Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 417-454

MARKSİZM VE ULUSLARARASI HUKUK: TEORİ Mİ ELEŞTİRİ Mİ?(*)

Arş. Gör. **Atahan DEMİRKOL**(**)
Dr. Öğr. Üyesi **Şahin Eray KIRDIM**(***)

Öz: Uluslararası hukukun ana akım yaklaşımları, disiplinin güçlü devletler tarafından bir dış politika aracı olarak kullanılmasını görmezden gelmektedir. Oysaki devletler arasındaki eşitsizliklerin aşikâr olduğu bir düzende uluslararası hukukun bir hegemonya aracı olmayacağını beklemek sürpriz olacaktır. En büyük vurgusunu eşitsizlik ve sınıfsal farklılıklar üzerine yapan Marksizm gibi eleştirel bir yaklaşım da böylesine bir duruma kayıtsız kalmamıştır. Her ne kadar yaklaşımın kurucularının hukuka yönelik doğrudan tespitlerini bulmak mümkün olmasa da daha sonraki Marksist düşünürlerin genel bir hukuk teorisi ortaya koyabildiklerini söylemek mümkündür. Bu çalışmanın amacı, Marksist genel hukuk teorisinin aksine, sınırları net şekilde çizilebilen Marksist bir uluslararası hukuk teorisinden bahsedilemeyeceğini göstermektir. Bu doğrultuda çalışmada genel Marksist hukuk teorisi incelendikten sonra, Marksist uluslararası hukuk yazınının önemli isimlerinin disipline getirdiği farklı yorumlar ele alınmıştır. Sonuç olarak uluslararası hukuk özelinde Marksist bir teoriden değil, ancak uluslararası hukukun Marksist bir yorumundan bahsedilebileceği ileri sürülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Eleştirel Yaklaşımlar, Marksizm, Sönümlenmeci Hukuk, Emperyalizm.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 17.01.2021. Makale Kabul Tarihi: 22.04.2021.

(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Kentleşme ve Çevre Sorunları Anabilim Dalı, Öğretim Elemanı (ORCID no: 0000-0002-7185-5781; *ademirkol@aku.edu.tr*).

(***) Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0003-4207-6559; *yekirdim@aku.edu.tr*).

MARXISM AND INTERNATIONAL LAW: THEORY OR CRITICISM?

Abstract: Mainstream approaches of international law ignore the use of the discipline as a foreign policy tool by powerful states. However, it would be surprising to expect that international law will not be a tool of hegemony in an environment where inequalities between states are evident. A critical approach, such as Marxism, which places its most significant emphasis on inequality and class differences, has not remained indifferent to such a situation. Although it is not possible to find direct determinations of the founders of the approach regarding the law, it is possible to say that later Marxist thinkers were able to put forward a general theory of law. The purpose of this study is to show that, contrary to the Marxist general theory of law, a Marxist theory of international law with clearly drawn boundaries does not exist. Hence, after the general theory of Marxist law is analyzed, the diverging approaches of the most prominent scholars in Marxist international law are discussed. Consequently, it is argued that while it is possible to refer to a Marxist interpretation of international law, a Marxist theory of it is exaggerated.

Keywords: International Law, Critical Approaches, Marxism, The Withering Away of Law, Imperialism.

GİRİŞ

Uluslararası hukuk, Avrupa geleneğinin ayrılmaz bir parçası ve bu geleneğin bir ürünüdür.[1] Avrupa uluslararası hukuku düşüncesi, birbirine sıkı sıkıya bağlı ve kapalı bir topluluk içinde geçerli olan hukuki kurallar ve ilkeler ile bunların söz konusu topluluk üyelerine sağladığı belirli bir ayrıcalık anlamına gelmektedir.[2] Bu ayrıcalık nihayetinde, bu topluluk içindeki devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde söz konusu kural ve ilkelerin geçerli olduğu, ancak diğer devletlerle ilişkilerinde bu kuralları izlemenin gerekmediği eşitsiz bir hukuki durum ortaya çıkarmıştır. Bu yapısal eşitsizlik ise Avrupa devletlerinin hareket özgürlüğünü neredeyse sınırsız bir kapsama genişletmiş; mutlaka bir sınırdan bahsedilecekse de bu sınır söz konusu devletlerin birbirlerinin ulusal çıkarlarının kesiştiği noktada ortaya çıkmıştır.

Uluslararası hukukun Avrupalı devletler tarafından araçsallaştırılması tarihsel olarak üç temel gelişmeyle ortaya çıkmıştır. Birinci olarak uluslararası

---

1 KOSKENNIEMI Martti, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", **European Journal of International Law**, C. 16, S. 1, 2005, ss. 113-124.

2 ORAKHELASHVILI Alexander, "The Idea of European International Law", **European Journal of International Law**, C. 17, S. 2, 2006, s. 316.

hukukun Avrupalı karakteri, uluslararası hukuka pozitivist yaklaşımın, o döneme kadar egemen olan doğal hukuk ekolüne karşı kazandığı zafer sonrasında gerçekleşmiştir. Uluslararası hukuktaki pozitivist yaklaşım, en genel hatlarıyla, doğal hukukta yer verilen adalet, özgürlük ve eşitlik gibi her hukuk kişisi için geçerli evrensel ilkeler üzerinde daha az duran, ancak bunların yerine devlet gücünü ve özellikle de iradesini koyan bir yaklaşıma sahiptir.[3] Uluslararası hukuk kuralların varlığını ancak devletlerin rızasına dayandığı ölçüde kabul eden pozitivist yaklaşım, böylece belirli bir seçkin grubu oluşturan devletlerin iradesine uygun olarak belirlenmiş hukuki çerçevenin, yine yalnızca o ayrıcalıklı devlet grubu içinde ortaya çıkmasını ve işleyişini mümkün kılmıştır.[4]

