manière plausible le Parlement et le grand public. Toutefois, le gouvernement ne devrait normalement pas être en mesure de contrôler si un rapport est publié et à quelle date.

Mécanismes de recours

35. Il est à l'évidence nécessaire pour les personnes qui prétendent avoir subi un contrecoup des agissements des services de sécurité de disposer de voies de recours devant un organe indépendant. Le contrôle s'en trouve renforcé et les performances améliorées par la mise en lumière des lacunes administratives.

36. La capacité des tribunaux ordinaires à servir de recours adéquat en matière de sécurité est limitée. D'où les tribunaux spéciaux ou systèmes de type « médiateurs » mis en place dans certains États. Parfois, des organes parlementaires sont également en charge des plaintes individuelles. La CEDH exige que les fonctions de contrôle et de recours soient exercées par des organes différents.

I. Introduction

37. Dans sa Recommandation 1713(2005) « Contrôle démocratique du secteur de la sécurité dans les États membres », l'Assemblée parlementaire a recommandé « au Comité des Ministres d'élaborer et d'adopter à destination des gouvernements des lignes directrices énonçant les règles politiques, les normes et les orientations pratiques nécessaires pour appliquer un principe du contrôle démocratique du secteur de la sécurité dans les États membres (...) ». Elle a par ailleurs identifié des principes dans quelques domaines, dont les services de renseignement.

38. Le 7 juillet 2005, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a décidé de demander l'avis de la Commission de Venise sur la Recommandation 1713 (2005) de l'APCE, adopté par la Commission les 21-22 octobre 2005.

39. Dans son avis (CDL-AD(2005)033), la Commission a rappelé qu'en 1998, elle avait examiné à la demande de la Commission des questions juridiques de l'Assemblée parlementaire, la question des relations constitutionnelles entre les services de sécurité intérieurs (ci-après : « SSI ») et les autres organes d'État et qu'elle avait tiré certaines conclusions sur la nécessité d'un contrôle strict des services de sécurité intérieurs, qu'il relève de l'exécutif, du Parlement et/ou du judiciaire (CDL-INF(1998)006). La Commission a également noté qu'après le 11 septembre, s'il est apparu indispensable d'accroître l'efficacité des SSI, le renforcement parallèle de la supervision démocratique des services de renseignements devait également être considéré comme nécessaire et prioritaire. C'est pourquoi la Commission a recommandé une analyse comparative de la législation et de la pratique concernant la supervision démocratique de la sécurité nationale dans les États membres du Conseil de l'Europe.

40. Le 21 juin 2006, le Comité des Ministres a invité la Commission de Venise à réaliser l'étude précitée, en mettant notamment l'accent sur le rôle des Parlements et de leurs commissions spécialisées ainsi que sur celui des tribunaux nationaux dans la surveillance des services de sécurité intérieure.

41. Un groupe de travail a par la suite été formé au sein de la Commission de Venise, composé de Messieurs Iain Cameron, Olivier Dutheillet de Lamothe, Ian Leigh, Jan Helgesen, Franz Matscher et Valery Zorkin. Le groupe s'est réuni à Venise le 12 octobre 2006 et à Paris le 1er décembre 2006 et le 26 mars 2007.

42. Le présent rapport, élaboré sur la base des contributions des membres du groupe de travail, a été discuté au sein de la Sous-commission sur les institutions démocratiques le 31 mai 2007 puis a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 71^{ème} Session plénière (Venise, 1-2 juin 2007).

II. Travaux précédents du Conseil de l'Europe dans ce domaine

a. L'étude de la Commission de Venise ¹

43. En 1998, la Commission des questions juridiques de l'Assemblée parlementaire a chargé la Commission de Venise d'examiner la question des relations constitutionnelles entre les services de sécurité intérieure et les autres organes de l'État.

44. La Commission a tiré les principales conclusions suivantes :

¹ Voir Commission de Venise, les services de sécurité intérieure en Europe, rapport adopté lors de la 34^{ème} réunion plénière (Venise, 7 mars 1998), CDL-INF(1998)006.

- un service de sécurité intérieure, de par sa nature, doit parfois agir en dehors des normes acceptées d'une force de police ordinaire;
- Quelle que soit leur position vis à vis de l'exécutif, ils doivent être tenus de rendre compte de leurs actions conformément aux dispositions de la loi qui les réglemente;
- leur rôle, leurs fonctions, leurs pouvoirs et leurs obligations doivent être définis et délimités clairement par la législation qui les institue ou par la Constitution;
- les règles concernant les services de sécurité doivent être énoncées dans la législation, voire même dans la Constitution ; en tout état de cause, le fondement juridique des tâches qui leur sont confiées doit être clair, concis et conforme à la Constitution et aux obligations internationales de l'État, et en particulier aux règles qui protègent les droits de l'homme;
- Il ne devrait être autorisé de garder secrètes les normes applicables aux services de sécurité intérieure que dans la mesure strictement nécessaire;
- Le budget des services de sécurité intérieure doit être soumis à un contrôle approprié, et un membre au moins du gouvernement devrait en être responsable;
- Les services de sécurité intérieure ne doivent agir que dans l'intérêt national;
- Un contrôle précis des services de sécurité est nécessaire, que ce soit de la part de l'exécutif, du Parlement et/ou du judiciaire ;
- la structure juridico-administrative des services de sécurité intérieure doit permettre un contrôle judiciaire adéquat de leurs activités ;
- Pour protéger, si nécessaire, l'intérêt supérieur de l'État, des dispositions appropriées doivent donc être prises pour assurer le caractère confidentiel, l'absence de publicité, la protection de l'information et des données conservées, la protection des témoins, etc. ;
- L'accès par les autres autorités de l'État aux informations détenues par les services de sécurité intérieure doit faire l'objet d'une réglementation détaillée;
- La possibilité offerte aux services de sécurité intérieure de surveiller des personnes appartenant à d'autres services de l'État doit être dûment régie par la loi ;
- Dans le cadre de leurs opérations, des dérogations aux libertés et droits fondamentaux accordées aux services de sécurité intérieure doivent se borner au minimum, et leur responsabilité lorsqu'elles enfreignent indûment des droits de l'homme fondamentaux doit être clairement énoncée;
- L'emploi par les services de sécurité de mesures extraordinaires doit être proportionné au danger encouru et ne doit pas être indûment prolongé dans le temps.

45. La Commission de Venise s'est penchée sur les agences de sécurité dans le contexte d'études par pays, notamment de la Moldova et de la Bosnie-Herzégovine².

b. Le Groupe de spécialistes sur les services de sécurité intérieure (PC-S-SEC) du Comité Européen sur les Problèmes Criminels (CDPC)

46. En 2002, le Comité Européen sur les Problèmes Criminels a créé un Groupe de spécialistes sur les services de sécurité intérieure, qui a mené une recherche sur les

² Voir Commission de Venise, Avis sur la loi sur le service d'information et de sécurité de la République de Moldova, CDL-AD(2006)011; Avis sur le projet de loi établissant un service d'information et de protection en Bosnie-Herzégovine, CDL(2002)006 et 005.

fondements juridiques, la structure et les modalités de travail des services de sécurité ainsi que les modalités de contrôle de ces services dans les États membres du Conseil de l'Europe³.

47. En 2003, le CDPC, en raison des différences significatives entre les législations nationales dans ce domaine et des opinions divergentes sur l'utilité d'élaborer sur ce sujet des recommandations, qui ne pouvaient aborder que certains principes fondamentaux et généraux concernant les services de sécurité intérieure, a considéré que cette question n'était pas prioritaire.

c. Le rapport complémentaire du Secrétaire Général établi en vertu de l'article 52 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, sur la question de la détention et du transport secrets de détenus soupçonnés d'actes terroristes, notamment par des instances étrangères ou à leur instigation.

48. Le 7 mars 2006, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, en complément de son rapport en vertu de l'Article 52 de la CEDH sur la question de la détention et du transport secrets de détenus soupçonnés d'actes terroristes, notamment par des instances étrangères ou à leur instigation, a adressé une deuxième série de questions aux 36 États membres du Conseil de l'Europe.

49. Il a demandé des informations et des éclaircissements sur certains points spécifiques, notamment sur les mécanismes de contrôle (administratif, juridictionnel, parlementaire et autres) des activités des services de renseignement étrangers et nationaux. Tous les États interrogés ont répondu aux questions du Secrétaire Général⁴.

III. Portée de la présente étude

50. L'objectif n'est pas de produire une étude, moins encore exhaustive, des services de sécurité des États membres du Conseil de l'Europe. Une telle étude nécessiterait une recherche approfondie, beaucoup de temps et des ressources significatives.

51. Il est difficile d'obtenir des autorités nationales des informations utiles sur les questions clés relatives aux services de sécurité. Ce qui peut bien sûr être obtenu est un ensemble d'informations sur les dispositions constitutionnelles et juridiques les régissant. Par nature, ces services sont toutefois aussi gouvernés par des règles non publiées et des décisions politiques « classifiées », qui ne sont pas ou ne peuvent pas être portées à la connaissance du grand public ou de la Commission. Il se peut que des dispositions juridiques déficientes aient été corrigées dans la pratique ou, à l'inverse, que des dispositions juridiques de qualité ne soient pas appliquées dans la pratique de la manière prévue. L'ensemble des dispositions constitutionnelles et juridiques ne présenterait pas de valeur ajoutée à ce stade. Néanmoins, dans certains États membres, des commissions d'enquête officielles se sont penchées sur divers aspects des questions de sécurité et de renseignement et ont produit beaucoup d'informations tant sur la pratique que sur la législation. Il a été demandé aux membres de la Commission de communiquer au groupe de travail les références des récentes commissions d'enquête dans leurs États respectifs, et un certain nombre de réponses a été reçu. Les exemples choisis dans la présente étude viennent pour l'essentiel des États dont les membres ont répondu au groupe de travail. Au besoin, ils ont été complétés par d'autres exemples de législation ou de pratique tirés de diverses études universitaires. À l'occasion, le présent rapport fait référence à des informations provenant d'États non membres du Conseil de l'Europe, tels que le Canada ou les États-Unis, mais jouissant d'une longue expérience de contrôle démocratique des agences de sécurité.

³ 17 pays ont répondu au questionnaire élaboré par le Groupe d'experts : voir PC-S-SEC(2002)06rev, Résumé des réponses au questionnaire.

⁴ Voir SG/Inf(2006)013 (ci-après, rapport du Secrétaire Général) et les réponses publiées sur le site web du Conseil de l'Europe.

52. C'est pourquoi la Commission a décidé de procéder à l'identification des formes et modèles de contrôle⁵ des services de sécurité, afin de dégager les forces et les faiblesses de chacun d'eux et si possible les bonnes pratiques de contrôle démocratique des services de sécurité en Europe. Pour cela, la Commission se fondera sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), les travaux précédents menés dans ce domaine et les informations relatives aux règles constitutionnelles et juridiques déjà recueillies, *inter alia* par le Secrétaire général au printemps 2006. Bien qu'étant axée sur les « services de sécurité intérieure », il est important de souligner dès le départ que cette étude porte sur la *fonction* de sécurité intérieure, plutôt que sur le mandat d'une agence nationale spécifique, qu'un État peut ou non avoir intitulé « service de sécurité intérieure »⁶. Comme il sera expliqué ci-dessous, cette fonction peut être répartie entre plusieurs agences différentes, comme c'est le cas dans beaucoup d'États.

IV. Un contrôle démocratique (amélioré) est-il nécessaire ?

53. Le maintien de la sécurité intérieure et extérieure de l'État est vital et souvent énoncé comme le devoir premier de l'État. Sans sécurité, la protection des autres valeurs et intérêts de l'État est impossible. Bien sûr, seul un État fort peut assurer un niveau satisfaisant de droit et d'ordre et protéger pleinement les droits de l'homme.

54. Pour anticiper, prévenir et se protéger des menaces pesant sur sa sécurité nationale, un État a besoin de services de renseignement et de sécurité efficaces : le renseignement est une nécessité incontournable pour tout gouvernement moderne. Rares sont les États arguant qu'ils peuvent se passer de service de renseignement (contre les menaces étrangères) et aucun n'est suffisamment à l'abri du terrorisme et de la curiosité de ses voisins pour renoncer à un service de sécurité.

55. Les services de sécurité intérieure sont conçus pour permettre aux gouvernements de protéger la sécurité nationale. L'efficacité exige souvent souplesse et secret. À l'évidence, des situations intérieures et extérieures très variées peuvent intervenir, nécessitant de la part des organes exécutifs de l'État des actions rapides et décisives pour protéger les intérêts fondamentaux de l'État et de la société. Ces situations peuvent justifier de s'écarter des normes ordinaires de contrôle appliquées aux autres types de services publics. Néanmoins, le secret indispensable dans ce domaine empêche également un contrôle informel par les médias ou d'autres organes publics aussi précis que celui auquel sont soumis la plupart des secteurs de l'administration publique. À cet égard, un contrôle démocratique renforcé du secteur de la sécurité sert un objectif double : assurer l'efficacité et la légitimité⁷.

⁵ Concernant la signification du contrôle dans ce rapport, voir ci-dessous paras 69-80.

⁶ La sécurité peut être définie comme un état de « sûreté » c'est-à-dire libéré de terreur, de dommage, etc., en d'autres termes, un état (négatif) d'absence de menace. Dans un sens plus large, la sécurité peut également avoir un aspect positif : celui d'être en mesure de poursuivre ses propres objectifs. Voir plus généralement à propos du concept de sécurité et de « sécurisation » Bigo D. et al The Changing Landscape of European Liberty and Security, CHALLENGE Research Paper 4, 2007, www.libertysecurity.org. Un parallèle a traditionnellement été établi entre la sécurité « intérieure » et la sécurité « extérieure », portant sur des menaces d'origine « extérieure ». Toutefois aujourd'hui, les menaces « intérieures » et « extérieures » susceptibles de peser sur un État sont naturellement liées de diverses manières (voir ci-dessous paras 57-58). Le présent rapport ne traite pas des questions essentielles de contrôle démocratique des forces armées, des services de renseignement étrangers ou des services de renseignement militaires, sauf dans la mesure où ils exercent des fonctions de sécurité intérieure. La frontière diffuse entre ces services et la fonction de sécurité intérieure, notamment en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme, mérite une étude complémentaire.

Dans cette étude, les termes « service de sécurité intérieure » et « agence de sécurité intérieure » sont employés comme des synonymes.

⁷ Cf. Müller-Wille, B., Improving the Democratic Accountability of EU Intelligence, 21 Intelligence and National Security, 100-128 (2006) en p. 108.

56. La protection de la sécurité intérieure doit englober celle des valeurs fondamentales de l'État, ce qui, pour un pays démocratique et libéral, signifie *inter alia* la démocratie et les droits de l'homme. Dans la pratique toutefois, ces valeurs de liberté et de sécurité peuvent aisément être perçues comme contradictoires. Il est largement reconnu que les agences de renseignement et de sécurité peuvent tout autant menacer potentiellement que protéger la démocratie. La subjectivité et la flexibilité du concept de « sécurité nationale », associées à son importance vitale pour l'État, ouvrent pour le gouvernement de larges possibilités d'abus de pouvoir. Qui plus est, comme expliqué ci-après, les services de sécurité intérieure sont, de par leur nature même, en position d'abuser des prérogatives de la puissance publique⁸.

57. La mondialisation et la complexité des sociétés modernes accroissent leur vulnérabilité face au terrorisme national et transnational. Les économies reposant sur l'industrie et la technologie requièrent un niveau relativement élevé d'ordre et de stabilité et un petit groupe de gens déterminés peut causer des dommages considérables aux communications, aux transports et aux réseaux énergétiques. Les possibilités qui s'ouvrent aux terroristes de fabriquer ou de se procurer des armes de destruction massive (ADM) augmentent avec la dissémination de la technologie – un processus qui ne peut être que différé, mais non stoppé, par la pléthore des accords internationaux de non-prolifération.

58. Au vu de l'étendue des dangers, une agence de sécurité a d'excellentes raisons de collecter autant d'informations que possible sur les menaces véritables qui pèsent sur l'État. Le renseignement est l'une des armes décisives dont dispose l'État dans la lutte contre le terrorisme et la prolifération des armes de destruction massive. Ceci implique de recueillir des informations sur les individus et soulève immédiatement la question du respect des droits individuels. La vulnérabilité des sociétés démocratiques associée à la nature diffuse des menaces qui pèsent sur elles impose de collecter des informations sur tout ce qui est ou peut devenir un danger. Sauf à imposer et à réimposer en permanence des limites extérieures, la tendance naturelle de toutes les agences est de procéder à une collecte excessive d'informations. Et les limites internes ne seront pas suffisantes car, si le personnel de l'agence de renseignement devrait en principe fixer des limites au recueil de données, il n'entre pas fondamentalement dans sa mission de s'auto-restreindre et de tenir compte des dommages que peut causer une collecte excessive de données aux valeurs essentielles des sociétés démocratiques, notamment l'exercice des droits à la liberté d'expression, d'association, au respect de la vie privée et à l'intégrité de la personne humaine. Les capacités physiques et administratives ont pu limiter, dans le passé, l'étendue des immixtions des agences de sécurité dans les droits de l'homme. Mais les progrès de la technologie, notamment en matière de collecte, de traitement et d'analyse des renseignements et dans la surveillance, ont considérablement accru les capacités des agences de sécurité à cet égard. Par ailleurs, il n'est à l'évidence pas seulement question de recueillir des renseignements. Les données sont collectées pour être utilisées de diverses manières, par exemple dans le cadre d'examens de sécurité et de décisions d'octroi de nationalité ou d'expulsion d'étrangers.

59. Les agences de sécurité doivent être équipées d'outils technologiques de pointe et disposer de pouvoirs exceptionnels. Les gouvernements peuvent aisément être tentés de les utiliser dans des buts illégitimes : il convient donc, pour éviter qu'ils ne deviennent des instruments d'oppression des partis politiques, de préserver dans une certaine mesure les agences de sécurité d'un contrôle gouvernemental/politique au quotidien (voir ci-dessous para 82). Ce risque est particulièrement aigu en période de crise, lorsque les pressions sont fortes pour obtenir des résultats rapides. Dans les États où les institutions nationales sont relativement faibles, les intérêts et activités des agences de sécurité de l'État et les intérêts des organisations de sécurité privées peut être mêlés. Les avancées technologiques et l'accès relativement aisé du secteur privé à ces technologies ont placé de puissants outils de surveillance même entre les mains des organisations de sécurité privées⁹. Dans les États où le crime organisé a profondément infiltré l'administration, les agents des services de sécurité

⁸ Voir Commission de Venise, CDL-INF(98)6, p. 4.

⁹ Voir ci-dessous, para 202.

peuvent évidemment être corrompus et les larges pouvoirs et capacités de l'agence être employés à des fins criminelles. L'agence de sécurité de l'État doit également être clairement dissociée des intérêts privés et protégée contre le crime organisé.

60. Parallèlement, cet indispensable isolement des services de sécurité comporte des dangers. S'il convient de ne pas les exagérer, l'expérience a toutefois montré que les agences de sécurité peuvent développer une mentalité « d'État dans l'État », avec l'émergence d'une culture où tout mouvement politique non majoritaire est considéré comme une menace pour l'État. Dans les situations extrêmes, une agence peut manipuler le processus politique en infiltrant les mouvements politiques, les groupes de pression et les syndicats et en menant des « opérations psychologiques » et des actions de désinformation¹⁰. Ce danger est plus présent dans certains États que dans d'autres. Cela étant, pour les membres de toutes les agences, le problème est l'éventuel développement d'une « mentalité de sécurité ». Un contrôle démocratique renforcé n'a pas seulement pour but de prévenir les abus des droits de l'homme, mais également d'exposer les hypothèses intellectuelles et les pratiques de travail du personnel de sécurité à des critiques bien informées¹¹.

61. Le contrôle gouvernemental des services de sécurité intérieure est de ce fait essentiel pour éviter la mentalité « d'État dans l'État ». Il ne doit toutefois pas être trop strict – faute de quoi les services peuvent être utilisés abusivement pour atteindre des buts illégitimes.

62. La nécessité d'un contrôle démocratique des services de sécurité a été reconnue et a inspiré des réformes, d'abord dans les années 1980 dans plusieurs pays d'Europe occidentale, puis plus tard, dans la période de l'après-guerre froide, en Europe orientale, notamment dans les anciens États du Pacte de Varsovie et d'Union soviétique.

63. Dans la majorité des pays d'Europe orientale, des réformes partielles des services de sécurité intérieure ont été engagées dans le contexte extrêmement difficile de la transition du gouvernement communiste d'après 1989. Les nouveaux régimes politiques et leurs institutions, ainsi que les valeurs et normes démocratiques qui les sous-tendaient, étaient fragiles. Les ressources et l'expertise étaient rares. Le contrôle étranger restait lourdement présent. Les institutions existantes et leur personnel étaient perçus par beaucoup comme « l'ennemi », des criminels auxquels des comptes étaient demandés¹². Suite aux processus de lustration, un personnel non professionnel a été recruté, y compris aux postes de direction, et l'accent a été placé sur la loyauté envers les autorités post communistes (ou du moins sur l'hostilité appuyée envers le régime précédent). Dans bien des cas, cette situation a mené à la perte de la mémoire institutionnelle, à des agences divisées sur le plan interne et à une politisation profonde et souvent non constructive des nouveaux membres du personnel. Afin de mettre rapidement en place le fondement législatif des services, des dispositions juridiques ont été copiées, souvent de manière non critique, non systématique voire même contradictoire, des démocraties développées ou ont été tout simplement improvisées. Ces problèmes ont encore été aggravés par l'absence de culture démocratique¹³. D'anciens membres du personnel ont cherché parfois à se reconvertir dans le secteur privé, où ils pouvaient exploiter leurs capacités technologiques et autres, menant dans certains pays à l'émergence d'un secteur privé de la sécurité, ne rendant aucun compte à l'État, mais lié à la police et aux agents des services de

¹⁰ Même l'existence de dossiers constitués dans le passé peut poser problème aujourd'hui pour certaines personnes. Dans beaucoup d'États européens, des dossiers ont été réunis sur des dissidents par les anciens appareils de sécurité communistes et leurs innombrables informateurs. La divulgation du contenu d'un dossier individuel ou l'identification d'une personne, à juste titre ou non, comme informateur, peuvent ruiner la carrière de la personne concernée.

¹¹ Lustgarten, L. Accountability of security services in western democracies in Töllborg, D. (ed), *National Security and the Rule of Law*, (université de Gothenburg, 1997) en p. 88.

¹² Voir Watts, L., *Intelligence Reform in Europe's Emerging Democracies, Conflicting paradigms, Dissimilar Contexts*, 48 Studies in Intelligence, 2004.

¹³ Voir Zorkin, V., *Democratic Oversight of Special Services in Eastern Europe*, CDL(2007)051.

sécurité de l'État grâce au maintien de contacts personnels. Le fait de soustraire l'opposition anti-communiste du mandat du service de sécurité intérieure a conduit, dans certains États, à des service tentant de s'étendre dans des domaines relevant du contrôle de la criminalité et qui étaient auparavant l'apanage de la police, d'où des « querelles » et le dédoublement des efforts.

64. L'attaque terroriste du 11/9 a imposé de nouveaux changements et soulevé de nouveaux défis. La lutte contre les nouvelles menaces posées par le terrorisme et les activités qui le financent (trafic de drogue, blanchiment de capitaux et crime organisé) nécessitent le renforcement de la communication inter-agences, de la coopération et du partage des renseignements aux niveaux national et international. Cette situation a déclenché une autre vague de réformes des services de sécurité, qui n'a pas porté sur le contrôle *per se*, mais plutôt sur l'efficacité et la coordination au plan fonctionnel. Et cette autre coopération inter-agences renforcée pose des problèmes non seulement en terme d'efficacité, mais également de contrôle des services de sécurité¹⁴. Dans certains États, les effectifs de l'agence de sécurité ont fortement augmenté. Et ceci affecte également la mémoire institutionnelle de l'agence, sa conscience des abus de pouvoir antérieurs et la nécessité des contrôles internes.

65. Certains États ont également confié des pouvoirs nouveaux et étendus de collecte de renseignements à l'agence de sécurité¹⁵. Il convient de rappeler que dans beaucoup de pays, la justification des pouvoirs exceptionnels accordé à l'agence de sécurité, et dont ne dispose pas la police ordinaire, est à chercher dans la taille et le mandat limités de l'agence (axée essentiellement sur le contre-espionnage) et dans le fait que la collecte de renseignements ne devait pas initialement conduire à des actions en justice et des condamnations, mais à prévenir la concrétisation des menaces en matière de sécurité. Dans certains États, des barrières à la transmission d'informations entre la police et l'agence de sécurité étaient délibérément mises en place pour souligner que les cibles de cette dernière étaient (à l'origine) « étrangères » et que ces pouvoirs ne présentaient aucun danger pour les « citoyens ordinaires ».

66. Cependant, l'expansion des « réseaux » terroristes organisés transnationalement, de manière non hiérarchique, impose aux États une réponse transnationale et fondée sur des réseaux. Cette réponse suppose une coopération pro-active et opérationnelle entre l'agence de sécurité et la police, les douanes, les garde-côtes, les autorités fiscales et les autres organes de l'État. Sous l'angle de l'efficacité, les barrières qui font obstacle à la coopération en matière de renseignement sont difficiles à justifier et devraient être levées. Mais lorsque l'appareil de sécurité de l'État œuvre en tant qu'entité cordonnée, comme ce devrait être le cas, la garantie institutionnelle tenant à l'octroi de pouvoirs exceptionnels à un organe unique - de petite taille et spécialement bien surveillé et contrôlé - n'est plus réellement une garantie. De plus, les mécanismes de contrôle existant ont non seulement tendance à être institutionnels, axés sur une agence unique, mais ils sont aussi limités au plan national, chaque État se préoccupant exclusivement de sa propre agence alors que le réseau de coopération international dans son ensemble échappe à tout contrôle. La nature transnationale des menaces pesant sur les États augmente en fait le risque de voir émerger une mentalité « d'État dans l'État » : pour obtenir des informations détenues par des agences étrangères, une agence nationale devra coopérer avec ces agences étrangères et procéder à des échanges de données. La nécessité administrative d'entretenir de bonnes relations avec de puissantes agences étrangères amicales fait naître des risques et des dangers, notamment celui de voir l'agence ne pas respecter la volonté du gouvernement en place ou qu'elle nuise aux intérêts de citoyens ou de résidents de l'État étranger en communiquant aux agences étrangères des renseignements sur ces personnes.

¹⁴ Voir Watts, L., op. cit.

¹⁵ Voir, par exemple, le résumé des développements dans ce domaine pour les États de l'Union européenne contenu dans le rapport du Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux de l'UE, sur l'équilibre entre liberté et sécurité dans l'UE (mars 2003).

67. Les récents problèmes des restitutions extraordinaires sont à l'évidence un exemple de l'incidence que peut avoir sur la protection des droits de l'homme la coopération internationale en matière d'activités de renseignement¹⁶.

68. Un contrôle démocratique plus strict, et une forme de contrôle différente, semblent ainsi nécessaires dans une société démocratique de l'après-11 septembre. Les pouvoirs et fonctions modifiés des services de sécurité nationaux et la coopération internationale en matière de lutte contre le terrorisme demandent un contrôle renforcé de la manière dont ces pouvoirs sont exercés et de leur acceptabilité dans une société démocratique.

V. Contrôle

A. Notion et formes de contrôle

69. La présente étude est consacrée au contrôle démocratique renforcé des agences de sécurité. Néanmoins, il est important de la replacer dans le contexte plus global et large de « contrôle ». Une définition de travail du contrôle est d'être tenu de devoir rendre des comptes ou fournir des explications sur ses actes et, si besoin en est, d'en subir les conséquences, d'en endosser la responsabilité et de remettre les choses au point, s'il apparaît que des erreurs ont été commises¹⁷.

70. S'agissant des agences de sécurité, on peut distinguer différents types de « contrôle », envers l'exécutif, les autorités judiciaires, le Parlement et des organes indépendants. On peut également considérer que la société civile (ONG, « *think tanks* » etc.) et les médias constituent une forme de contrôle. Dans le contexte délicat d'allégations d'infractions commises par le gouvernement ou le personnel de sécurité, l'attitude envers les rapports d'enquête de la presse et du public, et le niveau d'obstruction du gouvernement et de l'administration peuvent être tout aussi important que n'importe quel garde-fou officiel mis en place. Une presse investigatrice et énergique, et un gouvernement qui s'interdit toute menace de poursuite en vertu de la législation sur le secret ou de bâillonner cette presse par un moyen ou un autre, sont également une forme de contrôle, même si elle ne remplace pas les mécanismes de contrôle au niveau de l'État.

71. Par ailleurs, il existe un niveau de contrôle international exercé par des mécanismes de surveillance internationaux ou supranationaux, tels que (pour les membres du Conseil de l'Europe) la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH).

72. Le contrôle peut exister *ex ante* (autorisation ou contrôle), au cours des opérations (contrôle ou surveillance des activités) ou *ex post* (examen des activités). Il peut s'appliquer aux opérations sur un plan général ou à des actes spécifiques.

73. Différents termes sont utilisables pour ces diverses formes de contrôle et ils varient d'un État à l'autre. Des expressions différentes peuvent désigner la même chose et le même terme peut être employé pour désigner des choses différentes. L'*exécutif* peut exercer un pouvoir de « contrôle » sur l'agence de sécurité, c'est-à-dire qu'il dirige l'agence au plan général, ou même dans certaines opérations spécifiques. Les *autorités judiciaires* peuvent « autoriser » l'emploi par l'agence de pouvoirs spéciaux, signifiant que la permission doit être demandée au préalable, avant qu'un individu puisse être soumis à un pouvoir spécial, par exemple une surveillance électronique. Le *Parlement* ou un groupe d'experts indépendants peut disposer d'un pouvoir « d'examen » ou de « surveillance » du travail de l'agence, en l'occurrence un

¹⁶ Voir ci-dessous, Section V.C.f.

¹⁷ Voir Oliver, D., *Government in the United Kingdom: the search for accountability, effectiveness and citizenship*, Open University Press, 1991 p. 22. Voir également la discussion des concepts d'examen, de contrôle et de surveillance dans le contexte de la sécurité, Commission Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, 2006, pp. 553-558 et plus généralement, dans Behn, R., *Rethinking Democratic Accountability*, Washington, Brookings Institute, 2001, notamment le chapitre 1.

pouvoir de surveillance général ou limité à des opérations spécifiques. Il peut s'agir d'un simple pouvoir de recommandation, ou impliquer une certaine forme de pouvoir de suivi des recommandations émises. Les *autorités judiciaires* ou un *groupe d'experts indépendants* peuvent également avoir le pouvoir de recueillir les plaintes concernant des infractions commises par l'agence.

74. En fonction de divers facteurs, et notamment la structure constitutionnelle et l'histoire de l'État, sa culture juridique et politique, des chevauchements (ou des lacunes) peuvent apparaître dans les types de contrôle exercés par les diverses branches du gouvernement. À titre d'exemple, un organe responsable devant le Parlement peut disposer d'un pouvoir d'autorisation quant à l'usage de pouvoirs spéciaux, ou (très fréquemment) au budget de l'agence. Un organe judiciaire peut disposer d'un pouvoir « d'examen », ce qui signifie qu'il n'est informé d'opérations spéciales (faisant éventuellement intervenir des pouvoirs spéciaux) qu'après leur lancement.

75. Des formes hybrides de contrôle existent également. Ainsi, un groupe d'experts indépendants peut se voir confier des pouvoirs d'autorisation ou un organe parlementaire avoir le pouvoir de recevoir des plaintes.

76. Il existe plusieurs modes de contrôle. Il peut être tourné vers le passé, pour déterminer les responsabilités, ou orienté vers l'avenir, pour encourager l'apprentissage. Le but premier du contrôle est d'éviter tout mauvais usage des pouvoirs. Dans une démocratie, les pouvoirs publics viennent du peuple et l'exécutif doit, directement ou non, rendre compte devant les représentants du peuple de l'exercice de ces pouvoirs. Les agences et les agents qui remplissent la mission vitale de préserver la sécurité intérieure d'un État démocratique ne doivent pas seulement être responsables envers eux mêmes.

77. Les structures de contrôle sensibles tentent de protéger les agences de sécurité et de renseignement des abus politiques sans pour autant les isoler de la gouvernance par l'exécutif. Dans l'ensemble, les solutions adoptées par les États démocratiques traitent ce paradoxe de deux manières. D'abord, en répartissant de manière équilibrée les droits et les responsabilités entre les agences et leurs maîtres politiques et, deuxièmement, en créant des mécanismes de contrôle en-dehors de l'exécutif.

78. Sous une forme simplifiée, quatre types de contrôle de l'État sont identifiables :

- le contrôle exercé par le Parlement
- le contrôle exercé par les autorités judiciaires
- le contrôle exercé par des experts
- les mécanismes de recours

79. La fonction de sécurité intérieure est une fonction exécutive. C'est pourquoi, les deux premières formes de contrôle traduisent la traditionnelle séparation des pouvoirs de l'État (l'exécutif rendant compte au corps législatif et au judiciaire). Les deux autres sont des formes de contrôle qui ont vu le jour en complément ou en remplacement des formes traditionnelles. Pour ces formes, différents modèles de contrôle ont émergé dans divers États. Le plus important est à l'évidence le mélange des mécanismes, l'évaluation du système de contrôle dans son ensemble.

80. Avant d'analyser en détail les diverses formes de contrôle (voir Sections VIII, IX, X et XI ci-dessous), il convient de définir plus avant le contexte. Nous discuterons d'abord des problèmes généraux pour assurer le contrôle, puis nous aborderons les contextes constitutionnels et organisationnels qui affectent ce contrôle. Puis le débat s'orientera vers les aspects internationaux, notamment les questions de contrôle de la coopération internationale entre agences de sécurité et renseignement, et l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans ce domaine.

B. Problèmes généraux dans l'exercice du contrôle

81. Au vu de l'importance et de la nature des intérêts en jeu, la collecte de renseignements en matière de sécurité est l'un des principaux domaines de décision nationale que le gouvernement est réticent à soumettre au contrôle législatif national et à l'examen juridictionnel et, a fortiori, à la surveillance ou au contrôle internationaux.

82. Pour diverses raisons, des tensions en matière de politique nationale de sécurité peuvent survenir entre le parti au pouvoir et l'opposition politique dans un État, mais aussi des tensions constitutionnelles entre l'exécutif et le pouvoir législatif, des tensions au sein du gouvernement (en particulier un gouvernement de coalition), et des tensions entre les responsables politiques et le personnel des agences de sécurité et de renseignement. La définition de la politique nationale de sécurité et les opérations de sécurité doivent être entourées d'un grand secret. Mais ce secret a également pour effet d'accroître la main mise du gouvernement sur la politique au détriment du pouvoir législatif, et de préserver l'exécutif de toute critique. Cette situation est encore exacerbée par le fait qu'aujourd'hui, les menaces « intérieures » et « extérieures » qui pèsent sur l'État sont liées. C'est pourquoi, les informations en matière de sécurité et de renseignement tendent à former un ensemble indivisible.

83. Même le gouvernement peut mal connaître les activités des agences de sécurité et de renseignement et les mécanismes adéquats de contrôle administratif et budgétaire auxquels ces agences sont soumises. La complexité de la société moderne fait que les gouvernements élus rencontrent souvent des difficultés à diriger correctement le travail des départements gouvernementaux et des agences administratives, généralement livrés à eux mêmes en ce qui concerne les questions de sécurité. Les experts disposent d'une connaissance particulière, et le gouvernement est largement tributaire d'eux. Dans les domaines ordinaires de l'administration, tels que l'éducation, le contrôle de l'environnement, etc. divers mécanismes sont en place pour améliorer le contrôle gouvernemental sur la bureaucratie. Mais l'indispensable secret qui entoure le secteur de la sécurité rend tout ceci beaucoup plus difficile.

84. Les mécanismes législatifs normaux de contrôle de l'administration agissent en engageant la responsabilité de l'exécutif pour les actions de l'administration. Si l'exécutif lui-même n'est pas contrôlé, ce système ne peut à l'évidence pas fonctionner. Et même lorsque l'exécutif est sous contrôle, le Parlement peut ne pas disposer de ses propres sources d'informations pour vérifier la légitimité d'une revendication particulière de l'exécutif, et ne sera donc que rarement en position de la contester.

85. Si le Parlement n'est pas en mesure de contrôler l'exécutif, il est encore plus important que les tribunaux nationaux aient possibilité d'exercer cette fonction avec efficacité. Mais, pour des raisons diverses, les tribunaux ordinaires sont souvent mal placés pour remplir efficacement cette mission dans le domaine de la sécurité nationale¹⁸. Contrairement à d'autres autorisations accordées au gouvernement pour limiter les droits de l'homme, les pouvoirs conférés dans ce domaine sont souvent totalement discrétionnaires. Les définitions légales fort utiles de ce que signifie la « sécurité nationale » font souvent défaut dans les systèmes juridiques nationaux, rendant encore plus difficile pour les autorités judiciaires de juger que l'exercice d'un pouvoir n'entre pas dans le champ de la « sécurité nationale »¹⁹. Les tribunaux peuvent par ailleurs pêcher par manque de compétence procédurale (par exemple des obstacles juridictionnels) ou de volonté d'intervenir. Et même s'ils disposent des deux, ils peuvent se sentir contraints de ne pas agir, estimant que, constitutionnellement, ce domaine relève de l'exécutif. Ou, même s'il n'en va pas formellement ainsi, ils peuvent estimer que l'aspect politique joue un rôle important dans les décisions relatives à la sécurité nationale et qu'il l'emporte sur l'aspect décisionnel. Ils peuvent aussi juger qu'ils n'ont pas accès à l'ensemble des informations pertinentes et même, si l'accès leur est ouvert, qu'ils n'ont pas la formation ou l'expérience requises pour évaluer

¹⁸ Voir ci-dessous, paras 206-208.

¹⁹ Voir ci-dessous para 124, concernant la position de la CEDH sur la définition de la sécurité nationale.

correctement ces informations. Ils peuvent aussi être d'avis que la nature publique du processus judiciaire ne se prête pas à des questions qui devraient rester secrètes. S'ils disposent de l'autorité, des compétences et de la volonté d'intervenir, ils ne peuvent qu'exceptionnellement agir *proprio motu* et doivent donc attendre qu'une affaire appropriée se présente d'elle-même.

86. Il est particulièrement important, concernant la portée limitée du contrôle parlementaire et juridictionnel, de garder à l'esprit la nature particulière des services de renseignement. Les fichiers de renseignement forment le cœur d'une agence de sécurité. Les données « solides », informations purement factuelles, ne suffisent pas pour une agence de sécurité ou pour toute organisation de police axée sur la sécurité. Il leur faut également réunir des renseignements *spéculatifs* afin de déterminer quelles sont les personnes qui menacent, risquent ou sont susceptibles de menacer la sécurité nationale. Ces informations sont obtenues de diverses manières. Une bonne part des renseignements de sécurité intérieure en provenance de sources non ouvertes provient d'informateurs²⁰. À l'instar des informations factuelles, ces renseignements « doux » peuvent, et doivent si l'agence fait correctement son travail, être collationnés pour donner naissance au profil de personnalité d'un individu ou à une analyse d'activité suspecte. Cela signifie que le système de fichiers doit être construit de manière à faciliter l'établissement de liens entre des informations relatives à un même sujet et classées il y a longtemps, tout en permettant des synthèses de renseignements (apparemment) non liés, par exemple pour déterminer des schémas d'activité. Les entrées doivent être classées par fiabilité et ce classement périodiquement réévalué. Il convient de noter que ces fichiers ne sont à l'évidence pas seulement des fichiers concernant des individus, il peut s'agir également de fichiers sur des phénomènes, des événements ou des lieux particuliers (par exemple un endroit soupçonné de servir de lieu de réunion à des terroristes ou des agents de renseignement étrangers). Le système d'information doit également permettre à tous les utilisateurs d'obtenir rapidement une vue d'ensemble d'un grand volume de renseignements. Néanmoins, même dans la société des technologies de l'information, il est raisonnable d'estimer que seule une (petite) partie des renseignements est informatisée. Le système standard serait plutôt un fichier informatisé central, doté d'une fonction de recherche acceptant un grand nombre de variables diverses, et faisant référence à des fichiers papiers contenant davantage de détails. Le secteur du renseignement est souvent « cloisonné », les bases de données n'étant pas automatiquement accessibles à n'importe quel agent de sécurité, afin de limiter les dommages en cas de faille dans la sécurité. Seules les personnes dûment habilitées auront accès à une enquête particulière. Il peut en aller de même pour les agents de grade plus élevé, qui peuvent ne pas avoir automatiquement accès à l'ensemble des données stockées ou utilisées par les agents de grade inférieur (un élément qui a d'importantes implications sur les contrôles internes, voir ci-dessous para 131).

87. Fondamentalement toutefois, les agents de sécurité émettent un jugement de valeur sur la base des informations disponibles pour déterminer si un individu donné présente une menace pour la sécurité, et dans l'affirmative, ce qu'il prépare. Il s'agit en fait d'une évaluation du risque, ce qui implique nécessairement une forte dose de subjectivité l'évidence, il faut longtemps à un organe de surveillance extérieur pour pénétrer le monde mystérieux du renseignement, comprendre ce qu'est une évaluation « fiable » des informations et pourquoi il en est ainsi. À moins d'être en situation de mener une « seconde évaluation » raisonnablement bien informée, un organe de surveillance n'est pas un véritable garde-fou.

²⁰ Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). Deuxième rapport - La liberté et la sécurité devant la Loi. Ottawa, 1981. p. 536, Congrès américain, Sénat, Select Committee to Study Governmental Activities. Rapport final, Livre II: Intelligence Activities and the Rights of Americans (1976) (« rapport de la Commission Church »), pp. 227-228.

C. Contextes constitutionnels et organisationnels

a. Sur un plan général

88. Les principes de contrôle des agences de sécurité dépendent de la structure constitutionnelle de l'État.

89. Dans de nombreux États, la constitution repose fermement sur la séparation des pouvoirs, ce qui induit à son tour que la conduite de la politique étrangère et de défense est souvent exclusivement ou principalement l'apanage de l'exécutif.

90. Il existe plusieurs schémas d'organisation de la sécurité et du renseignement. Les agences de sécurité *intérieure* se distinguent des agences de sécurité *extérieure* (ou de renseignement), même si la frontière entre les deux est parfois difficile à tracer. Les agences *militaires* se distinguent quant à elles des agences *civiles*. Le mandat principal des agences militaires peut être limité à la collecte de renseignements sur les menaces militaires qui pèsent sur l'État, et sur la sécurité/loyauté des forces armées, encore que là aussi la ligne de démarcation entre ce mandat et celui des agences civiles puisse être relativement floue²¹. Lorsqu'une agence de sécurité est placée au plan organisationnel au sein d'une structure de commandement militaire, des problèmes particuliers de contrôle peuvent survenir²². Au final, il convient de mentionner également les agences de renseignement en matière de *communications*. Issues des anciennes agences de déchiffrement et de collecte de renseignements d'origine électromagnétique en place durant la guerre froide, ces agences surveillent aujourd'hui le trafic mondial des télécommunications, ce que l'on appelle la « surveillance stratégique ». Elles peuvent également avoir pour mission de développer et de préserver la sécurité des télécommunications, par exemple les mesures de défense contre les attaques des réseaux informatiques. Les agences de renseignement en matière de communications ont pris de l'ampleur dans beaucoup d'États et sont devenues d'un point de vue organisationnel indépendantes des autres agences.

91. Il est à noter que le contexte organisationnel détermine également le véritable pouvoir ou l'influence réelle de l'agence. Il est fonction en partie des menaces qui pèsent sur l'État. Sont-elles pressantes ? L'État est-il fortement dépendant de son agence de sécurité ? Le contrôle politique ou administratif exercé sur l'agence est-il strict ? Le budget de l'agence est-il important ? Quel est le poids de l'agence vis-à-vis de la police et des autres agences « concurrentes » ? Dans quelle mesure dépend-elle de la police et d'autres agences gouvernementales ou d'organes privés (par exemple les entreprises de télécommunication) pour le support technique ou logistique ?

b. L'organisation des services de sécurité

92. Certains États (par exemple la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne et la Turquie) disposent d'une agence unique de renseignement et de sécurité (à la fois intérieure et extérieure). D'autres ont mis en place des agences distinctes de renseignement et de sécurité intérieure et extérieure, dotées de compétences territoriales séparées ou qui se chevauchent, comme c'est

²¹ Par exemple, lorsqu'un État envoie des troupes pour assurer le maintien de la paix dans des zones fortement pénétrées par le crime organisé, les autorités militaires peuvent vouloir connaître les liens qui existent entre les réseaux criminels dans le pays hôte et ceux de leur propre pays, ainsi que les menaces actuelles et futures que peuvent poser les contacts avec le crime organisé pour la sécurité des personnels, l'intégrité de la structure de commandement militaire, etc.

²² Dans la Recommandation 1402 (1999) Contrôle des services de sécurité intérieure dans les États membres du Conseil de l'Europe, ligne directrice A(iv), l'Assemblée parlementaire a indiqué qu'il « est préférable que l'organisation des services de sécurité intérieure ne relève pas de structures militaires. Les services de sécurité civils ne devraient pas non plus fonctionner comme des structures militaires ou semi-militaires ». Voir par ailleurs Assemblée parlementaire, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Contrôle des services de sécurité intérieure dans les États membres du Conseil de l'Europe, Doc. 8301, 21 janvier 1999.

le cas en Hongrie, en Allemagne, en Pologne, en Roumanie et au Royaume-Uni. Plus rarement, un État peut mettre en place une agence de sécurité mais pas d'agence de renseignement extérieur reconnue ou véritable, comme en Suède, cette dernière disposant néanmoins d'une agence de renseignement en matière de communications. Une agence de sécurité peut également être organisée sous forme d'entité juridique ou être intégrée à un département du gouvernement²³.

93. Bien évidemment, un État peut se doter de plusieurs agences exerçant des fonctions liées à la sécurité intérieure. À titre d'exemple, deux agences, l'une civile et l'autre militaire, peuvent cohabiter et leurs mandats sont susceptibles de se chevaucher²⁴. Autre cas : la coexistence d'une agence civile, d'une agence militaire et d'une agence paramilitaire/de gendarmerie. L'avantage d'agences parallèles est qu'elles peuvent se surveiller mutuellement. L'inconvénient, qui contrebalance en général l'avantage, est que cette situation est souvent source de querelles, de dédoublement du travail et de grandes difficultés à surveiller et contrôler ces agences. Si la mise en place d'agences parallèles aux fonctions redondantes est rarement une bonne idée, la répartition des fonctions entre plusieurs agences, par exemple en matière de surveillance lorsqu'une agence est responsable de la demande de surveillance et une autre de l'exécution de cette surveillance, peut offrir des avantages quant à la garantie du strict respect des procédures d'autorisation²⁵.

94. Une différence fondamentale est à évoquer entre les États européens qui confèrent à leurs agences de sécurité intérieure des pouvoirs de police, et ceux qui s'y refusent. Certains États européens, tels que les Pays-Bas, la Slovénie, la République tchèque et l'Allemagne, disposent d'agences de sécurité séparées chargées principalement des infractions à la sécurité. De telles agences peuvent se voir également confier des responsabilités stratégiques en matière de terrorisme, mais elles ne disposent pas de pouvoirs de police. Si elles souhaitent procéder à des arrestations, des interrogatoires de suspects, etc. elles ne peuvent agir qu'au travers de la police, en général une section spéciale de la police.

95. D'autres États, comme le Danemark, la Finlande, la France, l'Irlande, la Norvège, la Suède et la Suisse, se sont dotés d'une police de la sécurité, soit pleinement intégrée à la structure de commandement de la police ordinaire, soit une unité de police distincte²⁶. Certains ont également créé des agences de sécurité séparées de la police, mais autorisées à interpellier et interroger des suspects (par exemple la Fédération de Russie).

96. Hormis les traditions constitutionnelles, plusieurs autres raisons peuvent expliquer la création d'une agence civile distincte. Sans entrer davantage dans les détails, il s'agit pour l'essentiel de la prévention des abus de pouvoir (séparation des pouvoirs), de la possibilité pour l'agence civile de développer une meilleure expertise analytique ou autre, notamment sur les questions politiques, et du champ de contrôle plus large dont dispose le gouvernement sur

²³ Par exemple la Loi 11/2002 du 6 mai, qui régit le Centre national de renseignement espagnol (Centro Nacional de Inteligencia, CNI), stipule que le CNI est une personne morale de droit public et un département du ministère de la Défense. L'agence française de sécurité intérieure (Direction de la Surveillance du Territoire) est un département du ministère de l'Intérieur.

²⁴ À titre d'exemple, l'Autriche a mis en place un département spécial (Bundesamt für Verfassungsschutz) au sein du ministère de l'Intérieur, avec des bureaux dans les structures de commandement régionales de la police (Landesämter für Verfassungsschutz) pour le secteur civil et deux départements distincts pour le renseignement militaire (Heeresnachrichtenamt et Heeresabwehramt) au sein du ministère de la Défense.

²⁵ Voir également ci-dessous, Section VII.

²⁶ En Suède par exemple, le département de la sécurité, RPS/SÄK, fait partie des forces de police nationale tout en jouissant de sa propre autonomie. Il en va de même en France pour la Direction de la Surveillance du Territoire, DST.

cette agence, comparativement au contrôle sur la police (qui, en fonction de la structure constitutionnelle de l'État, sera généralement moins approprié).²⁷

97. Néanmoins, il n'existe aucune ligne de démarcation naturelle entre les affaires de sécurité et la criminalité, notamment en ce qui concerne ce qui est généralement considéré aujourd'hui comme la plus grave menace pour la sécurité de la plupart des États européens, en l'occurrence le terrorisme. La nécessité d'une réponse police-agence de sécurité étroitement coordonnée au terrorisme et les liens qui peuvent à l'occasion exister entre le crime organisé et le terrorisme sont en fait des arguments forts plaidant en faveur d'une police de la sécurité. Des problèmes peuvent survenir du chevauchement des compétences entre police et agence de sécurité dans les États où cette dernière est un organe distinct, voire même, il convient de le dire, entre la police ordinaire et la police de la sûreté, dans les États où l'agence de sécurité est intégrée à la police.

98. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a précédemment exprimé une nette préférence pour des agences de sécurité civiles distinctes²⁸. À l'évidence, les pouvoirs de police permettant de procéder à des interpellations, des fouilles et des saisies peuvent, lorsqu'ils sont combinés au sein de la même organisation à des pouvoirs et des compétences relevant d'une agence de sécurité, créer une institution extrêmement puissante. L'acceptabilité d'une telle institution, sous l'angle du contrôle et de la protection des droits de l'homme, dépend toutefois de l'adéquation de la structure de contrôle mise en place pour prévenir les abus ou l'usage excessif de ces pouvoirs. Une police de sécurité forte, soumise à un contrôle interne strict, au contrôle de procureurs indépendants et, en cas d'autorisation de mesures spéciales d'enquête, au contrôle de juges, n'est pas incompatible avec les principes du Conseil de l'Europe en général et de la CEDH en particulier²⁹.

c. La forme du mandat des services de sécurité

99. Le statut légal du mandat des agences de sécurité intérieure dépend également de la structure constitutionnelle de l'État.

100. Dans la plupart des pays européens, aucune règle constitutionnelle ne régit expressément les relations entre les services de sécurité intérieure et les autres organes de l'État. Toutefois, ces relations subissent l'influence des règles constitutionnelles sur l'organisation et le fonctionnement des organes de l'État au plus haut niveau, règles qui déterminent comment et par qui l'organisation, le fonctionnement et les pouvoirs des organes de gouvernement, y compris les organes de sécurité, sont établis; elles subissent de même l'influence des règles constitutionnelles sur les droits fondamentaux et les droits de l'homme, lesquelles restreignent la faculté, pour les organes suprêmes de l'État, d'accorder des pouvoirs aux autres organes, y compris donc les organes de sécurité. Dans ce dernier domaine, spécialement, les règles constitutionnelles sont, dans une vaste mesure, complétées et renforcées par les accords internationaux et par le régime des organes internationaux qui contrôlent l'application de ces accords³⁰.

101. Dans beaucoup d'États, les missions et l'étendue des pouvoirs exceptionnels des services de sécurité intérieure sont fixées dans la législation parlementaire, soit dans les lois organiques (comme en Espagne) soit dans la législation ordinaire (comme en Norvège).

²⁷ L'un des meilleurs argumentaires sur la nécessité d'une agence civile distincte se trouve dans le rapport de la Commission McDonald (en pp. 413-421), encore qu'il convienne de noter que ceci a été rédigé en justification du retrait des compétences en matière de sécurité à la police (GRC).

²⁸ Assemblée parlementaire, Recommandation 1402 (1999) Contrôle des services de sécurité intérieure dans les États membres du Conseil de l'Europe), point 6.

²⁹ Voir Commission de Venise, CDL-INF(98)6 p. 5.

³⁰ Voir Commission de Venise, CDL-INF(98)6, p. 2.

102. Dans les pays où les services de sécurité sont intégrés à la police, la législation concernant la police en général leur est également applicable, en complément de toute législation spéciale existante, leur conférant d'autres pouvoirs et devoirs³¹.

103. En plus de la législation, des normes ou des lignes directrices plus détaillées sont généralement établies dans la législation subordonnée promulguée par l'exécutif (qui sera en principe publiée s'il s'agit d'ordonnances de l'exécutif) ou par le chef du service de sécurité concerné (dans ce cas elles seront généralement secrètes).

104. Lorsque les questions de défense et de politique étrangères sont, selon la constitution, de la responsabilité principale du Président, cette situation aura des incidences sur le statut légal des normes régissant l'agence (ainsi que sur les modalités de contrôle). En France, par exemple, il n'existe aucune législation parlementaire sur les services de sécurité intérieure, l'ensemble de la structure organisationnelle et des pouvoirs de ces services étant fixés par décrets de l'exécutif.

105. Dans le passé, la Commission de Venise a émis l'avis que ce modèle n'était pas souhaitable sous l'angle de la légitimité démocratique ; bien sûr, s'il est « préférable » que les règles régissant les services de sécurité intérieure soient inscrites dans la législation du Parlement, il est « absolument essentiel » que les normes relatives aux services de sécurité intérieure soient aussi claires et concises que possible afin que les tâches que ces services peuvent entreprendre légalement soient définies clairement et que les normes applicables aux services de sécurité intérieure ne soient gardées secrètes que dans la mesure strictement nécessaire³².

d. Priorités en matière de sécurité

106. Le contenu des mandats confiés aux agences de sécurité en termes de tâches variera à l'évidence grandement en fonction des priorités établies pour les menaces, et des menaces perçues auxquelles est confronté l'État³³. Les priorités de l'agence de sécurité peuvent être établies de diverses manières.

107. Si les menaces sont susceptibles de varier considérablement, il existe néanmoins un tronc européen commun. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, les facteurs suivants (qui se chevauchent parfois) auront une incidence sur les rôles et les priorités de l'agence de sécurité:

- Des facteurs ethnographiques (l'existence de groupes violents au sein des minorités ethniques, ayant la volonté et la capacité de représenter une menace séparatiste, les communautés d'immigrés de première et deuxième génération susceptibles d'être menacées par des intérêts étrangers et nécessitant une protection ou qui peuvent constituer elles-mêmes une menace),
- Des facteurs militaro/politiques (l'État est-il neutre ou membre d'une alliance militaire ? Dispose-t-il de bases à l'étranger ? Les politiques intérieures et étrangères sont-elles perçues comme hostiles aux valeurs fondamentales d'un groupe au sein de l'État, fournissant ainsi une base de recrutement pour les cellules terroristes ? Quelles informations militaires ou politiques convient-il de protéger contre l'espionnage),
- Des facteurs « purement » politiques liés à la nature même de l'État (le pouvoir politique change-t-il fréquemment de mains, un groupe domine-t-il en permanence ? Où se situe l'État sur l'échelle libéralisme - autoritarisme ?),

³¹ Par exemple le Danemark, la Finlande, la France, l'Irlande, la Norvège, la Suisse. En Autriche, une loi spéciale régit la police de la sécurité (Sicherheitspolizeigesetz).

³² Voir Commission de Venise, CDL-INF(98)6, p.7 et ci-dessous, paras 125 et 227.

³³ Voir PC-S-SEC(2002)06rev, résumé des réponses au questionnaire.

- Des facteurs économiques et technologiques (quelles activités génératrices de richesse méritent le plus une protection ou une promotion ? Quels technologies ou biens produits devraient être soumis à un contrôle strict des exportations pour empêcher la prolifération des armes de destruction massive),
- Des facteurs criminologiques, étendue de la menace que fait peser sur l'État le terrorisme international ou le crime organisé,
- Des facteurs historiques (un passé impérialiste, des dictatures encore en mémoire, avec des abus de pouvoir perpétrés par l'agence de sécurité intérieure), et
- Des facteurs géographiques (proximité de pays hostiles ou instables, importance stratégique).

108. Le contenu du mandat peut aussi varier en fonction de sa nature, l'agence de sécurité pouvant avoir une mission plus pro-active, par exemple de « contrer » les menaces à la sécurité, ou se limiter à la collecte et à l'analyse des informations.

e. Contrôle interne

109. Les contrôles internes se composent de deux éléments. Le premier est le contrôle exercé par l'agence de sécurité sur elle-même, au moyen des structures décisionnelles mises en place pour garantir que les mesures et les politiques sont dûment autorisées, que les procédures sont bien suivies, etc. Le deuxième a trait aux contrôles internes opérés au sein de l'exécutif proprement dit, c'est-à-dire le contrôle administratif exercé par les fonctionnaires permanents hiérarchiquement supérieurs issus des départements du gouvernement auxquels l'agence est subordonnée ou auxquels elle fait rapport, voire même des procureurs si l'agence participe à des enquêtes sur des infractions en matière de sécurité.

110. Des chevauchements peuvent à l'évidence naître entre le contrôle gouvernemental et le contrôle « administratif » dans les États où la fonction publique permanente, du moins celle de rang hiérarchique supérieur, est « politisée ». Des considérations similaires s'appliquent aux procureurs. En fonction de la structure constitutionnelle et de la culture juridique de l'État, les procureurs jouissent d'un degré variable d'indépendance à l'égard de l'agence et du gouvernement et peuvent être un outil de contrôle utile de l'agence de sécurité, dans la mesure où son travail consiste à réunir des preuves en vue de poursuites en justice. Les procureurs, qui n'appartiennent pas, officiellement et dans la pratique, à la branche indépendante du système judiciaire font néanmoins partie de l'exécutif et peuvent être considérés en tant que tels comme des « contrôles internes »³⁴.

111. Lorsque, pour certaines raisons, le contrôle gouvernemental est faible, le contrôle administratif peut s'en trouver renforcé. À l'inverse, une structure de contrôle formelle sur le papier peut naturellement concéder une large autonomie à l'agence dans la pratique. Dans un sens, des contrôles administratifs renforcés peuvent être considérés comme des garde-fous contre le danger d'une agence qui devient un outil dans les mains du gouvernement en place.

f. Contrôle gouvernemental

112. Les départements du gouvernement étant à la fois les « employeurs » et les « clients » du renseignement, ils ne peuvent pas non plus être considérés comme un contrôle « externe » de l'agence de sécurité.³⁵ Une foule de facteurs influe sur la forme et le degré de contrôle ministériel ou gouvernemental, en l'occurrence sur le ou les ministres auxquels l'agence rend compte et sur la rigueur avec laquelle le contrôle gouvernemental est exercé. Le fait que les renseignements ne puissent pas être classés simplement dans les catégories « intérieur », « extérieur » ou « militaire » signifie que l'agence peut disposer d'un droit d'accès ou d'une

³⁴ Voir, *inter alia*, Recommandation Rec (2000) 19 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale.

³⁵ Voir Lustgarten, L. et Leigh, I., *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, (Oxford UP, 1994), p. 314.

obligation de rendre compte au chef de l'État/chef du gouvernement, en complément ou à la place des ministres de la Défense ou de l'Intérieur.

113. Lorsque plusieurs agences sont en place et que leurs fonctions se chevauchent en matière de sécurité intérieure, c'est-à-dire lorsqu'il existe une agence civile dépourvue de pouvoirs de police, d'une police en partie responsable des infractions en matière de sécurité (par exemple de terrorisme) et une force paramilitaire/ de gendarmerie, des lignes de responsabilités parallèles peuvent exister envers le chef du gouvernement, le ministre de la Justice et le ministre de la Défense. Cette situation, combinée à la nature intégrée déjà mentionnée des menaces de sécurité actuelles, peut être à l'origine d'un manque de transparence, de responsabilités redondantes et d'une fuite devant les responsabilités³⁶.

114. Le niveau de contrôle gouvernemental exercé est fonction de nombreux facteurs qui varient d'un État à l'autre et de temps à autres dans un même État. Une agence peut être préservée légalement, ou même constitutionnellement, et de manière délibérée, du contrôle gouvernemental ou ministériel au quotidien. Dans la pratique, l'indépendance peut également découler de la faiblesse du gouvernement de l'État (par exemple lorsque le pouvoir change constamment de main en raison de l'instabilité politique, ou lorsque les élections et le système électoral donnent naissance à des coalitions gouvernementales faibles). Dans la plupart des États, si ce n'est tous, le monopole de la connaissance spécialisée que possède l'agence suffira pour lui conférer dans la pratique une large autonomie à l'égard du contrôle gouvernemental. Dans le passé, certaines agences ont plus ou moins fixé elles-mêmes leur propre ordre du jour en matière de sécurité en dépit, théoriquement, d'un contrôle gouvernemental fort³⁷.

g. Problèmes particuliers de contrôle liés à la coopération internationale entre les agences de renseignement

115. Les traités d'entraide mutuelle entre la police, les douanes et les autorités judiciaires sont aujourd'hui une caractéristique importante de la lutte contre le crime organisé transnational. De même, comme évoqué précédemment, une coopération internationale renforcée en matière de renseignement est indispensable, notamment pour combattre le terrorisme. Mais cette coopération renforcée peut aussi être source de problèmes dans le contrôle des services de sécurité. Les dispositifs de contrôle cherchent à traquer les politiques et les actions des agences de sécurité et de renseignement nationales. Souvent, la législation contient des limitations explicites ou implicites entravant la surveillance ou l'examen des accords conclus avec des agences de renseignement d'autres pays.

116. La détention et l'interrogatoire « d'ennemis combattants » en Afghanistan et à Guantanamo Bay, les restitutions extraordinaires, les allégations de centres de détention secrets, la torture ou le recours à des informations obtenues sous la torture dans des pays tiers ont conduit à un nombre grandissant d'enquêtes et de rapports d'organes nationaux et internationaux³⁸. Lorsque des agences étrangères opèrent sans autorisation dans un autre

³⁶ Pour une enquête officielle récente identifiant ce genre de problèmes, voir *De AIVD in beweging* (« L'AIVD en mouvement ») de la *Commissie Bestuurlijke Evaluatie AIVD* néerlandaise, novembre 2004.

³⁷ Voir par exemple le rapport suédois *Personalkontroll, Rapport till regeringen av Registreringsnämnden beslutad du 16 december 1998*, p. 75. Dans la pratique, la question des personnes occupant des « postes de direction » dans une organisation considérée comme non démocratique – justifiant leur fichage – a été déléguée à la police de la sécurité, avec pour conséquence le fichage d'un très grand nombre de membres de l'organisation. Cette réaction de la police de la sécurité était compréhensible en un sens : le résultat était plus ou moins prévisible puisque le gouvernement avait identifié une organisation particulière comme présentant un danger pour l'Etat. Pour des critiques similaires, estimant que dans le passé la politique a été menée par des débutants, voir Zybertowicz, A. *An Unresolved Game: the Role of the Intelligence Services in the Nascent Polish Democracy*, dans Born, H., Johnston, L. and Leigh, I. (eds) *Who's Watching the Spies*, Potomac, Washington, 2005.

³⁸ Voir, par exemple Commission de Venise, *Avis sur les obligations légales internationales des États membres du conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique de*

État, elles le font en violation de la souveraineté nationale de ce pays, et selon la législation nationale, elles peuvent voir leur responsabilité pénale engagée. Sans arriver à ce cas extrême, il est clairement apparu que même la collaboration entre agences de différents pays peut soulever de vives préoccupations. Les systèmes nationaux de surveillance et de contrôle ont été conçus pour prévenir d'autres risques d'abus (par exemple, l'ingérence de l'agence dans la politique nationale ou dans la société civile). Ils ne traitent pas ce genre de préoccupation.

117. Des exemples concrets d'abus faisant intervenir des échanges internationaux de renseignements ont peu de chance d'arriver au grand jour bien que la récente affaire Maher Arar au Canada en soit une exception³⁹. Les principaux obstacles que rencontrent les organes de contrôle nationaux dans ce domaine sont une combinaison de « capacité de dénégation plausible » et d'absence de pouvoir de surveillance de ces accords. Lorsqu'une agence de sécurité reçoit simplement des renseignements « rendus anonymes » de la part d'une agence étrangère avec laquelle elle a conclu un accord, elle peut arguer qu'elle n'est pas responsable de la manière dont l'information a été obtenue. Une agence de sécurité peut accepter théoriquement de porter la responsabilité lorsqu'elle a activement demandé à une agence étrangère d'obtenir des informations de la part d'un suspect par des moyens qui ne sont pas légaux dans le pays de l'agence requérante. Le problème est que ce niveau d'implication ne peut que rarement, voire jamais, être prouvé. L'agence qui reçoit le renseignement sera presque invariablement en mesure d'affirmer qu'elle n'avait pas connaissance des mesures illégales employées pour obtenir les informations, et qu'elle n'avait aucune raison de suspecter l'utilisation de tels moyens. Les allégations d'agissements illégaux ou contraires à l'éthique peuvent être niées de manière plausible car l'agence bénéficiaire n'en porte pas la responsabilité. Une dénégation sincère mais incomplète peut ainsi être opposée à toute suggestion laissant à penser qu'elle a obtenu les informations de manière illégale.

118. Par ailleurs, l'agence qui reçoit les informations peut être fortement incitée à ne pas enquêter sur la façon dont les renseignements ont été obtenus. L'agence d'un pays ne disposant que de capacités limitées en terme de renseignement peut être dépendante des agences étrangères amies pour recueillir les informations dont elle a besoin. Si elle pose trop de questions, elle risque de recevoir des réponses embarrassantes, en l'occurrence que les données ont été obtenues par des moyens contraires à l'éthique. On pourrait avancer que l'agence requérante devrait essayer d'insister pour que son homologue étrangère lui certifie que les informations ont été obtenues dans le respect des normes des droits de l'homme, mais elle risque d'essuyer tout simplement un refus.

119. L'exercice du pouvoir de police est essentiellement national. Cela signifie que les restrictions nationales relatives à l'obtention d'informations ne s'appliquent en principe qu'aux actions menées sur le territoire national et aux actions directes des fonctionnaires de l'État. Il est donc parfaitement possible qu'une agence bénéficie de renseignements collectés à l'étranger par l'agence d'un autre pays par des moyens qu'elle ne serait légalement pas autorisée à employer.

120. Si une agence livre des renseignements à son homologue d'un autre pays, le contrôle est à nouveau altéré car il est peu probable que ces renseignements donnent lieu à une décision

prisonniers, CDL-AD(2006)009 ; Bericht der Bundesregierung (Offene Fassung) gemäß Anforderung des Parlamentarischen Kontrollgremiums vom 25. Januar 2006 zu den Vorgängen im Zusammenhang mit dem Irakkrieg und der Bekämpfung des Internationalen Terrorismus, à l'adresse <http://www.bundesregierung.de/Anlage965868/Bericht+der+Bundesregierung+-+offene+Fassung.pdf> ;

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 12 juin 2006, Doc. 10957; Résolution du Parlement européen sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers (2006/2200(INI)).

³⁹ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens dans l'affaire Maher Arar, Rapport sur les événements concernant Maher Arar , 3 volumes , 2006, <http://www.ararcommission.ca/>.

permettant de remonter directement à l'agence qui en est à la source. Les informations peuvent être communiquées à condition que la source reste secrète, y compris pour les tribunaux ou tout autre organe de contrôle de l'État. Même s'il n'en va pas ainsi, la confidentialité de la source des renseignements peut être protégée par la législation du pays bénéficiaire ou par l'action de ses tribunaux au nom de la sauvegarde des relations internationales. Lorsque les systèmes juridiques des deux agences, fournisseur et bénéficiaire, protègent le secret des relations internationales par ce biais, il en résulte un vide en terme de contrôle. La fourniture de renseignements aux organes multilatéraux - par exemple à la Commission des sanctions des Nations Unies, ou pour les États de l'UE, aux organes du troisième pilier de l'UE - peut également être marquée de défauts comparables de responsabilité.

121. La jurisprudence de la CourEDH se développe sur la question de la mesure dans laquelle un État peut, ou devrait, endosser la responsabilité des actes à dimension extraterritoriale. Il est toutefois déjà évident qu'un vide en termes de contrôle n'est pas acceptable⁴⁰.

VI. Contrôle et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

122. La Cour européenne des droits de l'homme a étudié certains aspects des systèmes de contrôle dans plusieurs affaires⁴¹.

123. Les faits de l'espèce fixent pour la Cour un cadre procédural strict, qui lui impose de se cantonner à l'examen des systèmes de contrôle en tant que composants indirects des exigences à la limitation d'un droit de l'homme individuel, en l'occurrence que cette limitation ait pour but de « protéger la sécurité nationale », qu'elle soit « prévue par la loi », « nécessaire dans une société démocratique » et accompagnée de « recours effectifs » au niveau national. La Cour n'est de ce fait pas en mesure d'analyser l'ensemble du système de contrôle applicable dans un État de la même manière qu'une commission nationale d'enquête peut étudier une réforme législative.

124. Les institutions de la Convention se sont montrées réticentes à livrer une définition abstraite des termes de la Convention et il en a été de même avec la sécurité nationale⁴². La Cour se refuse bien évidemment à accepter que les questions de sécurité soient placées « en-dehors de la loi », bien qu'elle ait également souligné que la Convention n'est pas neutre en ce qui concerne les « ennemis de la démocratie »⁴³. La Cour est prête à considérer la sécurité nationale au sens large, estimant par exemple que le système allemand de tests de loyauté auxquels sont soumis les enseignants⁴⁴ et la protection par le gouvernement grec des « traditions culturelles et des symboles historiques et culturels » entrent dans ce cadre⁴⁵.

⁴⁰ Voir en particulier CourEDH, *Öcalan c. Turquie* Décision du 14 décembre 2000; *Bankovic et autres c. Belgique* et 16 autres États contractants Décision du 12 décembre 2001; *Assanidze c. Géorgie* Arrêt du 8 avril 2004; *Issa et autres c. Turquie* Arrêt du 16 novembre 2004; *Ilascu c. Moldova et la Fédération de Russie* Arrêt du 8 juillet 2004. Voir également ci-dessous Section V.

⁴¹ Voir plus généralement Cameron I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, (Iustus, Uppsala/Kluwer, Dordrecht, 2000).

⁴² La Commission européenne des droits de l'homme a exprimé l'avis que la sécurité nationale ne pouvait être définie de manière exhaustive. *Esbestor c. RU*, No. 18601/91, 18 EHRR CD 72 (1993) et qu'en premier lieu il appartenait aux États membres de décider s'il est nécessaire de considérer comme infraction pénale un comportement particulier jugé susceptible de nuire pour la sécurité nationale. *M. c. France*, No. 10078/82, 41 D.R. 103, 117 (1985).

⁴³ Voir CourEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* Arrêt du 13 février 2003, où la Cour a déclaré que les libertés garanties par la Convention « ne sauraient priver les autorités d'un État, dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, du droit de protéger celles-ci. À cet égard, la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé inhérente au système de la Convention une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels (au para 96).

⁴⁴ CourEDH, *Vogt c. Allemagne* Arrêt du 26 septembre 1995, paras 49-51.

⁴⁵ CourEDH, *Sidiropoulos c. Grèce* Arrêt du 10 juillet 1998, para 37.

125. « Prévus par la loi » signifie que l'exercice du pouvoir de l'État, notamment le pouvoir de coercition, doit trouver son fondement dans le droit écrit spécifique, la législation subordonnée ou la jurisprudence. La Cour a de plus en plus souligné la nécessité pour la législation de satisfaire à des critères qualitatifs, notamment des normes minimales de prévisibilité et une formulation prudente des pouvoirs discrétionnaires, identifiant les destinataires, les objets de l'exercice du pouvoir, les limites temporelles et autres de cet exercice, etc. Le problème dans ce domaine est de concilier l'impératif de flexibilité (ci-dessus para 19) et celui d'une certaine prévisibilité. L'exigence de « nécessité » est avant tout un test de la proportionnalité de l'infraction et implique de se tourner vers le système de contrôle pour prévenir les abus des pouvoirs discrétionnaires. Lorsque la Cour estime qu'une mesure qui a fait l'objet d'une plainte n'est pas « prévue par la loi », elle ne procède pas à l'examen de l'exigence de « nécessité dans une société démocratique ». La majorité des affaires liées au contrôle en matière de renseignement ne concernaient que le critère « prévu par la loi »⁴⁶. Dans plusieurs États européens, certains aspects du fondement légal ont été jugés inadéquats. Les législateurs ont ainsi eu l'opportunité de se pencher sur les principes qui devraient régir cet important domaine de l'activité de l'État et d'établir les limites de l'activité de telles agences. Dans les pays où cette opportunité a été saisie, les agences de sécurité et de renseignement en ont tiré une légitimité accrue.

126. L'exigence de « recours effectif » de l'Article 13 est variable. Plus la violation alléguée du droit garanti par la Convention est grave et plus ce droit est important pour la personne concernée, plus les recours disponibles devraient être nombreux. Néanmoins, dans la première affaire importante impliquant une agence de sécurité et de renseignement que la Cour a eu à connaître, *Klass c. Allemagne*, la Cour a estimé que l'Article 13 avait un caractère subsidiaire à l'égard des droits substantifs garantis par la Convention. La Cour a déclaré que « un recours effectif... doit s'entendre d'un recours aussi effectif qu'il peut l'être eu égard à la portée limitée, inhérente à tout système de surveillance »⁴⁷. Ainsi, l'Article 13 ne peut être interprété de manière à retirer toute efficacité aux mesures de surveillance déjà jugées compatibles avec la protection de la vie privée définie à l'Article 8.

127. S'agissant des systèmes de contrôle des agences de sécurité et de renseignement et en liaison avec les questions spécifiques de surveillance et d'enregistrement/contrôle du personnel, l'article de la Convention qui a soulevé le plus de discussions est l'Article 8. La principale affaire de surveillance de sécurité est l'affaire *Klass* (voir para 159 ci-dessous), complétée aujourd'hui par l'affaire *Weber et Saravia c. Allemagne*⁴⁸. S'agissant d'enregistrement/contrôle du personnel, l'affaire marquante est *Leander c. Suède*⁴⁹ complétée par l'affaire *Segerstedt-Wiberg c. Suède*⁵⁰ en ce qui concerne les recours en matière de contrôle du personnel. Dans les deux domaines, la Commission a rendu de nombreuses décisions⁵¹.

128. La CourEDH a par ailleurs rendu plusieurs arrêts importants relatifs à l'usage d'informations de sécurité et aux recours effectifs concernant des expulsions pour des motifs de sécurité (Articles 3 et 8, respectivement lorsque la personne expulsée risque la torture ou

⁴⁶ Voir notamment, CEDH, *Amann c. Suisse* Arrêt du 16 février 2000; *Rotaru c. Roumanie* Arrêt du 4 mai 2000.

⁴⁷ Op. cit. para 69.

⁴⁸ CourEDH, *Weber et Saravia c. Allemagne* Arrêt du 29 juin 2006. Voir également CEDH, *Tsavachidis c. Grèce* Arrêt du 28 octobre 1997 et les affaires *Amann* et *Rotaru*, op. cit.

⁴⁹ CourEDH, *Leander c. Suède* Arrêt du 26 mars 1987.

⁵⁰ CourEDH, *Segerstedt-Wiberg c. Suède* Arrêt du 6 juin 2006.

⁵¹ Voir en particulier *Hilton c. RU*, 12015/86, 57 DR 108 (1988), *Nimmo c. RU*, 12327/86, 58 DR 85 (1989), *Hewitt et Harman c. RU*, No. 12175/86, 67 DR 88 (1989) *Christie c. RU*, No. 21482/93, 78A DR 119 (1994), *Brinks c. Pays-Bas* No. 9940/04, 5 avril 2005.

lorsque l'expulsion interfère avec la vie de famille)⁵² et la disponibilité de recours juridictionnels à l'égard de décisions de sécurité affectant les « droits de caractère civil » et le droit à un procès équitable (Article 6)⁵³. Dans ces affaires, la Cour a demandé la création de mécanismes spéciaux, conciliant l'usage fait de renseignements de sécurité et le droit à des débats équitables, d'où leur pertinence pour le contrôle en matière de sécurité au sens large⁵⁴.

129. S'agissant des recours, la CourEDH a souligné que même dans le contexte de la sécurité nationale, le recours exigé par l'Article 13 devait être effectif en pratique comme en droit⁵⁵. La Cour a établi une distinction entre les recours qui doivent être disponibles dans le contexte de mesures qui ne sont pas connues de la prétendue victime, notamment des mesures de surveillance, et de mesures connues, telles que l'expulsion. Concernant ces dernières, la Cour a déclaré dans *Al-Nashif c. Bulgarie* que « même en cas d'allégation de menace contre la sécurité nationale, la garantie d'un recours effectif exige au minimum que l'autorité d'appel indépendante compétente soit informée des raisons sur lesquelles est fondée la décision d'expulsion, même si ces raisons ne sont pas publiquement disponibles » (traduction non officielle). L'autorité doit avoir compétence pour rejeter l'assertion de l'exécutif selon laquelle il y a menace pour la sécurité nationale si elle l'estime arbitraire ou déraisonnable. Il doit exister une certaine forme de débat contradictoire, au besoin par le biais d'un représentant spécial autorisé à accéder aux informations secrètes. Par ailleurs, la question de savoir si les mesures en cause interfèrent avec le droit de toute personne au respect de sa vie de famille et, dans l'affirmative, si un juste équilibre est créé entre l'intérêt public et les droits de la personne doit être examinée⁵⁶.

VII. Le contrôle interne et le contrôle gouvernemental, éléments de systèmes de contrôle globaux

130. Le contrôle interne des services de sécurité est la garantie principale contre les abus de pouvoir, lorsque le personnel travaillant dans les agences s'engage au respect des valeurs démocratiques de l'État et des droits de l'homme. Les contrôles externes sont essentiels pour étayer les contrôles internes et vérifier périodiquement le bon fonctionnement de ces derniers.

131. Des contrôles internes signifient d'abord que la direction de l'agence doit exercer dans la pratique un contrôle efficace des niveaux hiérarchiques inférieurs de l'agence. Ceci peut sembler une évidence, mais le nécessaire « cloisonnement » du renseignement (voir ci-dessus para 86) rend un contrôle effectif plus difficile. D'autre part, comme évoqué précédemment, certains États sont confrontés au problème d'agences de sécurité profondément divisées. La direction peut ne pas vérifier dans la pratique que les routines d'autorisation sont bien suivies. Pire, la direction peut tenter de diverses manières d'échapper à ses responsabilités quant aux actions des agents de rang subalterne. Ces situations peuvent se traduire par des agents de rang subalterne définissant dans la pratique les politiques, fixant les priorités de sécurité et exerçant indirectement le pouvoir, avec pour conséquence l'absence de toute responsabilité en cas d'abus. Quel que soit le système, une telle situation est inacceptable.

132. Des procédures doivent être en place et suivies pour garantir que les demandes d'autorisation de méthodes spéciales d'enquêtes et autres, impliquant des violations de l'intégrité physique telles que la création de fiches personnelles, sont approuvées à un niveau

⁵² CourEDH, *Chahal c. RU* Arrêt du 15 novembre 1996 et *Al-Nashif et autres c. Bulgarie* Arrêt du 20 juin 2002.

⁵³ CourEDH, *Tinnelly et McElduff c. RU* Arrêt du 10 juillet 1998; *Hulki Günes c. Turquie* Arrêt du 19 juin 2003; *Monika Haas c. Allemagne* Arrêt du 17 novembre 2005.

⁵⁴ Les renseignements peuvent naturellement intervenir dans d'autres contextes, notamment au regard de l'Article 5 (arrestation et détention), Voir Cameron, I., 2000, op. cit., pp. 267-286.

⁵⁵ CourEDH, *Al-Nashif*, op. cit., para 136.

⁵⁶ CourEDH, *Al-Nashif*, op. cit., para 138.

hiérarchique élevé de l'agence. Des chaînes de responsabilité doivent être clairement établies de manière à ce que la hiérarchie ait une connaissance précise des activités des agents subalternes⁵⁷ et que les niveaux subalternes sachent qu'ils ne porteront pas la responsabilité de mesures ordonnées par des gens plus haut placés dans la hiérarchie. Cela signifie que les agents subalternes doivent connaître les mesures considérées comme légales et légitimes, afin de pouvoir identifier et mettre en question les ordres douteux⁵⁸. Ceci demande une formation et une remise à niveau périodique de l'ensemble du personnel sur l'importance des valeurs démocratiques et des droits de l'homme et une sensibilisation aux dangers que pose le travail en matière de sécurité pour ces valeurs⁵⁹. Il convient également de recruter des personnels issus d'horizons politiques et de contextes sociaux relativement diversifiés.

133. La nécessité pour le personnel compétent de traiter des problèmes transnationaux complexes posés par le terrorisme suppose également un recrutement large et une formation aux divers contextes sociaux, politiques et religieux⁶⁰. Pour retenir le personnel compétent, les conditions de travail doivent être excellentes. Le personnel d'une agence de sécurité est soumis à une pression psychologique particulière liée à l'importance vitale de leur travail et à la nécessité de préserver le secret, parfois même à l'égard de leurs collègues proches.

134. Si des contrôles internes stricts sont une condition préalable à tout contrôle effectif de l'exécutif sur l'agence de sécurité, un contrôle exécutif strict sur l'agence de sécurité est un préalable indispensable au contrôle parlementaire, étant donné que l'accès du Parlement aux services de renseignement dépend généralement de l'exécutif. Ce raisonnement est moins vrai en ce qui concerne les systèmes d'examen/d'autorisation par des experts, dans la mesure où ces derniers disposent de leurs propres accès aux agents et aux renseignements. Néanmoins, comme nous l'évoquions précédemment, des difficultés particulières peuvent survenir dans l'exercice du contrôle par le gouvernement sur ce volet particulièrement hermétique de l'administration publique.

135. L'un des moyens d'exercer le contrôle consiste à décréter que le responsable de l'agence de sécurité intérieure doit être nommé par le chef de l'État ou le gouvernement. D'autres fonctionnaires de haut rang du système peuvent eux aussi être nommés par une autorité exécutive, sachant que cette dernière peut normalement aussi démettre de leurs fonctions le responsable de l'agence et d'autres fonctionnaires de haut rang. Ce pouvoir de recruter et de révoquer est destiné à maintenir l'agence sous le contrôle de l'exécutif⁶¹. Il s'agit à l'évidence d'un pouvoir dont il peut être abusé et qui doit de ce fait être soumis à certaines contraintes (voir ci-dessous para 190 et Section VIII E). Cela étant, le pouvoir de nommer et de démettre le responsable de l'agence sera souvent insuffisant pour exercer un contrôle sur l'agence dans son ensemble. Comme évoqué précédemment, la connaissance est source de pouvoir et le renseignement en matière de sécurité est et doit être « cloisonné » (voir ci-dessus paras 114 et 86). En particulier, si le chef de l'agence n'est pas lui-même un expert du monde du renseignement, et s'il ne peut se reposer sur un encadrement loyal et efficace, il existe de nombreux moyens pour cacher totalement ou partiellement à la direction de l'agence ce qui s'y passe.

⁵⁷ Voir par exemple la Loi hongroise CXXV de 1995 sur les services nationaux de sécurité, Section 26 « l'organisation interne et les règles détaillées de fonctionnement des services nationaux de sécurité, ainsi que leur chaîne de commandement, doivent être définies de manière à ce que la responsabilité individuelle puisse toujours être établie » (traduction non officielle).

⁵⁸ Voir par exemple la Loi hongroise CXXV de 1995 sur les services nationaux de sécurité, Section 27.

⁵⁹ Voir, par analogie, l'Arrêt de la CEDH dans *Makaratzis c. Grèce* du 20 décembre 2004, sur la nécessité d'un cadre législatif et administratif pour la formation des agents des forces de l'ordre à l'usage des armes à feu. Voir également Comité des Ministres, Rec 2005(10) Chap II p.12.

⁶⁰ Commission Arar, Rapport sur les événements concernant Maher, Analyse et Recommandations, op. Cit. p. 327.

⁶¹ Commission de Venise, CDL-INF(98)6, p. 5.

136. Le problème inverse peut également survenir, en l'occurrence une direction trop longtemps à la tête de l'agence, contrôlant parfaitement l'agence – ce qui est clairement souhaitable – mais qui exerce aussi une influence considérable sur le gouvernement, ce qui l'est beaucoup moins. Le pouvoir officiel de démettre la direction de l'agence peut s'avérer insuffisant, lorsque le gouvernement ou l'administration craignent d'en user, par peur de voir des informations embarrassantes collectées (ou même soupçonnées d'avoir été collectées) par l'agence divulguées dans la presse ou aux opposants politiques. Pour éviter ce risque, certains pays prévoient une durée maximale de fonction à la tête de l'agence⁶².

137. Pour assurer une vérification impartiale et donner au gouvernement la garantie que les agences agissent conformément à ses politiques, efficacement et correctement, plusieurs États ont créé des postes tels que des Inspecteurs généraux, des Commissaires judiciaires ou des auditeurs, chargés de vérifier les activités du secteur de la sécurité et dotés de pouvoirs légaux leur permettant d'accéder aux informations et au personnel⁶³.

138. De tels mécanismes ont été mis en place principalement dans les États de « common law » et l'idée est née des milieux du renseignement américains, qui disposent à l'heure actuelle d'une douzaine d'Inspecteurs généraux. Ils sont tous indépendants des agences concernées mais assez différents les uns des autres : certains sont établis par la législation (par exemple les Inspecteurs généraux de la CIA et du Département de la Défense), d'autres par des dispositions administratives. Indépendamment de ces distinctions, certains rendent compte au Congrès en même temps qu'à l'exécutif. Plusieurs de ces organes ont des attributions allant jusqu'au contrôle de l'efficacité, à la prévention du gaspillage et à l'audit, parallèlement à la surveillance de la légalité et du respect des politiques.

139. Si l'institution trouve son origine dans la « common law », les avantages qu'elle apporte en termes de renforcement du contrôle par l'exécutif sont liés à sa reprise par d'autres juridictions⁶⁴. Les Inspecteurs généraux opèrent généralement sous le « sceau du secret » : leur fonction principale n'est pas de fournir des assurances publiques en matière de contrôle mais plutôt de renforcer l'obligation de rendre compte à l'exécutif. Ainsi, l'Inspecteur général canadien, parfaite illustration de ce type d'institution, dispose du libre accès aux informations détenues par le Service pour remplir ses fonctions (Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité de 1984, Sections. 33.2 et 33.3). De même, en Bosnie-Herzégovine, l'Inspecteur général exerce une fonction de contrôle interne (Loi sur l'agence de renseignement et de sécurité de Bosnie-Herzégovine, Art. 32). À cette fin, il peut examiner les activités de l'agence, enquêter sur des plaintes, déclencher de sa propre initiative des inspections, des audits et des enquêtes et émettre des recommandations. Il a obligation de faire rapport tous les six mois au Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité et de tenir informés des nouveaux développements, régulièrement et de manière opportune, les principaux acteurs de l'exécutif. Les pouvoirs de l'Inspecteur général lui permettent d'interroger les employés de l'agence et d'accéder aux locaux et aux fichiers de l'agence.

⁶² Par exemple en Espagne, la durée maximale de fonction du Directeur de l'ancienne agence de renseignement espagnole, le Centro de información de la Defensa (CESID) était de cinq ans. Voir par ailleurs, Giménez-Salinas, A. *The Spanish Intelligence Services*, p. 69 dans Brodeur, J.P., Gill, P. et Töllborg, D., (eds), *Democracy, Law and Security: Internal Security Services in Contemporary Europe*, (Ashgate, 2002).

⁶³ Parlement du Royaume-Uni, Commission du renseignement et de la sécurité *Annual Report for 2001-2*, Cm 5542: Annexe 3.

⁶⁴ Aux Pays-Bas par exemple, le Comité de surveillance des services de renseignement et de sécurité (SCISS) a appelé à l'instauration d'un Inspecteur général pour la sécurité, voir rapport annuel 2005-2006 du SCISS, p. 8.

140. La fonction d'un Inspecteur général peut être de renforcer le contrôle de l'exécutif mais aussi de servir de conscience au ministre responsable⁶⁵. L'inspecteur général peut également, comme nous l'évoquions précédemment, rendre compte à des organes parlementaires ou des groupes d'experts externes, les aider de diverses manières (voir ci-dessous para 231) ou intervenir dans le traitement des plaintes (voir ci-dessous para 244).

141. Certains États confèrent à des responsables de haut rang de l'exécutif une autorité générale de supervision sur les agences administratives, y compris parfois l'agence de sécurité. Si, selon le contexte constitutionnel, ces responsables jouissent parfois sur le plan pratique d'une vaste autonomie à l'égard du gouvernement, la supervision qu'ils sont en mesure d'exercer sur une agence de sécurité sera malgré tout souvent limitée. Ceci est dû à la nature particulière du renseignement de sécurité et à la nécessité de bâtir des relations de confiance mutuelle entre l'agence et le superviseur.

142. Ces deux derniers facteurs plaident en faveur d'une supervision spécialisée et continue plutôt que des investigations ad hoc qu'une autorité de supervision générale serait en mesure de conduire.

143. Le « *Rechtschutzbeauftragter* » autrichien est l'exemple d'un organe exerçant une supervision spécialisée et constante. Il s'agit d'un expert indépendant nommé pour une période de 5 ans par le Président de la République, sur proposition du gouvernement, après avis des Présidents du Parlement, de la Cour constitutionnelle et du tribunal administratif. La position et les tâches confiées au « *Rechtschutzbeauftragter* » sont régies par la législation, et il fait rapport tous les ans au ministre de l'Intérieur, ce dernier transmettant le rapport à la Sous-commission spéciale du Parlement.

144. Qu'une institution de ce type rende compte au gouvernement ou au Parlement, dans les deux cas il est essentiel d'en préciser avec soin au plan juridique les compétences, l'indépendance et les pouvoirs. Des institutions indépendantes peuvent être chargées d'examiner l'activité de l'agence au regard d'une ou plusieurs normes : efficience, respect des politiques et cibles du gouvernement, respect des convenances ou légalité⁶⁶. Néanmoins, en toute circonstance, l'institution devra jouir d'un accès sans restriction aux fichiers et au personnel afin de pouvoir conduire une évaluation fiable. Dans la pratique, un organe indépendant de ce type ne pourra probablement examiner qu'une fraction du travail de l'agence. C'est pourquoi certains travaillent par « échantillonnage » des activités et des fichiers de l'agence contrôlée – ce qui incite cette dernière à mettre en place des procédures largement répandues et produit un effet multiplicateur.

145. L'un des domaines pour lesquels le gouvernement (et le Parlement) exigeront des assurances particulières est celui de l'audit financier. L'exécutif et le Parlement ont tous deux un intérêt légitime à veiller à ce que les budgets votés pour le secteur du renseignement soient dépensés de manière légale et efficace. Un audit externe suppose au préalable que des règles internes claires en matière d'autorisation de dépense soient mises en place et scrupuleusement suivies⁶⁷.

146. Comme évoqué précédemment, le renforcement des contrôles gouvernementaux sur une agence comporte aussi certains dangers. Divers mécanismes sont envisageables pour prévenir l'éventualité de manipulation politique et d'abus de la part de l'agence. Une des méthodes consiste à octroyer des garanties juridiques à la direction de l'agence au travers

⁶⁵ Lustgarten, op.cit. p.68.

⁶⁶ Born, H. et Leigh, I., *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practice for Oversight of Intelligence Agencies*, DCAF/Centre des droits de l'homme, Durham, Commission parlementaire norvégienne de contrôle des services de renseignement, 2005, chapitre 22.

⁶⁷ Voir ci-dessous, Section VIII.E.r

d'une sécurité de fonction, de la fixation de limites légales à ce qui peut être demandé à l'agence et de l'établissement de mécanismes indépendants de recours contre les abus. Ces dispositions permettent de lutter à la fois contre les abus de l'agence et les pressions indues exercées sur sa direction. Ainsi, il est courant de trouver des dispositions assurant la sécurité de fonction et prévoyant la révocation en cas d'infraction⁶⁸. Lorsque le personnel des agences de sécurité redoute une manipulation politique irrégulière, il est essentiel qu'il dispose également de procédures permettant un recours en-dehors de l'organisation. Il s'agira par exemple du droit des agents de refuser des instructions gouvernementales déraisonnables (par exemple, de fournir des informations sur les opposants politiques nationaux) et des procédures d'alerte et de plainte.

147. La séparation formelle entre la surveillance par l'exécutif et le contrôle par la direction des agences et de leurs activités est aussi affaire de bon sens. Il est impossible pour des responsables politiques d'assurer un contrôle externe s'ils sont trop étroitement impliqués dans les affaires au jour le jour : l'ensemble du système de surveillance en serait affaibli. Le danger de politisation du cycle du renseignement est lui aussi réel, avec pour conséquence une pertinence limitée de l'analyse et du résultat final.⁶⁹

148. Ceci montre la nécessité de mettre en place une délimitation claire des rôles, distincts mais complémentaires, de l'exécutif et de la direction de l'agence. La législation canadienne établit ce principe dans la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité de 1984, stipulant que le Directeur du service « est chargé de la gestion du Service et de tout ce qui s'y rattache » « sous la direction du Ministre ». De même, la législation polonaise sur les services de renseignement différencie clairement les compétences respectives du Premier ministre et des directeurs des agences (Art. 7 de la Loi sur l'agence de sécurité intérieure et l'agence de renseignement extérieur de 2002).

VIII. Contrôle parlementaire

149. Un organe parlementaire peut se voir confier la mission d'autoriser divers types d'opérations de sécurité. C'est le cas aux États-Unis, où des commissions du Congrès sont chargées d'approuver certains types d'actions clandestines. Il est toutefois plus courant que l'organe parlementaire ne fasse pas partie du mécanisme de contrôle mais qu'il exerce diverses formes de surveillance et d'examen. Le terme « surveillance » – venu des États-Unis – désigne souvent le contrôle parlementaire et les deux termes seront utilisés indifféremment dans la présente étude.

A. Au plan général

150. Plusieurs arguments plaident en faveur de l'implication de parlementaires dans la surveillance des agences de sécurité. D'abord, l'autorité ultime et la légitimité des agences de sécurité découlent directement de l'approbation par les autorités législatives de leurs pouvoirs, activités et dépenses. Deuxièmement, le risque existe de voir ces agences servir des intérêts politiques ou particuliers étroits, plutôt que de l'État dans son ensemble et la protection de l'ordre constitutionnel, si le contrôle démocratique ne s'étend pas à elles. Une approche stable et bi-partisane de la sécurité peut être assurée par un contrôle adéquat, au bénéfice de l'État et des agences elles-mêmes. Par ailleurs, l'implication de parlementaires peut aider à garantir que l'usage fait de l'argent public en matière de sécurité et de renseignement est dûment

⁶⁸ Voir par exemple la Pologne, Article 16, Loi sur l'agence de sécurité intérieure et l'agence de renseignement extérieure de 2002 et Roumanie, Loi 14/1992. Cette dernière prévoit la révocation du Directeur du service roumain de renseignement et du service de renseignement extérieur par un vote en session plénière conjointe des deux chambres du Parlement, sur proposition du Président ou à l'initiative d'au moins un tiers des sénateurs et des députés (Voir rapport du Secrétaire général).

⁶⁹ Voir Gill, P., *Politicization of Intelligence: Lessons From the Invasion of Iraq*, dans Born, H., Johnston, L. and Leigh, I. (eds), *Who's Watching the Spies*, Potomac, Washington, 2005.

autorisé et qu'il en est rendu compte, ce qui est particulièrement important au vu de l'augmentation des budgets des agences depuis le 11 septembre.

151. En dépit de la force de l'argument en faveur de la surveillance par le Parlement, ce mécanisme peut présenter certains dangers. Les agences peuvent devenir l'enjeu de querelles politiques - des parlementaires inexpérimentés étant susceptibles de préférer des accusations ou d'échafauder des théories de complots dans l'hémicycle dans le seul but de se faire de la publicité. Autre danger : des informations confidentielles divulguées à des parlementaires peuvent faire l'objet de fuites dans la presse. Les questions de sécurité sont analysées en détail, y compris les activités peu glorieuses qui risquent de ne pas être attrayantes pour des politiciens cherchant avant tout la reconnaissance publique immédiate de leurs contributions. Lorsque les institutions de l'État sont faibles (par exemple en cas de corruption grave au sein du Parlement), le fait de confier au Parlement la supervision, voire une certaine forme de contrôle sur les activités de l'agence de sécurité risque de compromettre ces activités et le secret dont elles doivent être entourées. En l'absence de stabilité politique de l'État, avec de fréquents changements de gouvernements et de vastes modifications dans la représentation des partis au Parlement, il sera difficile d'assurer un professionnalisme suffisant des parlementaires et difficile pour ces derniers de développer l'expertise continue indispensable pour exercer un niveau correct de contrôle sur le monde mystérieux du renseignement. Le travail d'une agence de sécurité doit rester secret. Il doit ou devrait en être ainsi. Si l'agence souhaite dissimuler des informations à un enquêteur amateur, à temps partiel, pour un motif ou un autre, bon ou mauvais, elle sera probablement en mesure de le faire. Ce facteur réduit considérablement la valeur de l'un des moyens habituels utilisés pour obtenir des informations de l'exécutif ou des agences exécutives, en l'occurrence les questions parlementaires. Il en va de même d'un autre mécanisme de contrôle parlementaire, en l'occurrence les commissions ad hoc d'enquête parlementaires. Dotées de pouvoirs considérables pour obtenir des renseignements et interroger des témoins, ces commissions peuvent être de puissants outils d'investigation dans beaucoup d'États. Mais les difficultés pour pénétrer le milieu du renseignement que rencontrent des parlementaires qui ne sont pas en contact permanent avec ce monde peuvent en réduire considérablement l'efficacité⁷⁰. C'est pourquoi, le reste de cette section sera consacrée aux méthodes permanentes et continues de contrôle par un organe parlementaire de surveillance, nommé et conçu expressément pour traiter des questions de sécurité et de renseignement.

152. La dimension constitutionnelle ne doit pas être perdue de vue. Dans un système présidentiel, le Président élu a une légitimité démocratique. La constitution peut expressément ou implicitement réserver, en tout ou partie, le contrôle des questions de sécurité intérieure à l'exécutif (à la seule exception éventuelle d'un contrôle budgétaire minimal confié au parlement). Une relation antagoniste avec le Parlement à propos de la « propriété » de la sécurité intérieure peut intervenir, notamment lorsque le parti du Président n'est pas majoritaire au Parlement. Le contrôle de la sécurité intérieure peut tourner à la querelle de partis. Pour certaines ou toutes ces raisons, l'État peut choisir de mettre en place un organe de surveillance formé d'experts en lieu et place d'un organe parlementaire. Autre solution : lorsque l'État est doté d'une seconde chambre dont les membres sont moins liés aux partis politiques ou en poste plus longtemps, il peut choisir d'établir l'organe au sein de cette seconde chambre.

B. Mandat et fonctions de l'organe de surveillance parlementaire

153. Sous l'angle d'une comparaison entre divers pays, la solution la plus fréquemment retenue consiste pour le Parlement à créer un organe unique de surveillance pour l'ensemble des principales agences de sécurité et de renseignement, plutôt qu'un organe spécifique pour chaque agence.

⁷⁰ Les spécialistes américains en sciences politiques ont appelé les enquêtes périodiques les « alertes au feu », par opposition aux « patrouilles de police » permanentes et limitées. Voir McCubbins, M. D. et Schwartz, T., *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols vs. Fire Alarms*, 28 *American Journal of Political Science*, 165-179 (1984).

154. L'intérêt d'un organe unique est qu'il facilite la surveillance. Comme les différents rouages du renseignement travaillent en étroite coopération les uns avec les autres, l'organe de surveillance doit être en mesure de franchir les frontières entre les agences. Par conséquent, des dispositifs de surveillance conçus pour superviser des agences séparées peuvent être entravés s'ils aboutissent à des informations fournies par ou à une agence située hors de leur champ d'intervention légal.

155. Il existe d'autres solutions très différentes de ce modèle d'organe parlementaire unique de surveillance pour l'ensemble des agences. Aux États-Unis, des commissions distinctes du Congrès, chargées du contrôle légal des services de renseignement, sont en place à la Chambre des Représentants et au Sénat. Au Royaume-Uni, le mandat du Comité parlementaire de renseignement et de sécurité ne couvre qu'une partie des organes de renseignement. Le service militaire de renseignement (*Defence Intelligence Staff*), le Comité Conjoint du Renseignement (*Joint Intelligence Committee*) et le service de la police chargé du renseignement en matière criminelle (*National Criminal Intelligence Service*) ne relèvent pas de son mandat, bien que dans la pratique et avec la coopération du gouvernement, le comité s'est également penché sur leurs activités⁷¹.

156. Les attributions de ces organes parlementaires de surveillance varient grandement. Certains ont le pouvoir d'examiner les opérations menées par les agences de renseignement : ainsi, les comités du Congrès américain et l'organe de contrôle du Bundestag allemand sont tous les deux en droit d'être informés des opérations menées par les agences⁷². Si un organe parlementaire de surveillance est en mesure d'examiner les opérations de renseignement, il sera à l'évidence capable d'en rendre compte avec davantage de crédibilité. Même lorsqu'une commission de surveillance dispose de pouvoirs étendus (par exemple celui de contraindre l'agence à produire des preuves), il est inévitable que certains détails opérationnels soient exclus de ses comptes-rendus au Parlement ou au grand public. L'inconvénient potentiel d'un organe de surveillance travaillant sous le sceau du secret de cette manière est qu'une barrière risque de se dresser entre lui et le reste du Parlement.

157. Des relations trop étroites entre l'organe de surveillance et les agences dont il est chargé présentent également un danger potentiel. Par voie de conséquence, si l'obligation faite à l'agence d'avertir l'organe de contrôle de certaines actions semble apparemment renforcer la surveillance, elle peut aussi interdire ultérieurement à l'organe de surveillance de porter des critiques sur des questions opérationnelles⁷³. Si l'organe de surveillance est chargé d'approuver certains types d'opérations, par exemple des surveillances, ces responsabilités font de lui un élément du système de contrôle et lui interdisent ainsi d'exercer la fonction d'organe de recours, ne pouvant enquêter sur ses propres agissements⁷⁴.

158. Il est également à noter dans ce contexte qu'une exigence légale de notification préalable de certains types d'opérations peut donner à l'organe de surveillance un faux sentiment de sécurité. Il est difficile de définir exhaustivement tous les types d'opérations à couvrir par une notification. De nouvelles menaces et de nouvelles réponses émergent. En redéfinissant administrativement une autorité ou un pouvoir existants, une agence peut être capable d'engager sans autorisation le type d'opération qui était à l'origine soumis à notification. Ceci

⁷¹ Leigh, I. 2005, *Accountability of Security and Intelligence in the United Kingdom*, dans Born, H., Johnston, L. et Leigh, I. (eds), op. cit.

⁷² Bundestag allemand, Secrétariat de la commission de contrôle parlementaire, *Parliamentary Control of the Intelligence Services in Germany*, Berlin: Bundespresseamt, 2001 et plus généralement ; Hirsch, A. *Die Kontrolle der Nachrichtendienste : vergleichende Bestandsaufnahme, Praxis und Reform*, Berlin : Duncker & Humblot, 1996.

⁷³ Il s'agit de l'expérience faite par l'organe de contrôle norvégien, Voir le document No. 15. Rapport til Stortinget fra kommisjonen som nedsatt av Stortinget for å granske påstander om ulovlig overvåking av norske borgere, avgitt till Stortingets presidentskap 28 mars 1996 (« Rapport Lund »), pp. 434-439.

⁷⁴ Voir également ci-dessous, para 247.

est une autre illustration de l'importance des contrôles internes et de l'engagement du personnel au respect des valeurs démocratiques⁷⁵.

159. A l'inverse, un organe de surveillance parlementaire limité à l'examen de la politique, de l'administration et des finances des agences (comme c'est le cas au Royaume-Uni) est en mesure de remplir plus facilement son rôle dans l'arène publique et peut agir avec moins de contraintes liées au caractère secret de l'agence.

160. Cette approche peut nuire à l'efficacité du contrôle parlementaire du respect de la politique du gouvernement par les agences de sécurité et de renseignement. Pour l'évaluer, l'accès à certains détails opérationnels est indispensable. Ceci implique également de se pencher sur les questions de légalité (y compris le respect de la Constitution, ce qui est le cas en Roumanie)⁷⁶ ou du respect par l'agence des droits de l'homme (comme avec la commission norvégienne⁷⁷). À moins d'être fondé sur des preuves tangibles du comportement de l'agence concernée, le contrôle parlementaire semblera creux.

161. Même lorsqu'un organe parlementaire a accès aux détails opérationnels, à moins qu'ils ne fassent partie intégrante du processus d'approbation (voir ci-dessous para 193), ces détails seront probablement ex post facto, et ne concerneront que rarement les opérations à venir ou en cours. Tout le problème est de savoir à quel moment une opération est terminée. Le fait que les opérations de sécurité suivent leur cours peut facilement être mis en avant pour éviter tout examen par un organe de surveillance. Là encore, ceci suppose de nouer des relations de confiance mutuelle entre l'agence et l'organe de surveillance.

162. Les pouvoirs conférés à l'organe de surveillance seront à l'évidence influencés par les tâches qui lui sont déléguées. Ceci explique pourquoi l'approche de certains États a consisté à confier des attributions larges puis à détailler les questions spécifiques qui ne peuvent faire l'objet d'investigations⁷⁸. À l'inverse, d'autres États ont élaboré une longue liste des fonctions de surveillance dont est chargé l'organe parlementaire de surveillance (par exemple les États-Unis, Section 13, Règlement de la Commission du renseignement du Sénat américain). Le champ de l'exécutif pour déterminer le mandat exact d'un organe parlementaire peut naturellement être limité par la Constitution ou les traditions constitutionnelles concernant les privilèges parlementaires.⁷⁹

163. Un organe de surveillance qui a également pour fonction d'examiner les questions de légalité, d'efficacité et de respect des droits de l'homme aura besoin d'un accès à des informations plus spécifiques qu'un organe dont le seul rôle est de juger de la politique suivie.

⁷⁵ Aux États-Unis, par exemple, l'exécutif est légalement obligé d'informer pleinement et en permanence les commissions du Congrès en charge des questions de renseignement des activités en cours dans ce domaine. Par ailleurs, les Dispositions pour la surveillance par le Congrès américain font obligation au Président d'informer les comités chargés du contrôle légal des services de renseignement de toutes les opérations secrètes, y compris des lacunes patentes, avant que l'action ne soit autorisée par un décret présidentiel secret (Constitution américaine, Titre 50, Section 413). Dans la Loi budgétaire du renseignement de 1991, le Président a promis de continuer à informer par avance le Congrès dans la plupart des cas, tout en insistant sur la flexibilité en temps de crise. Voir par ailleurs Johnson, L., *Governing in the absence of angels: On the practice of intelligence accountability in the United States*, dans Born, H., Johnson, L. and Leigh, I., op. cit., pp. 64-65.

⁷⁶ Rapport du Secrétaire général, Réponse du gouvernement de Roumanie.

⁷⁷ La loi relative au contrôle des services de renseignement, de surveillance et de sécurité. Loi No. 7 du 3 février 1995; Sejersted, F., *Intelligence and Accountability in a State without Enemies*, dans Born, H., Johnston, L. and Leigh, I. (eds), op. cit.

⁷⁸ Par exemple le Royaume-Uni, Loi sur les services de renseignement de 1994, Section 10. Cf Allemagne, PKGrG § 1(1).

⁷⁹ Voir par exemple l'Allemagne où la Loi sur le contrôle parlementaire des activités des services fédéraux de renseignement de 1978, telle qu'amendée, (ci-après PKGrG) § 4 para 2. précise que le nombre de membres des PKGr, sa composition et ses pratiques de travail doivent être établis dans une résolution parlementaire de création.

De même, il aura un argument de plus en faveur d'un droit d'accès aux documents (plutôt qu'aux renseignements et témoignages livrés par des témoins identifiés). Cet accès est également fonction du contrôle (examen) de sécurité opéré sur ses membres, étudié dans la section suivante.

164. Les systèmes varient également quant aux comptes-rendus faits des renseignements sensibles. Ainsi, aux États-Unis, l'obligation d'être informé s'impose non seulement à l'organe de surveillance, mais également à l'exécutif. Un autre exemple intéressant est la commission de contrôle hybride/parlementaire en place en Norvège, qui peut demander toute information qu'elle juge nécessaire, y compris des informations opérationnelles. Toutefois, si l'agence de sécurité informe la commission que ces renseignements sont particulièrement sensibles, dans la pratique la commission modère ses demandes. La commission garde le dernier mot quant aux informations qu'elle juge utile à l'exercice de sa tâche, mais le gouvernement peut décider en dernier recours de demander à l'agence de ne pas les divulguer. Mais ceci impliquerait un conflit ouvert avec la commission, ce que les deux parties souhaitent éviter⁸⁰. Comme évoqué précédemment, un tel système présuppose un haut niveau de confiance mutuelle entre la commission et l'agence de sécurité.

165. L'étendue de la capacité d'investigation indépendante dont devrait disposer un organe de surveillance dépend de ses fonctions et du degré de fiabilité qu'il accorde aux informations qui lui sont fournies par le gouvernement et les agences de sécurité dont il a la charge. Si l'examen de cet organe dépasse le cadre de la politique, il devrait disposer au minimum d'une capacité d'investigation résiduelle qui lui soit propre. Ceci suppose d'avoir du personnel. À l'occasion, il peut être nécessaire d'interroger de manière systématique des agents de sécurité, de comparer leurs réponses et de les analyser. Les informations obtenues par l'organe de surveillance, par exemple une évaluation des risques, peuvent parfois être comparées utilement à d'autres sources, par exemple des études universitaires et des données comparatives.

166. Certains pays ont décrété explicitement que l'organe de contrôle est également en droit d'obtenir des renseignements et des documents de la part d'experts, par exemple de « *think tanks* » ou d'universités. Ainsi, au Luxembourg la Commission parlementaire de contrôle peut décider, à une majorité des deux tiers et après consultation du Directeur des services de renseignement, d'être assistée par un expert⁸¹. Ceci permet de recueillir d'autres avis que ceux du gouvernement et du service en question. Les rapports publiés par les divers organes parlementaires et groupes d'experts nationaux constituent une autre source fort utile d'information. En dépit des divergences dans les contextes constitutionnels des divers États, les questions de sécurité et de renseignement et les problèmes posés par la surveillance sont très similaires. Comme expliqué ci-après, il y a toujours place pour un renforcement de la coopération institutionnalisée entre les organes de surveillance nationaux, même sur des questions plus confidentielles, dans les limites de la législation sur le secret qui régit leurs activités⁸².

167. Quel que soit le niveau d'accès aux informations qui leur est octroyé, les organes de surveillance sont à l'évidence tenus de fournir de gros efforts pour prévenir toute divulgation non autorisée de renseignements et de documents relatifs à des questions sensibles (à propos de certaines personnes) et/ou à la sécurité nationale. La divulgation non autorisée d'informations peut non seulement nuire à la sécurité nationale, mais aussi à la confiance indispensable à des relations efficaces entre l'organe de contrôle et les services. Toute divulgation non autorisée par un membre de l'organe de surveillance peut entraîner des

⁸⁰ Voir Sejerstedt, op. cit.

⁸¹ Article 14 (4), Loi du 15 Juin portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat, Memorial-Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, 2004, A-No. 113.

⁸² Voir également ci-dessous, para 189.

sanctions en vertu de la législation sur le secret⁸³. Il incombe également aux membres de cet organe d'adopter un comportement adéquat dans le traitement d'informations classifiées. Les fuites d'informations sensibles affecteront à coup sûr négativement la surveillance.

168. Il est possible de prévoir différents mécanismes chargés de faciliter l'obtention d'informations par l'organe parlementaire. Comme évoqué plus haut, un organe parlementaire peut disposer de son propre personnel, qui devra bien sûr jouir d'une expertise dans ce domaine. Ce personnel devra avoir assumé précédemment des fonctions liées au renseignement, encore que pour éviter les problèmes de loyautés partagées et des relations trop étroites avec l'agence contrôlée (« capture de l'organe de contrôle par l'agence »), il n'est habituellement pas approprié que ce personnel continue de servir au sein de l'agence et qu'il soit simplement détaché auprès de l'organe de surveillance.

169. Les membres du personnel qui étaient autrefois agents de renseignement, s'ils sont loyaux envers l'organe de surveillance, peuvent aussi jouer un rôle important dans l'instauration d'une confiance mutuelle entre l'organe de surveillance et l'agence de sécurité. Ce personnel peut par ailleurs servir un objectif important, celui d'assurer la continuité de l'expertise lorsque la composition de l'organe parlementaire change.

170. Au lieu ou en plus d'affecter à l'organe de surveillance son propre personnel, il est aussi possible de charger un Inspecteur général nommé par l'exécutif d'enquêter sur une question particulière et d'en faire rapport à l'organe de surveillance. Il peut par ailleurs être demandé à un Inspecteur général d'établir un rapport général pour le Parlement dans son ensemble, comme c'est le cas en Afrique du Sud. Une institution de ce type permet de contourner le sceau du secret en offrant l'assurance publique qu'une personne indépendante, ayant accès aux informations pertinentes, a examiné les activités de l'agence de sécurité ou de renseignement même si, inévitablement dans le cas d'un rapport général, la plupart des données sur lesquelles repose l'évaluation du travail de l'agence doivent rester secrètes. Dans certains États, néanmoins, le fait qu'un agent de l'exécutif, responsable devant le gouvernement, serve à l'occasion le Parlement ou un organe parlementaire peut poser des difficultés d'ordre constitutionnel.

171. Un dernier point à noter quant au mandat de l'organe de surveillance a trait à ses rapports. Le plus souvent, l'organe parlementaire rendra compte au Parlement et sera en mesure de décider du moment où il le fait, de la fréquence de ses rapports et de leur contenu. La publicité, ou la crainte de la publicité, est un moyen pour s'assurer de la réactivité du gouvernement, quels que soient les problèmes identifiés par l'organe de surveillance et quelles que soient les critiques ou les recommandations émises. Cela étant, le contenu du rapport peut à l'évidence être sensible et diverses méthodes permettent de concilier la franchise et l'impératif du secret. Le système allemand est à mentionner à cet égard : le rapport de l'organe de contrôle est secret, mais l'organe peut, à une majorité des deux tiers, lever cette exigence⁸⁴. De cette manière, il détient un outil important de négociation dans les relations avec le gouvernement tout en minimisant le risque de critiques à caractère purement politique.

172. Même lorsque la commission parlementaire a le dernier mot sur le contenu du rapport, la nécessité qui est la sienne d'entretenir des relations de travail professionnelles avec l'agence de sécurité signifiera qu'en général elle acceptera la demande de l'agence de sécurité de ne pas révéler d'informations précises. Un organe parlementaire qui n'a que le pouvoir de produire un rapport annuel et non pas de rapport spécial n'est pas en mesure d'attirer l'attention du public et des parlementaire sur des activités qui nécessitent une réponse urgente. S'il ne peut pas contrôler la fréquence de ses rapports, il risque, au moins occasionnellement, de voir son rapport perdre tout impact politique. Au final, s'agissant de rapports identifiant des problèmes,

⁸³ Voir, par exemple la loi norvégienne déjà évoquée relative au contrôle des services de renseignement, de surveillance et de sécurité, 1995, Section 9. Voir également le Code des Etats-Unis Section 413. Dispositions générales pour la surveillance par le Congrès, (d).

⁸⁴ PKGrG, tel qu'amendée, § V, 1.

un certain suivi de la part de l'agence ou du gouvernement est à l'évidence escompté. L'organe de surveillance doit avoir toute liberté pour répondre au suivi et donner son avis quant au règlement, acquis ou prévu, de ce problème.

C. Composition de l'organe de surveillance

173. Les dispositions concernant la nomination des membres d'un organe de surveillance seront inévitablement un facteur clé de la confiance que le public accordera à cet organe et de son succès. L'autonomie renforce la légitimité de deux manières distinctes. D'abord, il y a la question de la « propriété » des dispositions de surveillance - traduite par exemple dans le pouvoir du Parlement de procéder aux nominations et de respecter une représentation pluraliste. Deuxièmement, il est nécessaire d'établir une démarcation claire entre l'organe de surveillance et les agences contrôlées ; ceci fait partie d'une « civilisation » plus générale des sociétés en transition. La présence d'anciens membres des agences de sécurité au sein de l'organe de surveillance (par opposition à leur intégration au sein du personnel de l'organe) peut être une difficulté particulière dans certains États en transition et risque de nuire à la confiance, notamment quand ces agences ont été impliquées dans le maintien d'un ancien régime de type répressif. Ce genre de chevauchement est à éviter - au besoin par une interdiction légale.

174. Il convient d'établir une distinction entre les États où les législateurs endossent eux-mêmes le rôle de surveillance au travers d'une commission parlementaire (par exemple l'Argentine, l'Australie, l'Afrique du Sud, le Royaume-Uni et les USA) et ceux où un comité d'experts a été créé hors du Parlement, dont les membres ne sont pas des parlementaires mais qui rendent compte au Parlement (par exemple la Belgique, les Pays-Bas et le Portugal). Comme évoqué précédemment, il existe également des organes hybrides (en Norvège ou en Suède), et certains États se sont dotés à la fois de commissions parlementaires et de groupes d'experts (par exemple l'Allemagne). Les groupes d'experts sont étudiés dans la Section X.

175. Dans certains systèmes, les règles parlementaires appliquées à la composition des commissions ne laissent que peu de place à la création d'un organe parlementaire de surveillance « sur mesure ». Comme mentionné précédemment, il faut généralement beaucoup de temps pour bâtir une expertise dans les questions de sécurité. Et tous ces efforts seraient réduits à néant par une règle exigeant la rotation des membres de la commission à chaque échéance parlementaire. La capacité de l'organe de surveillance à inspirer le respect de l'agence de sécurité à contrôler, des autres parlementaires et du grand public sera généralement renforcée si ses membres jouissent d'une certaine expérience et de rang supérieur. Néanmoins, les sièges aux commissions sont souvent distribués entre les partis en fonction de l'ancienneté et comme la surveillance d'une agence de sécurité n'est pas très honorifique en soi, il existe un risque évident de voir les membres les plus anciens du Parlement se tourner vers d'autres commissions. Un autre problème a trait aux doctrines constitutionnelles sur les privilèges parlementaires. Le Parlement peut refuser que ses membres soient soumis à un examen de sécurité, avec pour conséquence de sérieuses difficultés pour l'organe de surveillance dans l'accès aux informations.

176. Divers mécanismes ont été expérimentés pour la nomination des membres des organes parlementaires de surveillance. Le chef du gouvernement peut être chargé des nominations (dans le cas du Royaume-Uni après consultation du Chef de l'opposition, voir la Loi sur les services de renseignement de 1994, Section 10). L'exécutif peut proposer des candidats mais c'est au Parlement qu'il incombe de nommer les membres (comme en Australie; après consultation des autres chefs de parti par le Premier ministre, Loi sur les services de renseignement de 2001, Section 14). Dans d'autres pays, le Parlement décide seul de la composition de l'organe de surveillance, comme en Allemagne et en Norvège⁸⁵. Il convient de noter qu'en Allemagne, pour renforcer la légitimité, le Bundestag vote à la majorité l'acceptation

⁸⁵ Voir respectivement PKGrG, § 4 para 1, Loi sur le contrôle des activités des services de renseignement de l'État, 1995, Section 1.

de chaque membre individuel de la Commission parlementaire de contrôle⁸⁶. Enfin, bien que les traditions varient selon les systèmes parlementaires quant à la présidence des commissions parlementaires, la légitimité de l'organe parlementaire de surveillance est généralement renforcée si, au lieu d'être nommé par le gouvernement, le Président est choisi par la commission elle-même. La légitimité sera également renforcée si le Président ou la Présidente est membre de l'opposition (comme en Hongrie, Section 14, 1, Loi No. CXXV de 1995 sur les Services nationaux de sécurité), ou si la présidence est tournante entre l'opposition et le parti au gouvernement (comme il est d'usage en Allemagne).

D. Surveillance et coopération internationale

177. Comme expliqué précédemment, il peut y avoir un vide de contrôle en matière de coopération internationale sur les questions de sécurité. Le législateur peut favoriser le contrôle en créant un cadre juridique dans lequel la coopération avec des agences étrangères n'est permise que dans le respect des principes établis par la loi et après autorisation ou sous surveillance d'un organe parlementaire de contrôle ou un groupe d'experts.

178. Comme le Secrétaire Général l'a souligné dans son rapport, il s'agit d'un domaine où les exemples connus de règles, d'accords ou de bonnes pratiques sont rares. C'est pourquoi la Commission de Venise tentera plutôt d'identifier des modèles abstraits permettant une surveillance adéquate de la coopération internationale.

179. S'agissant de l'exercice du pouvoir public par une agence étrangère (par exemple l'emploi de méthodes d'enquête spéciales, les interpellations, détentions et interrogatoires) sur le territoire d'un autre État, il est essentiel que, s'il devait être permis, il intervienne exclusivement dans le respect des règles constitutionnelles applicables en matière de transfert d'autorité.

180. Les transferts limités de pouvoir public sont une caractéristique d'un certain nombre de traités modernes sur la coopération en matière de police et de douanes⁸⁷. Néanmoins, il est vital que la procédure d'octroi d'une permission à des agences de sécurité étrangères afin qu'elles puissent exercer des pouvoirs de police ou de sécurité soit établie dans la constitution, ou du moins dans la loi. Les décisions d'octroi d'une autorité dans une affaire particulière ne devraient normalement être prises que par l'autorité compétente de l'État, en général le gouvernement ou un de ses ministres, et dûment enregistrées.

181. Des structures de contrôle doivent impérativement être en place pour garantir que l'autorisation d'une agence de sécurité étrangère d'exercer des fonctions de sécurité ou de police dans un autre État n'est pas accordée par des fonctionnaires subalternes ou de niveau intermédiaire de cet autre État. La responsabilité administrative et, lorsqu'elle est applicable, la responsabilité pénale devraient être engagées en cas de tentative non autorisée de transfert de pouvoirs de police ou de sécurité, ou de passivité si un fonctionnaire est au courant ou aurait dû être au courant de l'exercice non autorisé de ces pouvoirs par une agence étrangère sur le territoire de l'État. Le rapport du Secrétaire Général recommande que les organes parlementaires surveillent toutes ces décisions de transfert de pouvoirs de police ou de sécurité. La Commission de Venise considère qu'à titre exceptionnel, certaines raisons peuvent justifier la non-notification préalable au Parlement du transfert de l'autorité d'exercer des pouvoirs de police et de sécurité dans des cas spécifiques, mais que le gouvernement doit par la suite rendre pleinement compte devant le Parlement de ces décisions⁸⁸.

⁸⁶ PKGrG § 4 para 3.

⁸⁷ Voir par exemple l'Article 41 de la Convention du 14 juin 1985 appliquant l'Accord de Schengen entre les gouvernements des États de l'Union économique du Bénélux, la République fédérale d'Allemagne et la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 1990, 30 I.L.M. 84 (1991).

⁸⁸ Voir par exemple la Loi sur l'agence de renseignement et de sécurité de Bosnie-Herzégovine, 2004, Articles 70 et 71, rapport du Secrétaire Général.

182. S'agissant de la question des échanges de renseignements, cette question devrait être régie par la loi ou d'autres règlements pour éviter tout vide de responsabilité. La fourniture tout comme la réception de renseignements doivent être régies par des accords écrits conclus par les autorités concernées⁸⁹. Ces accords devraient être soumis au Parlement ou à des organes de surveillance formés d'experts⁹⁰. Des conditions devraient être attachées aux renseignements communiqués. Il convient de fixer des limites quant aux types de renseignements susceptibles d'être transmis⁹¹ et des exigences pour vérifier leur fiabilité et leur exactitude, avant que la transmission n'intervienne. Par ailleurs, l'agence bénéficiaire doit elle aussi vérifier la fiabilité et l'exactitude des renseignements fournis par un autre État⁹². Un exemple de règle de transfert est livré par la Loi régissant l'agence de renseignement intérieure allemande (BundesVerfassungsschutz), en l'occurrence « L'agence peut communiquer à des services de sécurité et autres étrangers, ainsi qu'à des organisations supranationales ou internationales, des informations concernant les citoyens, lorsque cette communication est indispensable à l'accomplissement de ses missions ou lorsque les intérêts de sécurité supérieurs de l'État bénéficiaire l'exigent. Cette transmission de renseignements prend fin si elle va à l'encontre des intérêts supérieurs de la République fédérale d'Allemagne dans ses relations internationales ou si les intérêts prééminents de la personne privée en cause doivent être protégés. La transmission d'informations doit être enregistrée dans des fichiers publics. Le bénéficiaire doit être informé que les renseignements sont transmis à la condition de n'être utilisés que dans le but spécifique dans lequel ils ont été communiqués. L'agence se réserve le droit de demander des explications sur l'usage fait de ces renseignements par le bénéficiaire »⁹³ (traduction non officielle)

183. Une autre méthode, de plus grande portée, consiste à requérir que les informations ne soient divulguées aux agences de sécurité ou de renseignement étrangères ou aux organes supranationaux que s'ils s'engagent à les détenir et les utiliser en faisant intervenir les mêmes contrôles que ceux prévus dans la législation nationale à l'égard de l'agence qui les divulgue (en plus des lois applicables à l'agence bénéficiaire)⁹⁴. S'agissant de la réception des informations, elle devrait être soumise aux contrôles applicables dans le pays d'origine et aux normes prévues par la législation nationale⁹⁵.

⁸⁹ Voir par exemple la Loi néerlandaise sur les services de renseignement et de sécurité de 2002 (De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten) Article 36(1)(d), 40(1) et 42.

⁹⁰ Voir par exemple la Loi canadienne sur le Service canadien du renseignement de sécurité, Section 17(2) qui stipule qu'un exemplaire du texte des ententes écrites conclues par le Service canadien du renseignement de sécurité avec des gouvernements étrangers ou des organisations internationales doit être transmis au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité immédiatement après leur conclusion.

⁹¹ Voir par exemple l'Article 9 (Conditions et limites de la fourniture de données) de l'Accord de coopération entre la République de Bulgarie et EUROPOL <http://www.europol.europa.eu/legal/agreements/Agreements/15977.pdf> qui précise inter alia que « la transmission des données personnelles révélant l'origine raciale, les opinions politiques ou religieuses ou autres croyances, ou concernant la santé ou la vie sexuelle, auxquelles il est fait référence dans l'Article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel doit être limitée aux cas absolument nécessaires et en complément d'autres informations » (traduction non officielle)

⁹² Voir l'Article 10 de l'Accord entre la Bulgarie et Europol, *ibid.* (Évaluation de la source et des informations). Voir également Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens dans l'affaire Maher Arar, Rapport sur les événements concernant Maher Arar, Analyse et Recommandations, *op. cit.*, p. 334.

⁹³ Bundesverfassungsschutzgesetz (BVErfSchG), Allemagne, 2002, Art. 19 (traduction non officielle).

⁹⁴ Voir par exemple la Loi sur l'agence de renseignement et de sécurité de Bosnie-Herzégovine, 2004, Article 65. Un objectif similaire pourrait à l'évidence être atteint si des normes communes étaient convenues, partant du principe que celles-ci ne sont pas le « plus petit dénominateur commun ».

⁹⁵ Voir Born H. et Leigh, I. *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practice*, chapitre 12.

184. Les renseignements de source étrangère ne devraient en principe pas échapper au contrôle des dispositifs de surveillance des données en place pour les données d'origine nationale. Néanmoins, il se peut que des accords de sécurité particulièrement rigoureux soient en place pour l'accès à ces données⁹⁶. Comme évoqué précédemment, ce qui complique les choses est que l'évaluation de la fiabilité des renseignements suppose de prendre connaissance des informations « brutes », et pas seulement des renseignements « affinés ». Il en va de même de l'évaluation de la légalité des méthodes employées pour obtenir les renseignements (mauvais traitement durant l'interrogatoire, etc.). Une agence étrangère peut être prête à communiquer des renseignements « affinés », par exemple les soupçons qui sont les siens qu'un individu entretienne des liens avec le terrorisme, ou de l'imminence d'une attaque sur une cible donnée, mais pas les informations sur lesquelles reposent ces soupçons.

185. Il risque d'être de plus en plus fréquent qu'une autorité de surveillance ou de supervision dans un État se voit interdire l'accès à des renseignements importants d'origine étrangère sur lesquels reposent en partie les politiques générales ou des opérations spécifiques de sa propre agence de sécurité et qu'elle estime indispensable d'examiner.

186. Lorsque l'agence qui fournit les renseignements refuse que ces données soient soumises aux normes et aux contrôles applicables dans l'État bénéficiaire, plusieurs options sont envisageables. La première est d'imposer à l'agence requérante de refuser les renseignements que l'agence d'origine n'accepte pas de voir examinés par l'organe de surveillance, si elle persiste dans son refus. Cette option sera très mal accueillie par l'agence requérante, surtout si elle a besoin dans la pratique des données sources étrangères pour remplir sa mission de protection de son État et de ses ressortissants.

187. La seconde option consiste pour l'organe de surveillance ou l'autorité de supervision de l'État bénéficiaire à accepter de ne pas accéder aux informations brutes, voire même aux données affinées qui ont été communiquées. Dans ce cas il se contentera d'un document certifiant l'obtention de ces données par des moyens légaux et leur fiabilité sur la base des normes appliquées dans le pays d'envoi, document émis par une quelconque autorité de supervision indépendante ou organe de surveillance équivalents en place dans le pays transmettant les informations.

188. Cette option n'existe pas *inter alia* si les données sont transmises depuis ou vers un pays ayant une réputation douteuse en matière de respect des droits de l'homme, ou s'il n'existe pas d'organe de contrôle indépendant dans l'État d'origine. Dans un tel cas, si l'agence estime malgré tout qu'il est impératif pour des raisons de sécurité que ces renseignements soient transmis/reçus, il devrait lui être posée une exigence de prise en compte des implications en termes de droits de l'homme de ce transfert/de cette réception avant exécution et de limitation des risques liés à une telle coopération⁹⁷. Cette dernière option n'est pas optimale, mais c'est une norme minimale susceptible de concilier sécurité et droits de l'homme⁹⁸.

189. En conclusion, il convient de souligner que le travail en réseau mis en œuvre par les agences de sécurité est une réponse légitime et nécessaire aux menaces posées par les réseaux, à l'instar des réseaux terroristes modernes. La réponse adaptée de la part de l'organe parlementaire de surveillance et/ou des organes de surveillance formés d'experts en place consiste à s'engager également dans un travail en réseau. Les organes

⁹⁶ La Commission européenne des droits de l'homme a accepté, dans l'affaire Volpi c. Suisse (No. 25147/94, 84 DR 106 (1996)), concernant la transmission de données, que des restrictions particulièrement strictes soient appliquées à l'accès à des sources de données d'origine étrangère. Néanmoins, elle a également indiqué que les sources de renseignement étrangères pouvaient être cachées aux membres du public qui avaient eu accès à leurs propres fiches de sécurité (qui ne sont plus actives), n'excluant toutefois pas l'accès à ces informations aux organes de l'État en charge de la protection des données personnelles.

⁹⁷ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens dans l'affaire Maher Arar, Rapport sur les événements concernant Maher Arar, Analyse et Recommandations, 2006, p. 348.

⁹⁸ Ceci ne résoudra toutefois pas le problème de la transmission de données par des organes supranationaux, sauf et d'ici la création d'organes de contrôle supranationaux. Cela étant, les organes supranationaux qui existent n'ont que peu ou pas de capacité indépendante à collecter des renseignements pour l'instant, ils se contentent principalement de recevoir des informations.

parlementaires et les groupes d'experts doivent être en mesure de surmonter les obstacles posés au contrôle en partageant les informations qu'ils obtiennent sur la coopération en matière de renseignement, bien sûr dans les limites des règles de secret qui leur sont applicables. Et pour finir, ils peuvent échanger en termes généraux des informations sur les « meilleures pratiques » concernant les tendances et les problèmes qu'ils rencontrent dans le cadre de leur travail et en mettant mutuellement à disposition les éléments publiés des enquêtes et des rapports. Un modèle d'une telle coopération est par exemple à chercher dans les réunions périodiques des organes de surveillance de la police dans les États européens⁹⁹.

E. Autres domaines dans lesquels le Parlement peut se voir confier un rôle de contrôle

190. Le fait d'intégrer des freins et contrepoids à la gouvernance par l'exécutif des agences a pour objectif de rallier divers représentants des partis politiques ou d'impliquer des institutions politiquement neutres. Dans les deux cas, la légitimité de l'agence et la qualité de ses décisions sont renforcées. Ces freins et contrepoids peuvent revêtir deux formes : une approbation ou confirmation extérieure de certaines décisions ou une obligation, moins forte, d'informer les acteurs externes des affaires sensibles ou prêtant à controverse. L'existence même de telles obligations est susceptible d'exercer un effet dissuasif et de servir de garde-fou pour l'agence.

191. Une participation extérieure ou un examen minutieux de la nomination du directeur de l'agence de sécurité peut être une garantie du même ordre. Le processus de nomination d'un chef d'agence peut permettre de renforcer et de garantir la nature du poste et d'assurer que les qualités indispensables de leadership, d'intégrité et d'indépendance sont bien respectées. Dans certains pays (notamment au Royaume-Uni et en Suède), les garanties contre les abus en matière de nominations à des postes officiels de ce genre reposent sur des conventions qui, si elles ne sont pas respectées, engendrent des critiques politiques. D'autres pays ont recours à des procédures de consultation ou de confirmation formelles, permettant au Parlement de poser son veto ou d'exprimer un avis sur la nomination en question. Une exigence constitutionnelle peut s'ajouter et imposer l'approbation par le Parlement des nominations officielles ou tout ou moins laisser la possibilité de les bloquer au moyen d'un vote parlementaire (pratique courante par exemple aux USA). Afin de recueillir un large soutien politique pour la nomination du directeur, des accords peuvent prévoir une prestation de serment professionnel devant le Président de la Commission parlementaire (comme c'est le cas en Belgique au titre de la Loi organique de 1991 du contrôle des services de police et de renseignement, Art. 17).

192. Les instructions politiques constituent un autre domaine suscitant des préoccupations quant aux garanties. L'exigence légale selon laquelle certaines instructions ministérielles doivent être formulées par écrit¹⁰⁰ peut aider à assurer un contrôle en empêchant « le déni plausible » et en interdisant même, dès le départ, de donner des instructions contestables au risque de générer une « traçabilité écrite »¹⁰¹. Par ailleurs, l'exigence imposant de divulguer les instructions ministérielles hors de l'agence peut servir de dispositif de contrôle. La loi canadienne, par exemple, stipule que de telles instructions doivent être communiquées à l'organe d'examen tandis que la législation australienne exige leur transmission au plus tôt à l'Inspecteur général du renseignement et de la sécurité une fois l'ordre passé (Loi de 1984 sur le Service canadien du renseignement de sécurité, s. 6(2), et Loi australienne de 1986 sur

⁹⁹ Voir, la plus récente conférence publiée des organes de contrôle et d'inspection de la police, http://www.igai.pt/publicdocs/Papers_Conference2005.pdf.

¹⁰⁰ Voir par ex. la Loi de 1995 sur les Services de sécurité nationale, Hongrie, Section 11, la Loi hollandaise de 2002 sur les Services de renseignement et de sécurité, Article 19 et la Loi de 1984 sur le Service canadien du renseignement de sécurité, Sections 7(1) et (2).

¹⁰¹ Voir paragraphe 132 ci-dessus. Voir également la Loi australienne de 2001 sur les Services de renseignement, s. 8(1) qui impose aux ministres responsables du service australien de renseignement et de celui en charge de la sécurité électronique des transmissions de la défense, de communiquer aux chefs d'agence des instructions écrites sur les situations où les agences fournissent des renseignements sur les Australiens.

l'Inspecteur général du renseignement et de la sécurité, 1986, Section 32B, respectivement). Comme noté précédemment (voir paragraphes 117-119 ci-dessus), une traçabilité écrite s'avère particulièrement importante dans le cadre des accords internationaux de coopération.

193. Pour maintenir une approche bi-partite en matière de sécurité et de renseignement, il est essentiel de veiller à inclure dans le « sceau du secret » d'éminents hommes politiques de l'opposition. Un certain nombre de pays ont inscrit dans leur législation ce type d'exigences constitutionnelles ou statutaires¹⁰². Le danger de telles directives est la cooptation. Il devient alors encore plus difficile par la suite de critiquer une politique – même de légalité douteuse – alors que l'on en a eu précédemment connaissance.

194. L'audit est une autre facette du contrôle parlementaire. La différence entre l'audit des services de renseignement et de sécurité par rapport à celui d'autres organes publics tient principalement aux modalités de comptes-rendus. Dans de nombreux pays, les rapports publics annuels du Service de renseignement et de sécurité (par ex. aux Pays Bas) ou de l'instance parlementaire de surveillance (notamment au Royaume-Uni) incluent des déclarations relatives aux conclusions des audits financiers. Des mécanismes spéciaux de rapport sont habituellement en place et visent à protéger la continuité des opérations, les méthodes et les sources des services¹⁰³. Toutefois, comme pour le traitement des plaintes, une certaine ingéniosité est de mise dans la conception de systèmes garantissant la protection des secrets tout en assurant aux personnes chargées de l'audit un large accès aux informations classifiées nécessaires pour pouvoir certifier que les services ont employé, conformément à la loi, les fonds gouvernementaux. Naturellement, des restrictions limitées peuvent être posées à l'accès accordé à un Auditeur général, afin de protéger l'identité de certaines sources d'informations et les détails d'opérations particulièrement sensibles¹⁰⁴. Mais même dans ce cas de figure, un Inspecteur général peut avoir un rôle à jouer.

IX. Contrôle et autorisation juridictionnels

195. Le contrôle juridictionnel des services de sécurité intérieure peut revêtir différentes formes. Pour commencer, les mesures spéciales d'enquête, telles que les écoutes et enregistrements téléphoniques et la vidéosurveillance, font l'objet, durant une période à priori et/ou d'un examen a posteriori, d'une autorisation préalable¹⁰⁵. Il s'agit d'une pratique courante dans les États européens¹⁰⁶.

¹⁰² Par exemple en Suède, le chapitre 10, section 6 de l'Instrument de gouvernement prévoit un mécanisme officiel chargé d'informer les dirigeants des partis d'opposition des questions importantes de politique nationale ou étrangère abordées par le Conseil des Affaires étrangères (Utrikesnämnden). Le même devoir d'informer régulièrement les partis d'opposition des principales questions en matière de sécurité est stipulé au Portugal dans la Loi sur la Sécurité intérieure, Article 7 (Rapport du Secrétaire Général).

¹⁰³ Par exemple en Géorgie, un groupe de cinq membres du Parlement effectue un contrôle budgétaire des programmes spéciaux des services secrets (Rapport du Secrétaire Général). Au Royaume-Uni, seul le Président de la Commission des comptes publics et celui du Comité de renseignement et de sécurité sont pleinement informés des résultats de l'audit financier (y compris de la légalité et de l'efficacité des dépenses, de la survenance d'éventuelles irrégularités, et du dépassement ou non du budget par les services).

¹⁰⁴ En Espagne, conformément à l'article 11 de la Loi 11/2002, un Comité parlementaire spécial est chargé de contrôler le budget du Centre national du renseignement (CNI) et informé de ses activités et de l'avancement des tâches confiées par le gouvernement. Le Directeur du CNI participe aux travaux du comité de sa propre initiative ou sur demande du comité. Les seules informations gardées secrètes ont trait aux sources du CNI et à ses méthodes de collecte d'informations, ainsi qu'aux informations reçues des agences de renseignement étrangères ou d'organisations internationales. Pour d'autres exemples de modèles, voir Born and Leigh, op. cit. chapitre 20.

¹⁰⁵ Il n'existe pas de définition unique de ce que l'on entend par « technique spéciale d'enquête ». Au sens technique, il s'agit du recours aux enregistrements et écoutes téléphoniques, à la vidéosurveillance et à d'autres mesures électroniques pour surveiller des suspects. Ce domaine fait d'ailleurs l'objet d'une évolution technologique constante. Dans un sens plus général, ce terme couvre toute technique considérée comme suffisamment grave par la législation nationale (sur la base de dispositions et de la pratique constitutionnelles) pour requérir une autorisation de justice. En tant que tel, il peut également s'agir du recours à des opérations d'infiltration, à des identités secrètes, aux perquisitions secrètes et aux témoins à charge. Voir Conseil de

196. Deuxièmement, les autorités judiciaires exercent bien entendu un contrôle dans les affaires portées devant les tribunaux ayant trait à des questions de sécurité, et notamment dans les procès au pénal pour des infractions en matière de sécurité, mais également dans le cadre de plaintes d'ordre constitutionnel, civil ou administratif déposées par une personne alléguant un abus de la part de l'agence de sécurité¹⁰⁷. Dans les affaires civiles et pénales, le droit à un procès équitable est inscrit à l'Article 6 de la CEDH (voir para 212 ci-dessous). La mesure dans laquelle les tribunaux peuvent servir de mécanismes de contrôle dans les affaires civiles et pénales dépend de divers facteurs, inter alia des « circonstances particulières de la procédure », de l'immunité publique, des appréciations nationales de la justiciabilité et des exigences en vigueur.

197. Troisièmement, dans certains États (par ex. en France), les juges d'instruction, éventuellement spécialistes des questions de sécurité, peuvent se voir confier un contrôle de surveillance générale des enquêtes en cours en matière de sécurité. Ce contrôle de surveillance peut s'ajouter au rôle (semi) indépendant dévolu par l'État au Procureur, qui, comme évoqué précédemment, peut d'un point de vue constitutionnel faire partie de l'appareil judiciaire de l'État.

198. Il convient également de noter que dans certains États (par ex. au Royaume-Uni), les juges, en raison de leur prestige et de leur expertise en terme de procédure pénale, sont aussi susceptibles de se voir confier la présidence de commissions ad hoc chargées d'enquêter dans de prétendues infractions à la loi commises par des services de sécurité intérieure. Une autre possibilité est envisageable dans les pays où de telles instances existent : des juges en exercice ou à la retraite peuvent être désignés pour participer en tant que membres ou assurer la présidence de groupes d'experts permanents en charge des autorisations et/ou des examens (voir ci-après, section X). Ces deux derniers exemples ne devraient toutefois pas être perçus comme un examen ou une autorisation judiciaire, mais plutôt comme un engagement judiciaire dans des comités d'experts ou parlementaires permanents ou ad hoc d'enquête.

199. S'agissant des autorisations de justice de recourir à des mesures spéciales d'enquête, les approches adoptées pour définir avec précision quelles sont les mesures suffisamment graves pour requérir une décision de justice varient quelque peu selon la portée et la force des droits constitutionnels dans l'État concerné et notamment celles du droit à la vie privée. La jurisprudence de la Cour EDH à propos de l'Article 8 influe aussi sur cette question¹⁰⁸. Dans certains États, tels qu'au Royaume-Uni, les juges ne participent pas aux enquêtes pénales en matière de sécurité si ce n'est pour autoriser ou examiner des mesures spéciales. Dans d'autres pays, des juges spécialisés peuvent exercer un contrôle relativement strict des enquêtes pénales sur un plan général. La nature de ce contrôle dépend avant tout en pratique du degré de contrôle exercé par le Procureur sur les opérations de police, puis du degré de contrôle exercé par le juge sur tout ou partie de l'enquête. Dans ce deuxième volet, le moment exact où l'enquête est considérée comme devenant par nature « judiciaire » est essentiel. Néanmoins, même dans ces États, il peut exister des mesures spéciales (par ex. de surveillance pour raison de sécurité) classées « administratives » ou « de renseignement »

l'Europe, *Terrorism: Special investigative techniques*, 2005 pp. 13-17. Voir également la définition proposée dans la Recommandation 2005(10) du Comité des Ministres, Chap I.

¹⁰⁶ La loi et la pratique dans ce domaine sont réunies dans la publication *Terrorism: Special investigative techniques*, *ibid*.

¹⁰⁷ Pour des exemples récents, voir la Décision du Conseil Constitutionnel français concernant les réquisitions administratives de données techniques de connexion, 275-332, 19 janvier 2006; la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le filtrage préventif de données, 24 mai 2006, 1 BvR 518/02, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr0 et l'arrêt de la Cour suprême du Canada sur la détention pour raison de sécurité dans l'affaire *Charkaoui c. Canada*, 2007 SCC 9.

¹⁰⁸ Voir Commission de Venise, *Avis sur la vidéosurveillance dans les lieux publics par les autorités publiques et la protection des droits de l'homme*, CDL-AD(2007)014, et les arrêts de la CEDH, en particulier *Peck c. Royaume-Uni*, du 28 janvier 2003 et *Tsavachidis c. Grèce*, *op. cit*.

plutôt que « d'enquête pénales » et soumises à une autre procédure, non judiciaire, d'autorisation/examen¹⁰⁹.

200. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne*, la CourEDH a exprimé sa nette préférence pour un système de contrôle judiciaire, déclarant que la prééminence du droit « implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière¹¹⁰. La Cour a ajouté que la surveillance stratégique et la surveillance des services de renseignement (non censées conduire à des poursuites pénales) peuvent, sous certaines conditions, être soumises à l'autorisation ou à l'examen d'un groupe d'experts.

201. La CourEDH présente ainsi le contrôle juridictionnel comme un mécanisme de protection des droits individuels. Toutefois, une bonne part du travail effectué pour raison de sécurité ne doit pas être considéré comme portant atteinte aux droits constitutionnels d'un individu, ou à ses droits au titre des règles pertinentes de procédure pénale (par ex. la collecte d'informations sur une personne à partir de banques de données ou de sources publiques). Selon le système constitutionnel en question, le fait d'ouvrir un fichier thématique, organisationnel voire même personnel, ne soulève pas de problème de violation des droits individuels, bien que la CEDH ait désormais clarifié que cela impliquait une restriction au titre de l'Article 8(1) qui convenait d'être justifiée en vertu de l'Article 8(2)¹¹¹.

202. Il convient en particulier de mentionner ici le phénomène « d'extraction de données ». Les enquêtes réalisées par de nombreuses forces de police et agences de sécurité européennes concernent des personnes individuelles. Ces enquêtes doivent être au minimum motivées par la présence d'indices laissant supposer la commission ou planification par un individu d'un délit pénal grave pour justifier la collecte d'informations à son sujet¹¹². D'autres États néanmoins permettent à la police ou aux agences de sécurité de procéder à des recoupements de banques de données avec différentes variables sans aucun soupçon d'infraction réelle. Les données recueillies sont ensuite analysées et les critères de recherche progressivement affinés. Les informations finalement obtenues peuvent servir de fondement à des enquêtes pénales ou à des opérations de renseignement ultérieures dirigées contre des personnes individuelles ou des groupes. Il peut n'y avoir aucune implication judiciaire dans ce processus, sauf et jusqu'à l'ouverture officielle d'une enquête pénale ou de poursuites pénales. Une telle utilisation des données ainsi que le développement de technologies de surveillance pro-active sophistiquées (télévision en circuit fermé, données biométriques, etc.), faisant appel à des variables de recherche de ce type, ont suscité bien des inquiétudes en matière de droits de l'homme, notamment en ce qui concerne le profilage racial¹¹³.

¹⁰⁹ Voir, par ex. concernant la France, *Terrorism: Special Investigative Techniques*, op. cit., p. 157 et concernant l'Allemagne, l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Weber et Saravia*, op. cit.

¹¹⁰ CourEDH, Arrêt dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne*, para 55. La Cour poursuit : « La Cour estime en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge en un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels et pourraient entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique tout entière » (para 56). La compatibilité de la législation allemande réformée a été confirmée dans l'affaire *Weber et Saravia c. Allemagne*, op. cit.

¹¹¹ CourEDH, *Amman c. Suisse*, op. cit., paras 65, 69 et 70. Voir aussi *Rotaru c. Roumanie*, op. cit. et *Tsavachidis c. Grèce* op. cit.

¹¹² Cela étant, le sérieux de la garantie dépend de plusieurs facteurs, notamment du niveau de suspicion nécessaire et de la manière dont sont structurées les infractions concernées. Les infractions à la sécurité ont tendance à « commencer » tôt. Lorsqu'elle est du ressort de la partie générale du droit pénal (tentative, conspiration, complicité), peu de preuves sont requises pour justifier un soupçon sérieux de commission d'une infraction pénale particulière.

¹¹³ La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) prépare actuellement une recommandation de politique générale (No. 11) préconisant une définition et l'interdiction du profilage racial dans la loi et imposant l'établissement d'une norme de soupçon raisonnable dans l'exercice des pouvoirs d'investigation de la police. La recommandation propose également de former la police à la définition du profilage

203. Ainsi, une bonne part du travail de sécurité ne s'inscrit pas dans le cadre de procédures juridiques préalables à un procès et est de ce fait susceptible d'échapper à tout contrôle juridictionnel¹¹⁴. C'est également le cas dans les pays qui disposent d'une police de la sécurité qui, sur le plan formel, enquête uniquement sur des affaires d'infractions liées à la sécurité, à l'instar de la Suisse, la Suède et la Norvège. Cela s'applique aussi, bien que dans une moindre mesure selon qu'une enquête (pénale) judiciaire prime ou non sur une opération de renseignement, aux pays dans lesquels les juges d'instruction exercent un contrôle relativement strict des mesures de sécurité sur un plan général.

204. Néanmoins, l'obligation d'autorisation judiciaire préalable au recours à des techniques spéciales d'enquête présente un intérêt manifeste : l'agence de sécurité doit faire l'effort de « s'ouvrir » et convaincre une personne indépendante de la nécessité d'une mesure particulière. Ce processus subordonne les questions de sécurité à la loi et permet en tant que tel d'institutionnaliser le respect de la législation. Si elle fonctionne correctement, l'autorisation judiciaire aura un effet *préventif*, elle dissuadera les applications non louables et/ou réduira la durée d'exécution d'une mesure spéciale d'enquête¹¹⁵. L'Assemblée parlementaire a précédemment exprimé une nette préférence pour une autorisation judiciaire préalable à l'usage de mesures spéciales d'enquêtes (en fonction du type de mesures)¹¹⁶.

205. La simple implication de juges dans le processus d'autorisation ou d'examen, ne constitue cependant pas toujours une garantie effective pour les droits de l'homme. Pour commencer, la valeur du contrôle juridictionnel dépend de toute évidence de l'*indépendance* des juges, tant dans la loi que dans les faits, à l'égard de l'exécutif¹¹⁷. Cette indépendance est quant à elle fonction de la législation et des pratiques constitutionnelles de l'État en question, ainsi que de sa culture judiciaire et politique.

racial et à l'emploi de normes en matière de soupçons raisonnables. Voir aussi les rapports sur le profilage ethnique publiés en décembre 2006 par le Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux <http://cridho.cpd.r.ucl.ac.be/AVIS%20CFR-CDF/Avis2006/CFR-CDF.Opinion4-2006.pdf>, et le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Rapport de Martin Scheinin, Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, 29 janvier 2007, disponible sur : <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/4session/A.HRC.4.26.pdf>. L'utilité du profilage racial a également été remise en question, voir, *inter alia*, Bakker, E., « Jihadi terrorists in Europe, their characteristics and the circumstances in which they joined the jihad: an exploratory study », La Haye, Institut Clingendael, 30 janvier 2007. Un autre aspect de ce type d'approches technologiques « préventives » qui mérite un plus ample examen est la mesure dans laquelle elles sont promues par des entreprises intéressées à vendre leurs propres produits, et tournant à leur avantage la nécessité qu'ont les gouvernements de répondre aux craintes (fondées ou exagérées) des citoyens en termes d'insécurité. Voir Bigo et al, op.cit.

¹¹⁴ Cf. Commission Arar, Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale, 2006, p. 487 « le choix des cibles des enquêtes, les méthodes de collecte et d'échange d'information et les méthodes d'enquête en général ne feront pas l'objet d'examen judiciaire, de couverture médiatique ou de discussion publique ». Voir aussi Lustgarten, op.cit. qui souligne que le paradigme judiciaire de l'adjudication est très éloigné de l'examen permanent du comportement d'une organisation, de ses priorités, de ses politiques, etc. (p. 57).

¹¹⁵ Ce fut la conclusion d'une étude comparative du nombre de mandats émis sous l'ancien système canadien d'autorisation ministérielle (avant 1984) par rapport au nouveau système d'autorisation à la fois ministérielle et judiciaire. Voir Brodeur, J. P., « Parliamentary vs. Civilian Oversight », dans Töllborg, D. (ed), *National Security and the Rule of Law*, (Université de Gothenburg, 1997) en page 88. L'auteur conclut en affirmant que quelles que soient les lacunes du contrôle juridictionnel, les données laissent entendre que les conditions sont meilleures avec que sans.

¹¹⁶ Recommandation 1402 (1999)1, Contrôle des services de sécurité intérieure dans les États membres du Conseil de l'Europe.

¹¹⁷ Voir Commission de Venise, Nominations judiciaires, CDL-JD(2007)001rev; CCJE Avis No. 1(2001) sur les normes relatives à l'indépendance et à l'inamovibilité des juges; Recommandation du Comité des Ministres No. R (94) 12 relative à l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges.

206. La valeur du contrôle juridictionnel dépend ensuite de *l'expertise* des juges concernés en matière d'évaluation des risques posés à la sécurité nationale et du juste équilibre entre ces menaces et des violations des droits de l'homme. Un juge spécialisé en droit pénal saura aller au cœur du problème et poser les bonnes questions, celles qui embarrassent. Il aura également l'expérience nécessaire pour évaluer la valeur probante des preuves et sera conscient de l'importance cruciale de ne pas négliger les droits du suspect au profit de l'intérêt public, surtout lorsque ce dernier n'est pas en mesure de se défendre.

207. Il convient néanmoins de dire que les infractions terroristes, malgré leurs similitudes avec le crime organisé, en diffèrent par certains côtés. S'agissant de l'identification des réseaux de soutien aux terroristes, des connaissances politiques (et religieuses) spécifiques, ainsi qu'un bon sens commun, s'avèrent nécessaires pour établir la distinction entre les personnes à la limite du radicalisme mais essentiellement non-violentes de nature et celles qui embrassent activement la cause du terrorisme¹¹⁸. Par ailleurs, la surveillance destinée à assurer la sécurité intervient généralement à un stade précoce d'une enquête et est de nature exploratoire dans la mesure où il s'agit davantage d'identifier des réseaux que de collecter les preuves particulières d'une action criminelle spécifique commise par des suspects précis. En d'autres termes, ce n'est pas tant les soupçons concrets au moment où s'impose une surveillance qui posent problème, mais plutôt que les autres moyens d'obtenir des informations semblent voués à l'échec.

208. Même pour un juge spécialisé, l'invocation de la « sécurité nationale » est convaincante et traduit la nécessité d'une action urgente et décisive. L'argument de la sécurité nationale peut de toute évidence être utilisé à mauvais escient, et pourtant on constate une tendance à l'employer à l'excès. Si elle veut bien faire son travail, l'agence de sécurité sera naturellement encline à faire preuve de prudence et à donner la priorité au besoin d'obtenir des informations grâce à des actions de surveillance plutôt qu'à l'intégrité personnelle du groupe d'individus - potentiellement nombreux - soumis à cette surveillance¹¹⁹. Un juge volontaire doté d'une grande expérience antérieure dans le traitement de ce genre de demandes sera probablement à même de mettre en doute la proportionnalité des évaluations des experts et de résister à la tentation de faire fi quasi systématiquement de l'intégrité. D'un point de vue psychologique, la tendance à octroyer des autorisations sera plus marquée dans un État, qui par exemple pour des raisons de séparation des pouvoirs, ne dispose pas de procédure pour vérifier, sans parler de critiquer, le nombre et la durée des autorisations judiciaires accordées.

209. Dans beaucoup d'États, un important frein à l'usage par la police ordinaire des techniques spéciales d'enquête est le fait qu'elles soient éventuellement notifiées au suspect et/ou risquent de susciter des critiques lors d'un procès au pénal ultérieur. Mais dans la plupart des États, la majorité des affaires de sécurité ne finissent pas devant les tribunaux. Et les exigences de notification susceptibles d'être posées dans la législation nationale ne s'appliqueront probablement pas en raison d'une exception explicite en cas d'infraction à la sécurité ou parce qu'il sera considéré que l'enquête suit son cours¹²⁰. Dans de telles situations, le juge chargé de délivrer des autorisations pourra être tenté de conclure qu'il est peu probable que quiconque cherche à s'informer de la surveillance entreprise et que de fait, il n'y a aucun « préjudice » à agir ainsi. L'expérience d'un certain nombre de pays tels que la Norvège et la Suède montre que dans le passé, les juges étaient trop disposés à prendre pour argent comptant les

¹¹⁸ Voir par exemple le rapport de la Commission McDonald, p. 868. Ceci plaide en faveur de juges spécialisés et spécialement formés. Voir également Marin, J.C., *Lutte contre le terrorisme et état de droit*, vingt ans d'expérience française, document de conférence non publié, Ottawa 9 février 2006 et ci-dessus paras 132-133.

¹¹⁹ Voir par exemple Feldman, D, *Human Rights, Terrorism and Risk: The Roles of Politicians and Judges*, 2006 Public Law 364.

¹²⁰ La CouEDH a estimé qu'il s'agissait d'une raison légitime de ne pas informer l'intéressé dans l'affaire *Klass c. Allemagne*, op.cit. para 58.

évaluations des menaces faites par les agences de sécurité¹²¹. Cette tendance a motivé l'introduction dans ces États de mécanismes de suivi composés d'experts, en complément des procédures d'autorisations judiciaires, afin d'évaluer le nombre d'autorisations de ce type accordées au moment de la violation de l'intégrité par rapport aux renseignements utiles obtenus grâce à la mesure (voir paragraphes 237-239 ci-dessous).

210. Il existe plusieurs dispositifs qui restreignent la capacité d'un tribunal à examiner l'ensemble des éléments de preuve ou à aller au cœur du problème : la légitimité de la mesure en question. Déclarer secrets certains documents essentiels ou limiter d'une manière ou d'une autre l'étendue de l'examen, peut permettre de préserver la « coquille » du contrôle juridictionnel tout en la vidant de sa substance¹²².

211. Gardant à l'esprit l'importance de l'expertise dans ce domaine, il existe des arguments très forts en faveur d'un niveau de formation et de spécialisation indispensable pour les juges chargés des procédures d'autorisations et/ou du contrôle des enquêtes sur un plan général ainsi que pour les tribunaux devant lesquels sont portées des affaires civiles, pénales et administratives de sécurité. C'est l'approche adoptée par plusieurs États, à l'instar de la France où les enquêtes et poursuites des infractions à la sécurité sont concentrées entre les mains de juges spécialisés et de juges d'instruction du Tribunal de grande instance de Paris. L'Espagne connaît une concentration similaire au niveau du Tribunal central spécialisé Audencia Nacional, tout comme le Canada, où des juges spécialement désignés de la Cour fédérale sont chargés d'examiner les demandes de surveillance émises par le Service canadien du renseignement de sécurité et de traiter des affaires touchant à l'immigration et à la liberté d'accès à l'information avec une dimension sécuritaire. Aux États-Unis, des mandats de justice sont nécessaires pour les enquêtes pénales et s'agissant des « agents d'une puissance étrangère », la Loi relative au contrôle des services de renseignement étrangers (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) a confié pendant près de deux décennies à des juges spécialisés la tâche d'approuver les opérations de surveillance des services de renseignement¹²³. Au Royaume-Uni, des Commissaires de justice désignés sont en charge des autorisations/examen des opérations de surveillance en vertu de la loi de 2000 sur la réglementation du pouvoir d'investigation.

212. Parallèlement, la spécialisation présente également des risques. Certains exprimeront de la défiance quant au fait de retirer les affaires de sécurité aux tribunaux de droit commun pour les confier à des tribunaux dotés de juges et de juges d'instruction/procureurs spécialement choisis et désignés¹²⁴. Cela étant dit, la Cour européenne et la Commission des droits de l'homme ont accepté les tribunaux spécialisés, même dans les affaires de sécurité, tant qu'existent des garanties suffisantes d'indépendance du judiciaire à l'égard de l'exécutif et que les poursuites en justice sont pour le reste équitables¹²⁵.

¹²¹ Norvège: Rapport Lund, pp. 352-355, Suède: Säkerhetstjänstkommission, SOU 2002:87, pp. 365-383.

¹²² Lustgarten, L. et Leigh I., op cit, chapitre 12.

¹²³ Pour une étude du travail du FISC (Foreign Intelligence Security Court), voir Manget, F., « Intelligence and the Rise of Judicial Intervention », dans Johnson L.K., (ed.), *Handbook of Intelligence Studies*, (Routledge, 2006), 333.

¹²⁴ Voir le principe 22 des Principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression et l'accès à l'information adoptés par une coalition d'ONG en 1998 (dans 20 HRQ, 1998).

¹²⁵ Le test standard établi par la Cour (CEDH, *Campbell et Fell c. RU* arrêt du 28 juin 1984, para 78) est que l'exigence d'indépendance impose des garanties quant au mode de nomination des juges, à la durée de leur mandat, à l'existence de garanties contre des pressions extérieures et sur le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance ». Dans *Eccles, McPhillips et McShane c. Irlande* No. 12839/87, 59 DR 212 (1988), la Commission a estimé que les juges d'un tribunal pénal spécial en charge d'affaires liées au terrorisme étaient suffisamment indépendants dans la pratique. Dans *Ciraklar c. Turquie*, 28 octobre 1998 et un certain nombre d'affaires subséquentes, la Cour n'a pas considéré que les Cours de sûreté de l'État, telles qu'instaurées en Turquie, satisfaisaient aux exigences posées à l'Article 6. Voir également l'Association du barreau international, la task force sur le terrorisme international de l'International Bar Association, *International Terrorism: Legal Challenges and Responses* (Le terrorisme international : défis et réponses juridiques), 2003, pp. 73-75.

213. Le « durcissement » constitue un autre risque. Le groupe de juges et de procureurs disposant d'une habilitation de sécurité peut être si restreint qu'il en vient à vivre en vase clos. Les membres de ce groupe peuvent s'identifier davantage aux personnes avec lesquelles elles sont en contact quotidien - les agents des forces de sécurité - qu'à leurs collègues juristes. Le danger est que ces juges deviennent si coutumiers des techniques, informations et évaluations auxquelles ils sont exposés jour après jour, qu'ils en perdent leurs qualités d'indépendance et de vision extérieure suite à un processus d'acclimatation. La conscience indispensable des droits des personnes suspectées risque progressivement de s'amenuiser au fil des années passées en vase clos, aux côtés des services de renseignement de sécurité, et il devient indispensable de mettre en place une certaine forme de recours ou un mécanisme de suivi, même pour les autorisations judiciaires relatives aux techniques spéciales d'enquête. Par ailleurs, sauf si des raisons spécifiques le justifient, un juge ne devrait pas être en charge trop longtemps de l'octroi d'autorisations ou de l'examen en matière de surveillance motivée par la sécurité¹²⁶.

214. La nécessité de trouver un juste équilibre entre le principe d'une « justice ouverte » et les intérêts de la sécurité nationale a conduit certains États à innover. L'une des idées consiste à recourir à des avocats disposant d'une habilitation de sécurité, pour les affaires d'expulsion et d'emploi, et (de plus en plus) dans les affaires pénales¹²⁷. Les secrets d'État sont ainsi protégés sans exclure totalement la possibilité de contester les éléments de preuve au nom du requérant. Cela permet à un juriste dûment accrédité de vérifier le bien fondé de la requête du gouvernement même lorsque le plaignant et son avocat sont exclus de certaines parties du processus légal pour des raisons de sécurité. La CEDH a évoqué de telles procédures en tant que moyens de satisfaire aux exigences de l'Article 6 (le droit à un procès équitable et public, et notamment le principe de l'égalité des armes) dans des affaires liées à la sécurité¹²⁸.

215. Un tel mécanisme pose néanmoins un problème évident dans le cadre d'opérations de surveillance, notamment dans la mesure où la cible n'est pas informée de l'opération proposée et qu'en outre la nécessité d'une action urgente est alléguée. Si l'avocat spécialisé peut contester les preuves sur lesquelles est fondée la décision d'autoriser une opération de surveillance, il n'est par contre pas en mesure de contacter son « client » pour lui demander de plus amples informations. Comme la majeure partie des actions de surveillance liées à la sécurité repose sur des spéculations plus ou moins fondées quant à la réalité ou dangerosité d'une menace particulière, il est important de pouvoir les contrer en avançant un argument convaincant pour plaider l'innocence. Le cloisonnement des services de renseignement de sécurité rend la tâche encore plus difficile. Le risque est que l'avocat devienne l'otage des débats et qu'il ne serve qu'à légitimer une action prévue d'avance.

216. Le mécanisme de sécurité faisant appel à des avocats sélectionnés a, pour toutes ces raisons, essuyé plus de réponses négatives ces dernières années¹²⁹. Plus récemment, la CourEDH a également établi une distinction entre les mesures spéciales d'enquête qu'il est légitime de garder secrètes car leur application doit de toute évidence être ignorée de la personne suspectée et d'autres mesures administratives, telles que l'expulsion, qui peuvent être plus largement dévoilées¹³⁰. Les avocats disposant d'une habilitation de sécurité semblent

¹²⁶ Aux USA par exemple, le mandat des juges de la FIS court (Foreign Intelligence Security Court) est de 7 ans maximum (50 USC Section 1803(d)).

¹²⁷ Voir UK Treasury Solicitor, *Special Advocates: a Guide to the Role of Special Advocates* (Londres, 2005).

¹²⁸ CourEDH, *Chahal c. RU*, op. cit.; *Al-Nashif et autres c. Bulgarie*, op. cit.; *Tinnelly et McElduff c. RU*, op. cit.

¹²⁹ Commission pour les affaires constitutionnelles du RU, *Seventh Report for 2004-5, The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, HC 323-I.

¹³⁰ *Al-Nashif et autres c. Bulgarie* op. cit.

présenter essentiellement un intérêt dans les procédures accusatoires d'affaires liées à des questions de sécurité portées devant les tribunaux civils et administratifs et dans lesquelles la mesure prise est connue des parties mais dont le dossier, pour une raison ou une autre ne peut être totalement dévoilé à l'une des parties. Dans les procédures pénales, les possibilités de restreindre l'accès au dossier sont généralement plus limitées. La CourEDH a autorisé la dissimulation d'informations liées à la sécurité (par ex. l'identité d'un informateur) uniquement en cas de mise en danger réelle de la vie de la personne concernée, en présence d'informations complémentaires sur lesquelles est basée une condamnation et de fortes garanties probantes capables de compenser les éventuels déséquilibres d'égalité des armes¹³¹. Dans une affaire pénale, le recours à un avocat disposant d'une habilitation de sécurité ne satisfera probablement pas aux exigences de l'Article 6. Dans le cadre d'une affaire pénale pour laquelle certaines informations ont été gardées secrètes, la Cour a souligné la responsabilité particulière du juge de fond dans l'examen minutieux de ces plaintes¹³².

217. Hormis ces innovations et pour les raisons évoquées, les tribunaux de droit commun ne semblent pas être le meilleur instrument de contrôle des agences de sécurité et de renseignement ou de réparation de leurs agissements. Cela nous amène tout naturellement à discuter d'autres processus de contrôle (voir ci-dessous Section X) et de traitement des plaintes (voir ci-dessous Section XI).

X. Contrôle par des groupes d'experts

218. Des groupes d'experts peuvent compléter ou remplacer des organes parlementaires ou de contrôle juridictionnel. S'agissant de ces groupes d'experts, les questions générales ont déjà été évoquées dans les sections précédentes. Nous verrons dans la prochaine section qu'ils peuvent également assumer des fonctions en matière de plaintes. Néanmoins, il convient de revenir sur un certain nombre de points liés aux mandats/pouvoirs et à la composition de ces groupes, aux relations entre le groupe d'experts et le Parlement et à ses liens avec le contrôle judiciaire.

219. Un groupe d'experts permet de consacrer d'avantage d'expertise et de temps à la surveillance des services de renseignement et de sécurité. Il permet également d'éviter les risques de clivage politique et de politique politicienne auxquels les commissions parlementaires peuvent être sujettes. Le groupe peut exercer son activité à temps plein ou partiel, mais même dans ce dernier cas, la surveillance sera certainement plus constante que si elle était effectuée par une instance parlementaire dont les membres défendront bien d'autres responsabilités et intérêts politiques. La durée d'exercice des membres peut excéder celle d'un mandat électoral standard, ce qui présente un avantage indéniable dans la mesure où, comme nous l'avons mentionné précédemment (voir ci-dessus para 77), l'apprentissage du renseignement est une action de longue haleine.

220. Comme pour un organe de surveillance parlementaire, le mandat du groupe d'experts peut être institutionnel, c'est-à-dire qu'il peut être établi en vue d'exercer uniquement la surveillance d'une instance de sécurité interne spécifique (à l'inverse de l'examen fonctionnel que nous aborderons ci-après). Au Canada, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) qui surveille de l'extérieur les opérations du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) en est un exemple. Différents États européens s'en sont inspirés pour créer leurs propres groupes d'experts.

221. Néanmoins comme évoqué ci-dessus, en confiant à un groupe d'experts la responsabilité de surveiller une agence spécifique, le problème est aujourd'hui que différentes agences de sécurité coopèrent les unes avec les autres dans un « spectre de sécurité ». En particulier, la police peut opérer conjointement avec une agence de sécurité, formant ainsi une réponse

¹³¹ Voir par ex.. *Monika Haas c. Allemagne*, op. cit.

¹³² Voir en particulier *Rowe et Davis c. RU*, No. 28901/95, 16 février 2000 et *Cameron*, 2000, op. cit. pp. 308-318.

intégrée, ou l'une peut agir par l'intermédiaire de l'autre. Au Canada, ce fossé était visible durant un temps et des propositions ont récemment été faites pour compléter le suivi effectué par le CSARS par un groupe chargé d'examiner toutes les activités de sécurité nationale sous l'égide et la direction de la police¹³³. Une meilleure approche, inscrite par exemple dans la législation hollandaise, consiste à octroyer des pouvoirs opérationnels d'examen¹³⁴.

222. Il est toutefois important de définir prudemment l'étendue de l'examen afin d'éviter les conflits sur la question de savoir si une activité particulière relève du mandat du groupe et d'éviter les chevauchements avec d'autres mécanismes de contrôle, notamment le contrôle judiciaire sur les pouvoirs de la police ou la responsabilité ministérielle envers le Parlement¹³⁵.

223. L'étendue du mandat, c'est-à-dire le type de surveillance exercé, peut également varier. Par comparaison, on peut identifier au moins six types différents de surveillance générale, présentant des chevauchements partiels, et garantissant la légalité, l'efficacité (l'agence atteint-elle réellement ses objectifs), l'efficience, la budgétisation et la comptabilité, le respect des conventions des droits de l'homme pertinentes et pour finir, les aspects politiques/administratifs des services de renseignement¹³⁶.

224. Par ailleurs, le mandat d'un groupe d'experts peut également être plus circonscrit et ne couvrir que certaines activités de l'agence ou des agences de sécurité, telles que leur recours à une forme particulière de surveillance, par ex. la *Commission Nationale du Contrôle des Interceptions de Sécurité* (CNCIS) française ou le contenu de banques de données relatives à la sécurité à l'instar du Conseil suédois du registre (*Registernämnd*) ou du *Rechtsschutzbeauftragter* autrichien.

225. S'agissant des organismes de surveillance sur un plan général, la distinction, qui s'applique également à la surveillance parlementaire, entre l'examen des politiques globales et celui des activités opérationnelles est un aspect particulièrement important. Comparativement à une instance parlementaire, le problème de la vérification de l'intégrité des membres d'un groupe d'experts ne se posera probablement pas. Ainsi d'une manière générale, il sera plus facile de donner accès à un groupe d'experts aux documents très sensibles.

226. La composition du groupe d'experts dépendra en partie du mandat qui lui est confié. Si l'objectif du groupe est de garantir le respect de la loi par l'agence de sécurité, il est raisonnable de partir du principe que plusieurs de ses membres seront des juristes ou disposeront d'une formation juridique. Les juristes sont formés à se forger une bonne opinion, à peser le pour et le contre de différents intérêts. Néanmoins, en fonction de la culture juridique de l'État, ils peuvent être moins enclins à mettre en doute la légitimité de jugements discrétionnaires tant qu'ils restent dans les limites acceptables en matière décisionnelle. Si le groupe dispose d'un mandat

¹³³ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, op. cit, pp. 477-479.

¹³⁴ L'organisme de surveillance, le SCISS, supervise le Service général du Renseignement et de la Sécurité (AIVD), le Service des renseignements et de la sécurité militaires (MIVD) et d'autres instances, telles que la police *dans la mesure où elles exercent des activités du AIVD et MIVD* ainsi que le coordinateur des services de renseignement et de sécurité placé sous l'autorité du Cabinet du Premier Ministre (voir la Loi du 7 février 2002 sur les services de renseignement et de sécurité, Articles 1 et 4).

¹³⁵ Par exemple, le mandat du « Comité R » belge était à l'origine très large, il a par la suite été quelque peu réduit par la loi en 1999. Voir van Oustrive, L., *Intelligence Services in Belgium: A story of legitimation and legalisation*, p. 50 dans Brodeur, J.P., Gill, P. and Töllborg, D., (eds), *Democracy, Law and Security: Internal Security Services in Contemporary Europe*, (Ashgate, 2002).

¹³⁶ Born et Leigh, op. cit. chapitre 15. Pour un exemple, voir la Section 2 de la Loi norvégienne relative au contrôle des services de renseignement, de surveillance et de sécurité. Loi No. 7 du 3 février 1995 qui prévoit que l'objectif du contrôle est de « s'assurer et prévenir tout exercice d'injustice envers quiconque, et de garantir que les moyens d'intervention employés n'excèdent pas ceux prévus en de telles circonstances ; veiller à ce que les activités ne causent pas de préjudice injustifié à la vie civile ; garantir que les activités restent dans le cadre du droit écrit spécifique, des directives administratives ou militaires et du droit jurisprudentiel (...) » (traduction non officielle).

plus large, il est préférable de nommer des experts issus de différents milieux, des historiens, des criminologues, des politologues, etc.

227. Si le problème des instances de contrôle parlementaires peut être résumé par le mot « compétences », celui des groupes d'experts peut l'être par celui de « légitimité ». Il a trait à la fois à la création du groupe, au mode de sélection des membres et à qui et sur quoi il fait rapport. Pour ce qui est de sa création, il est hautement recommandé pour la légitimité du groupe d'experts et ses bonnes relations avec le Parlement, qu'il soit établi par la loi. Ceci s'applique même aux États dont la Constitution ou les traditions constitutionnelles donnent la primauté au Président élu pour les affaires de politique étrangère et de défense. Pour que le groupe d'experts soit en mesure d'assurer de manière convaincante, devant le Parlement et le grand public, l'absence de tout abus de pouvoirs, il faut au préalable que le Parlement ait reconnu de son plein gré que le contrôle est mieux exercé par un groupe d'experts indépendant que par une instance parlementaire. Il est par ailleurs nécessaire d'établir des liens institutionnels entre les deux organes afin de maintenir la confiance du Parlement dans le groupe d'experts.

228. S'agissant de sa composition, un groupe d'experts ne sera pas formé d'hommes ou de femmes politiques ayant acquis au fil des ans et aux yeux du public la réputation de compétence et d'intégrité et ayant été élus, souvent à plusieurs reprises, par les citoyens qu'ils représentent. Il sera généralement plutôt composé de personnalités moins connues du grand public. Le groupe d'experts étant rarement en mesure de dévoiler publiquement les fondements de ses conclusions, le public devra lui faire confiance. L'un des moyens de conforter cette confiance consiste à révéler, dans la mesure du possible compte tenu des considérations d'ordre sécuritaire, ce qui a motivé ses conclusions. L'autre possibilité est d'impliquer le Parlement dans le processus de sélection des membres du groupe et de demander ou laisser le groupe faire rapport au Parlement. Il existe différents moyens de faire participer le Parlement à la sélection des membres. Le gouvernement peut par exemple nommer les membres après consultation de l'ensemble des parties représentées au Parlement, ou tout au moins de leurs responsables. Le Parlement peut lui-même en choisir et en nommer les membres. Le gouvernement peut désigner les membres à partir d'une liste soumise par le Parlement. Quelle que soit la méthode adoptée, il est essentiel pour la légitimité du groupe d'experts que ses membres soient dans l'ensemble considérés comme apolitiques, ou en cas d'appartenance à un parti, que le groupe respecte un juste équilibre politique¹³⁷.

229. En ce qui concerne ses pouvoirs, un groupe d'experts en charge de fonctions de surveillance générale, devrait être susceptible, à l'instar d'un organe de surveillance parlementaire, de fixer son propre ordre du jour. De la même façon, il devrait être en mesure de produire des rapports spéciaux, ainsi qu'un rapport annuel. L'une des raisons justifiant l'instauration d'un groupe d'experts plutôt qu'un organe parlementaire est que le gouvernement peut confier au premier la tâche d'enquêter et de rendre compte sur une affaire spécifique tandis qu'il ne sera pas en position d'exiger la même chose du second. Néanmoins, comme mentionné précédemment, une part importante de la légitimité d'un groupe d'experts tient à sa capacité de démontrer le travail accompli grâce à la publication de son rapport. Si la décision de publier tout ou partie du rapport incombe au gouvernement, le groupe sera perçu comme une instance gouvernementale. Un simple contrôle du gouvernement sur le calendrier peut affaiblir la légitimité du groupe, dans la mesure où le gouvernement peut manifestement décider de publier le rapport à un moment où il aura un moindre impact politique. Les mécanismes susceptibles de régler les différends quant au contenu du rapport ont déjà été discutés précédemment (voir para 171).

230. Pour concilier l'attribution de tâches par le gouvernement et le principe d'indépendance, et préserver ainsi la légitimité d'un groupe d'experts, la solution consiste à permettre à la fois l'attribution des tâches par le gouvernement et les enquêtes proprio motu. Dans le premier cas, le gouvernement exerce un certain contrôle sur l'ordre du jour et le plein contrôle sur la

137

Voir van Ostrive, op.cit. pour des observations critiques de la politisation du Comité R belge.

publication du rapport final. Dans le second cas, c'est le groupe d'experts qui a le dernier mot. Dans les États ayant opté pour un modèle double de ce type, par exemple la Belgique, il n'y a pas eu dans la pratique d'attribution des tâches, en raison précisément du pouvoir d'enquête proprio motu¹³⁸.

231. Comme déjà évoqué dans le contexte de la surveillance parlementaire, il est important que le groupe bénéficie du soutien d'un effectif réduit de personnels expérimentés¹³⁹. C'est d'autant plus important si le groupe d'experts exerce à temps partiel. Le personnel assure une certaine continuité et facilite également l'établissement d'une relation de confiance avec l'agence supervisée. Comme nous l'indiquons, il est aussi possible de confier à un Inspecteur général la mission d'assister le groupe d'experts lors d'enquêtes portant sur une question de sécurité particulière. La faisabilité et l'opportunité d'une telle assistance dépendront de la structure constitutionnelle de l'État et surtout de la mesure dans laquelle il adhère au principe de séparation des pouvoirs ainsi que de sa perception du principal problème de la surveillance du service de sécurité : s'agit-il de la surveillance de l'usage fait de l'agence par le gouvernement (politique politicienne) ou de l'impénétrabilité de l'agence proprement dite (l'État dans l'État) ? Si l'Inspecteur général est perçu comme faisant à coup sûr partie de l'exécutif, il pourrait ne pas être jugé opportun, pour différentes raisons selon les États, de rendre un groupe d'experts ou un organe parlementaire dépendant de l'exécutif dans un domaine aussi crucial que celui de l'accès aux informations sur d'éventuels actes répréhensibles.

232. S'agissant de la relation entre un groupe d'experts doté d'un pouvoir général de contrôle et le Parlement, il convient de souligner qu'elle doit être fondée sur un respect mutuel et une répartition rationnelle du travail entre les deux types d'organe. Si c'est le cas, il peut être particulièrement avantageux de mettre en place à la fois un organe de surveillance parlementaire et un groupe d'experts. Le groupe d'experts agit pleinement sous le « sceau du secret » et risque de ce fait de ne plus être au contact des développements politiques et sociaux et des priorités politiques. Par ailleurs, il ne sera généralement pas en mesure de se défendre face à la presse, au grand public ou au Parlement dans son ensemble. Un organe parlementaire entretenant de bonnes relations avec un groupe d'experts, qui jouit d'un meilleur accès, même s'il n'est pas plein et entier, aux renseignements et d'une meilleure expertise en la matière que le Parlement dans son ensemble, est en mesure d'exercer une communication bilatérale et de garantir au Parlement tout entier et au grand public que le groupe d'experts est au fait des développements politiques et qu'il effectue correctement son travail.

233. A contrario, des problèmes peuvent survenir en l'absence de répartition rationnelle du travail. On peut distinguer deux situations distinctes. Dans la première, le groupe d'experts a un devoir explicite de rendre compte à une commission parlementaire spécifiquement créée pour surveiller les questions de sécurité et de renseignement ou à des commissions parlementaires existantes ayant une compétence plus large en matière de justice et de défense. Dans une telle situation, il est important d'éviter le chevauchement des juridictions, au risque de générer dans le pire des cas des conflits entre les deux organes concernés, par ex. quel organe est habilité à enquêter sur telle question et pourquoi. Dans la seconde situation, il n'existe pas de relation formelle de ce type avec une commission parlementaire et le groupe d'experts fait uniquement rapport au gouvernement. Ce cas de figure peut avoir plusieurs implications négatives, tout au moins lorsqu'une commission parlementaire estime qu'elle dispose de certaines compétences de supervision dans le domaine de la sécurité (ce qui sera presque invariablement le cas, les questions de justice et de défense étant traditionnellement du ressort du contrôle parlementaire). Le fait de ne pas impliquer d'une manière ou d'une autre le Parlement peut facilement susciter amertume et tension. Il se peut par exemple que le Parlement souhaite

¹³⁸ L'attribution des tâches peut intervenir au titre de l'Article 32 de la loi du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services de renseignement et de sécurité. S'agissant de l'absence d'une telle attribution dans la pratique, voir Comité permanent de contrôle des services de renseignement (Comité R), rapport annuel d'activité 2004, www.comiterib.be en p. 5.

¹³⁹ Paras 132-133 ci-dessus. Pour plus de commentaires sur l'expérience canadienne et norvégienne en la matière, voir S. Farson, *Parliament and Their Servants: Their role in scrutinizing Canadian Intelligence*, 15 *Intelligence and National Security* 225-256 (2000) et Sejerstedt, op. cit.

avoir un accès plus large aux renseignements et qu'il tente de forcer le groupe d'experts à les révéler¹⁴⁰.

234. Hormis l'obligation explicite de faire rapport à une commission parlementaire et d'autoriser le groupe d'experts à lui livrer des informations secrètes, si le groupe d'experts le juge utile, il existe un autre mécanisme permettant d'instaurer des relations satisfaisantes entre un groupe d'experts et un Parlement. Ce dernier peut en effet demander au groupe d'experts de faire rapport sur une question donnée. Cette possibilité est par exemple en place aux Pays-Bas, bien qu'il n'en ait été fait usage qu'à une seule occasion pour l'instant¹⁴¹.

235. Comme mentionné précédemment, un groupe d'experts peut avoir une forme hybride : il peut être composé d'une part d'hommes et de femmes politiques en activité, notamment de membres en exercice du Parlement, et d'autre part d'experts. Le Conseil suédois du registre (Swedish Register Board, chargé de la surveillance des banques de données relatives à la sécurité) en est un exemple : formé de deux députés choisis au sein des deux principaux partis, et de trois juristes (un avocat exerçant en privé et nommé par le Conseil du Barreau, un juge, et un autre avocat, disposant des qualifications requises pour exercer de hautes fonctions judiciaires, en tant que Président). Dans le meilleur des cas, un tel organe hybride peut combiner légitimité et expertise et présenter un grand intérêt. Ce modèle est généralement considéré comme un succès en Suède, tant par les observateurs indépendants que par la police de la sécurité. Un autre exemple de modèle hybride est la Commission G-10 allemande, dont les membres experts sont liés aux partis politiques même s'ils ne sont pas (pour l'instant) membres du Bundestag. La mesure dans laquelle ces modèles hybrides sont applicables à d'autres États dépend de leur adhésion à une stricte séparation des pouvoirs et des problèmes essentiels qu'ils envisagent pour la surveillance de la sécurité.

236. Le Conseil suédois du registre est l'exemple d'un groupe d'experts doté de pouvoirs de supervision limités, plutôt que généraux. Les médiateurs chargés de la protection des données et les inspectorats de protection des données sont d'autres formes d'organes de supervision des bases de données. L'institution autrichienne du « *Rechtsschutzbeauftragter* » en est un exemple (voir ci-dessus para 143).

237. Lorsque des médiateurs chargés de la protection des données et des inspectorats de protection des données supervisent en permanence l'exactitude, la fiabilité, la légitimité et la proportionnalité des renseignements stockés, ils exercent une fonction de contrôle. Lorsqu'ils se prononcent, ad hoc, sur des plaintes du public concernant le prétendu stockage de données viciées les concernant, ils deviennent procédures de recours (nous en discuterons ci-après). Gardant à l'esprit l'importance cruciale des banques de données pour le travail d'une agence de sécurité, et la distinction déjà mentionnée entre les renseignements de sécurité et les informations « solides » (voir ci-dessus para 86), il est impératif qu'un organe de supervision de ce type existe dans chaque État et qu'il dispose de pouvoirs suffisants, dans la loi et la pratique, pour exercer de manière satisfaisante les fonctions de contrôle. Un médiateur peut être indépendant de l'exécutif, mais s'il n'a pas l'expertise requise en matière de sécurité et si son mandat ne stipule pas une surveillance constante des banques de données de sécurité, il ne sera pas un organe de contrôle adéquat dans ce domaine particulier, quelle que soit son utilité pour promouvoir le professionnalisme dans l'administration publique sur un plan général. Il en va de même des inspectorats de protection des données. Cela étant, certains États mettent spécifiquement en place leurs contrôles des renseignements de sécurité au sein de l'inspectorat général de protection des données, confiant à une personne spécifique ou à un

¹⁴⁰ Voir Farson, S., Canada's long road from Model Law to Effective Oversight of Security and Intelligence, dans Born, H., Johnson, L. et Leigh, I., op. cit., pp. 99-118 sur l'expérience du Comité de surveillance des activités de renseignement.

¹⁴¹ Loi sur les services de renseignement et de sécurité de 2002 Article 78(2). Le Parlement néerlandais a également demandé à deux reprises au ministre de rendre compte du Comité de surveillance des services de renseignement et de sécurité. Voir Rapport annuel 2005-2006 du Comité de surveillance des services de renseignement et de sécurité, p. 5. C'est également possible en Norvège, bien qu'encore une fois ce pouvoir n'ait pas été exercé, Sjerstedt; op.cit., p. 126.

groupe de personnes habilité à accéder aux données de sécurité, la fonction unique de contrôler en permanence ces données. Ce système peut être une forme de contrôle acceptable à condition que la personne ou le groupe soient, dans la loi et la pratique, indépendants de l'exécutif.

238. Un autre type de mandat spécifique susceptible d'être confié à un groupe d'experts a trait à la surveillance. Dans ce cas, l'organe opère en tant que substitut ou complément des procédures d'autorisation judiciaire. Comme évoqué précédemment, la nature exploratoire et spéculative de l'activité de surveillance de sécurité et les liens entre infraction de sécurité et politique sont des arguments que certains États ont employés pour mettre en place des systèmes différents d'autorisation ou d'examen.

239. S'agissant de la surveillance en matière de sécurité, « non stratégique » par nature (voir ci-dessus paras 90 et 200), beaucoup d'arguments plaident en faveur de la mise en place d'autorisations judiciaires et d'un contrôle de suivi exercé par un groupe d'experts. Le contrôle de suivi examine les autorisations accordées et compare les soupçons d'origine aux résultats obtenus. En tant que tel, il agit comme un mécanisme d'anticipation, recommandant des améliorations sur la façon de cibler les décisions et de fixer les priorités à la collecte de renseignements dans le futur, afin de minimiser les impacts sur les droits de l'homme.

240. Si les systèmes non juridictionnels de contrôle de la surveillance de sécurité, et notamment la surveillance stratégique, peuvent, selon les structures constitutionnelles s'avérer suffisants, il convient de noter que lorsqu'un groupe d'experts n'opère que comme un substitut aux autorisations judiciaires et non pas comme un complément, il est très important que ce groupe soit suffisamment compétent et indépendant pour exercer un contrôle effectif. Ceci dépendra de trois facteurs. Le premier est l'expertise du groupe d'experts en matière de sécurité, et le temps qu'il consacre véritablement à l'étude des affaires. Un organe à temps partiel ne sera probablement pas en mesure d'analyser en détail toutes les demandes et se contentera de procéder à des contrôles par sondage. Le deuxième facteur est le champ et la portée de l'examen – s'agit-il de la comparaison entre le bien fondé d'une demande d'utilisation de méthodes spéciales d'enquête et les résultats obtenus par ces mesures ou simplement de juger s'il existe à ce jour des raisons d'autoriser la surveillance. Troisième facteur : le groupe d'experts réalisant des contrôles par sondage examine-t-il véritablement et de manière critique tous les éléments avancés pour justifier la surveillance. Ceci suppose un accès aux renseignements « bruts » (déclaration des informateurs, identité des informateurs en question, etc.) pour en évaluer la fiabilité et pas seulement aux données « affinées » et « rendues anonymes » dans la demande de surveillance.

XI. Mécanismes de recours

241. Il est clairement nécessaire que les particuliers qui prétendent avoir été victimes des pouvoirs exceptionnels des agences de sécurité et de renseignement, par exemple l'autorisation de mener une opération de surveillance ou de sécurité, bénéficient de voies de recours. Hormis le fait de renforcer le contrôle, les mécanismes de recours peuvent aussi favoriser une amélioration des performances des agences en mettant en lumière leurs défaillances administratives. Il convient manifestement de garder à l'esprit les obligations posées par les traités des droits de l'homme, et notamment par la Convention européenne des droits de l'homme avec ses protections du droit à un procès équitable, au respect de la vie privée et à un recours effectif¹⁴².

242. De toute évidence cependant, les cibles légitimes d'une agence de sécurité ou de renseignement ne devraient pas être en mesure d'utiliser le système de recours pour tenter de se renseigner sur le travail de l'agence. Un tel système doit assurer le juste équilibre entre indépendance, solidité, impartialité d'un côté et le respect du caractère confidentiel des besoins

¹⁴² Voir ci-dessus para 155 et ci-dessous para 247. Voir également Cameron, 2000, op. cit.

en matière de sécurité de l'autre. La conception d'un système de ce type est une tâche délicate mais non impossible.

243. Les particuliers alléguant des actes répréhensibles commis par l'État dans d'autres domaines disposent systématiquement du droit d'intenter une action en dommages et intérêts devant les tribunaux. L'efficacité de ce droit dépend néanmoins de la connaissance qu'a la personne du prétendu acte répréhensible et de la preuve présentée à la satisfaction des tribunaux. Comme déjà mentionné, pour diverses raisons, la capacité des tribunaux de droit commun à servir de recours adéquat en matière de sécurité est limitée. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir ci-dessus, Section VI) montre clairement que la le recours ne doit pas simplement être théorique.

244. Une solution alternative consiste à charger une autorité indépendante, par exemple un médiateur, de mener une enquête et de rendre compte d'une plainte formulée à l'encontre d'une agence. C'est par exemple le cas aux Pays-Bas¹⁴³. Dans d'autres pays (par exemple en Nouvelle Zélande et en Afrique du Sud), les plaintes engagées contre des services sont traitées par un Inspecteur général de la sécurité et du renseignement indépendant dans le cadre de sa mission de surveillance générale¹⁴⁴. En outre, des organes spécifiques, établis au titre de la législation sur la liberté d'information ou sur la protection des données, peuvent jouer un rôle en enquêtant sur les plaintes déposées contre les agences. À titre d'exemple en Autriche, le particulier a habituellement la possibilité de déposer plainte devant la « *Datenschutzkommission* », mais, si pour des raisons de secret, il n'a pas été informé de l'opération, le Rechtsschutzbeauftragter peut, de sa propre initiative, porter plainte.

245. Dans les systèmes faisant appel à un Médiateur, l'accent est mis sur une autorité indépendante enquêtant au nom du plaignant. Ces organes indépendants sont généralement créés pour traiter les défaillances administratives des instances publiques et non les erreurs de droit. Leurs enquêtes insistent souvent moins sur la propre participation du plaignant au processus et sur la transparence que c'est le cas avec des poursuites en justice. Généralement, une enquête de ce type ne se conclura pas par un jugement et des réparations, mais par un rapport et (s'il est donné suite à la plainte) par une recommandation pour redresser la situation et l'action future.

246. Une variante moins commune consiste pour un État à recourir à un organe de surveillance parlementaire ou composé d'experts pour traiter des plaintes et griefs de particuliers, comme c'est le cas en Allemagne, en Norvège et en Roumanie. Il peut être intéressant pour un organe de surveillance parlementaire de traiter les plaintes à l'encontre des agences de renseignement et de sécurité car cela lui permet d'avoir un aperçu des lacunes éventuelles – absence de politique, défaut de légalité, d'efficacité. À l'inverse, si l'organe de surveillance est jugé trop proche de l'agence qu'il supervise ou s'il opère sous le sceau du secret, le plaignant peut avoir le sentiment que le processus de recours manque d'indépendance. Dans les cas où un organe unique traite les plaintes et exerce la surveillance, il est conseillé de mettre en place des procédures juridiques distinctes pour chacun de ces rôles.

247. Dans l'ensemble, il est préférable que les deux fonctions soient confiées à deux organes distincts mais que des procédures soient en place pour permettre à l'organe de surveillance d'être au courant des implications des plaintes individuelles. Cette approche bénéficie du soutien de la CEDH. Dans l'Article 13 de la CEDH, l'exigence d'un mécanisme de recours pour les violations alléguées des droits établis par la Convention, indépendant du processus d'autorisation, signifie qu'un système de contrôle de l'État, par exemple en matière de traitement des informations, peut répondre aux critères « prévu par la loi » et « nécessaire dans une société démocratique » mais que l'absence de recours en fasse malgré tout une violation

¹⁴³ Loi sur les services de renseignement et de sécurité de 2002, Article 83.

¹⁴⁴ Voir respectivement, la Nouvelle-Zélande (Bureau de l'Inspecteur général du renseignement et de la sécurité, créé en 1996) et l'Afrique du Sud (Bureau de l'Inspecteur général du renseignement, nommé en vertu de la Section 12 de la Constitution).

de la Convention. Comme évoqué précédemment, la CourEDH a déclaré qu'un recours devait être effectif en droit et dans les faits. Il convient de noter en particulier que la Cour a jugé qu'une autorité indépendante d'inspection des données, qui a de par la loi compétence pour accorder réparation en cas de tenue de renseignements de sécurité inexacts, inappropriés, etc. mais qui manque dans les fait d'expertise pour évaluer ces données, n'est pas un recours effectif au sens de l'Article 13¹⁴⁵.

248. Il convient de noter également la position de la CourEDH dans l'affaire *Leander c. Suède*. Le gouvernement suédois a argué à l'époque de l'existence d'un certain nombre d'organes de contrôle et de recours pour prévenir et réparer les erreurs commises lors des contrôles de sécurité dont font l'objet des membres du personnel. Néanmoins, des enquêtes officielles ultérieures ont montré qu'aucun de ces contrôles ou recours ne fonctionnait correctement dans ce domaine. Les personnes impliquées dans chacun des systèmes de contrôle/recours partageaient du principe que chacun des autres systèmes fonctionnait correctement, mais aucun n'allait au cœur du problème : la fiabilité et la proportionnalité des évaluations de sécurité des personnes. L'existence de plusieurs « demi » contrôles/recours laissait croire à un semblant de contrôle, alors que ce n'en était pas un dans la réalité¹⁴⁶.

249. Dans certains pays, les particuliers, mais également les membres des services ont possibilité de porter des questions liées au service à l'attention d'un Médiateur ou d'un organe parlementaire de surveillance. Ainsi, en Allemagne, les fonctionnaires peuvent soulever des problèmes devant la Commission de contrôle parlementaire¹⁴⁷ et en Afrique du Sud les membres du service peuvent transmettre leurs doléances à l'Inspecteur général.

250. Une autre méthode employée pour traiter les plaintes consiste en un tribunal spécialisé. Il peut être créé pour examiner les plaintes contre une agence particulière ou en relation avec l'usage de pouvoirs spécifiques, comme au Royaume-Uni (Commissaire des services de renseignement et Commissaire à l'interception des communications). Les plaintes peuvent également être traitées par une procédure de type « tribunal », mais par un organe spécialisé de surveillance, à l'instar du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) au Canada. Lorsque l'organe de surveillance participe au processus d'approbation des opérations de sécurité, il ne peut pas jouer en plus le rôle de mécanismes indépendant de traitement des plaintes (voir ci-dessus paras 157 et 247). Ceci mis à part, un tribunal de ce type, spécialisé dans les plaintes relatives aux activités de sécurité et de renseignement, présente quelques avantages par rapport à un tribunal ordinaire : il peut développer une expertise distincte dans le domaine de la sécurité et du renseignement, conçue pour manipuler des informations sensibles. Au vu de la nature de ces questions, il est peu probable que les auditions juridiques soient publiques. D'un autre côté, si certains tribunaux accordent une audition à un plaignant, celui-ci se trouvera probablement confronté à de graves difficultés pratiques pour fournir des preuves, avoir accès aux témoignages pertinents ou à remettre en cause la version des événements avancée par l'agence. Pour éviter certaines de ces difficultés, des avocats spécialisés, jouissant d'un droit d'accès aux données de sécurité, ont été mis en place dans certains pays. Les éléments critiques soulevés précédemment en ce qui concerne les limitations applicables aux avocats spécialisés (voir ci-dessus paras 214-216) et la valeur des procédures de supervision par des experts pour la surveillance (voir ci-dessus para 247) s'appliquent également dans ce cas.

¹⁴⁵ Voir le jugement négatif de la Cour dans *Segerstedt-Wiberg c. Suède*, op. cit, avec *Brinks c. Pays-Bas*, op. cit.

¹⁴⁶ Voir Cameron, 2000, op. cit. pp. 225-244, 246-252. Comme noté précédemment, les réformes ont été menées ultérieurement et le système actuel fonctionne de manière satisfaisante.

¹⁴⁷ Bundestag, 2001, op. cit. pp. 19-20.

XII. Remarques conclusives

251. Le renseignement est une nécessité incontournable pour les gouvernements modernes et les services de sécurité sont essentiels pour que l'État soit à même de protéger ses valeurs et ses intérêts.

252. Certaines questions sont récurrentes dans la conception des procédures de surveillance¹⁴⁸. D'abord, il est nécessaire d'établir des mécanismes de prévention des abus politiques tout en veillant à une gouvernance effective des agences. Avant tout, l'objectif est que les agences de sécurité et de renseignement soient protégées des abus politiques sans les isoler pour autant de la gouvernance par l'exécutif.

253. Deuxièmement, il convient de respecter la primauté du droit. Les agences doivent être soumises à un contrôle légal. À l'instar d'autres secteurs de l'administration publique, l'une des tâches clés du Parlement est de déléguer, par la loi, l'autorité à l'exécutif mais également de structurer et de restreindre les pouvoirs discrétionnaires dans la loi.

254. Le défi pour la surveillance et le contrôle est d'adapter ou de concevoir des processus imposant le respect des valeurs démocratiques tout en protégeant la sécurité nationale. Il s'agit d'un thème récurrent dans toutes les approches du contrôle que nous avons évoquées, que ce soit par l'exécutif, le Parlement, devant les tribunaux, les processus de recours ou les groupes d'experts indépendants.

255. Il est possible d'établir une distinction entre les questions de politique, de fonctionnement opérationnel et d'examen. Parmi les exemples de sujets politiques : qu'est-ce qu'une menace contre la sécurité ; quelles actions faut-il considérer comme des infractions pénales ; de quels pouvoirs faut-il disposer ; quelles agences faut-il créer et en quels termes ? Les arguments favorables à la divulgation publique, en tant qu'aide au contrôle, sont extrêmement forts et ceux qui militent pour le maintien du secret sont très faibles. Parmi les exemples de questions opérationnelles : ce groupe/pays doit-il être ciblé et avec quelle priorité ; cette forme de surveillance doit-elle être appliquée à X ? Les détails opérationnels affectant les méthodes, sources et activités spécifiques des agences sont des arguments beaucoup plus convaincants en faveur du secret. Les questions opérationnelles concernent avant tout l'exécutif et les contrôles seront menés au plan administratif. L'examen intervient ex post facto et aborde des questions telles que la conformité des actions opérationnelles avec la politique, leur proportionnalité, légalité et efficacité ainsi que les aspects économiques. Toutefois, l'examen pose davantage de problèmes car le Parlement, l'exécutif et les autorités judiciaires y ont tous des intérêts légitimes.

256. Ces distinctions ne doivent pas être prises en compte de manière trop rigide. Le développement de la politique doit reposer sur des renseignements et des actions qu'il est parfois nécessaire de garder secrets. Le développement des méthodes et technologies de surveillance pose un autre problème « limite » : des questions politiques controversées peuvent être soulevées alors qu'il est difficile d'en discuter publiquement sans risquer de les rendre inefficaces en les dévoilant aux cibles potentielles. Une différenciation stricte entre opérations et examen soulève également des difficultés. La nature permanente de certaines opérations de renseignement ne permet pas d'établir une distinction claire entre autorisation et examen ou d'engager un examen sans compromettre le secret.

257. Néanmoins, les distinctions entre politiques, opérations et révision peuvent nous aider à mieux comprendre le contrôle. Elles montrent clairement qu'en matière de politique, il y a un intérêt démocratique fort à la discussion publique et au contrôle. Dans ce domaine, les arguments pour faire pencher la balance du côté du secret doivent être des plus convaincants.

¹⁴⁸ Voir aussi sur un plan général les commentaires de cette section, Leigh, I. *The Accountability of Security and Intelligence Agencies*, dans Johnson L. (ed.) *The Handbook of Intelligence Studies*, (Routledge, 2006), pp. 67-81.

258. Si le secret opérationnel est plus facile à défendre, le contrôle n'en reste pas moins indispensable. L'exécutif devrait fixer les paramètres des opérations de sécurité et de renseignement même si les services sont protégés correctement de toute pression politique. Au niveau de l'examen, il est absolument impératif de disposer de mécanismes externes permettant de lever la barrière du secret et de donner l'assurance à l'exécutif, au législateur et au grand public que les opérations sont conduites légalement, efficacement et conformément à la politique. Ce type d'assurance doit être plausible, ce qui a incité certains pays à autoriser des commissions parlementaires ou des groupes d'experts indépendants, liés d'une manière ou d'une autre au Parlement, à examiner les détails opérationnels.

259. Le seul contrôle par l'exécutif est insuffisant ; d'autres mécanismes de contrôle sont nécessaires. Aucun niveau de contrôle n'est isolé. Tous les niveaux sont interconnectés, complémentaires et inter-dépendants. Un système global cohérent doit être mis au point, sans perdre de vue que plusieurs demi-recours ou demi-contrôles peuvent être plus néfastes qu'une absence totale de recours ou de contrôle, chaque système de recours/contrôle risquant de s'abstenir d'agir en partant du postulat que l'autre s'en chargera.

260. Les mécanismes de contrôle ne doivent pas seulement être théoriques, ils doivent faire l'objet d'une révision constante. Un soin particulier doit être porté à la coopération inter-agence ; des accords de coopération internationaux visant à établir une « traçabilité » pourraient être envisagés et les transferts de pouvoirs devraient être soumis à des responsabilités ministérielles/gouvernementales claires. Les échanges de bonnes pratiques entre les organes nationaux de surveillance devraient être encouragés.

261. Ce rapport démontre à l'évidence l'existence de nombreux modèles novateurs de contrôle démocratique des services de sécurité, qui, pris isolément ou combinés les uns aux autres, permettent à tout État de satisfaire leurs contextes juridiques et politiques spécifiques et leurs besoins en matière de sécurité.

262. Ces modèles démontrent que le monde secret et le contrôle ne sont pas mutuellement incompatibles. Au contraire, le contrôle est indispensable tant pour l'efficacité que pour la légitimité.