İkinci adım bunun devamı olarak ve egemen-egemen olmayan ayrımında kendini göstermiştir. Avrupa uluslararası hukukunun doktrinsel temelleri genel olarak 1648 Vestfalya Anlaşması'ndan Birinci Dünya Savaşı'na kadar geçen dönemdeki gelişmelerle atılmıştır. Klasik egemenlik kavramı, devletler arasında eşit ilişki kurulması için bir ön koşul niteliğindedir. Hangi siyasal birimin egemen -ve dolayısıyla da eşit haklara sahip- olduğunu belirleme tekelini elinde tutan Avrupa, Avrupa dışı halkları bu haktan yoksun kılmış, dolayısıyla da pozitivist hukuk çerçevesinde bu siyasal birimlerin özgürlüklerini dilediği gibi kısıtlamak konusunda herhangi bir kavramsal zorluk yaşamamıştır. Böylece doğal hukukun Avrupa devletlerine bahşetmediği sömürgecilik "hakkı" için meşruluk zemini oluşturulmuştur. Mutua da egemenlik kavramının Avrupa ile dünyanın geri kalanı arasındaki karşılaşmada sömürgeciliği meşrulaştırmak için çok yararlı bir araç olduğunu ve "*az sayıdaki Avrupa devletinin dünyaya yayılır ve kendi genişlemeleri için dünyanın dörtte üçünden fazlasını devralırken*" bu kavramdan fazlasıyla yararlandığını ifade etmektedir.[5]

Üçüncü gelişme ise kendini medeni-medeni olmayan ayrımında göstermiştir, ki bu ayrım eşitsizlik ve dışlanma üzerine kurulmuştur. Orakhelashvili'nin aktardığına göre örneğin Henry Wheaton, 1886'da yayınladığı *Elements of International Law* kitabında uluslararası hukukun Avrupa dışında uygulanabileceğini, ancak bunların Avrupa uluslararası hukukundan zorunlu olarak

---

[3] DEMİRLİ Aynur / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukuku Dönemselleştirmek: Pozitivist Söylem ve Ötesi", **Uluslararası İlişkiler Dergisi,** C. 16, S. 63, 2019, ss. 51-67.

[4] KINGSBURY Benedict, "Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law", **European Journal of International Law,** S. 13-2, 2002, ss. 401-37.

[5] MUTUA Makau, "What is TWAIL?", **Proceedings of the ASIL Annual Meeting,** C. 94, 2000, s. 33.

daha düşük bir norm seviyesinde olduğunu vurgulamış ve tüm insanlık için geçerli bir evrensel uluslararası hukukun varlığını inkâr etmiştir.[6] Lorimer de aşağı yukarı aynı tarihlerde yazdığı *The Institutes of the Law of Nations* (1883) kitabında, uluslararası hukukun evrenselliği fikrine karşı çıkmış ve "farklı medeniyet seviyelerine sahip" ulusların uluslararası hukuk sisteminin oluşumundan dışlanması gerektiğini Türkiye (Osmanlı Devleti) üzerinden şu şekilde açıklamıştır: "*[bir uluslararası hukuk kişisi olarak tanıdığımız] Türkler göstermiştir ki medeniyetin sağlamış olduğu hakları [uluslararası hukuktan kaynaklanan] görevlerini yerine getiremeyecekleri kanıtlanmış ve muhtemelen ilerici insan ırklarına ait olmayan barbarlara yönelik olarak genişletme acı bir deneyimle sonuçlanacaktır*."[7] Dahası Lorimer'e göre "barbar devletler" rasyonel iradeden yoksun oldukları için Avrupa ülkeleri tarafından asla tanınamazlar ve eşit bir kişilik olarak kabul edilemezlerdi. Bu nedenledir ki Lorimer, örneğin Cezayir'in Fransa tarafından işgal edilmesini uluslararası hukukun ihlali olarak görmemiştir, zira bu "*üçüncü kişinin polisin yokluğunda harekete geçme hakkı olduğu bir disiplin*" eyleminden ibarettir.[8]

19. yüzyıla gelindiğinde Avrupa uluslararası hukuku gelişimini tamamlamış ve sömürgeci efendinin kullanımı için namluya sürülmüştür.[9] Uluslararası hukuk bugün hâlâ adil olmayan ve eşitsiz yapıları desteklemeye devam etmektedir. Uluslararası hukukun ana akım yaklaşımları ise disiplinin güçlü devletlerce suistimal edilmesini ve bu yolla uluslararası ilişkilerde dayatılan hiyerarşik ilişkileri görmezden gelmektedir. Marksizm gibi eşitsizlik ve sınıf temelli bir yaklaşımın da böylesine bir duruma kayıtsız kalmasını beklemek düşünülemezdi. Her ne kadar klasik Marksistler hukuka olan negatif ve toptan reddedici bakış nedeniyle konuya ilgisiz kalmış olsalar da neo-Marksist yazarlar özellikle 1980'lerden sonra küreselleşme ve uluslararası piyasalardaki gelişmeler sonucunda uluslararası hukuku Marksist yaklaşımın gündemine almışlardır. Nitekim uluslararası hukukun sosyoekonomik boyutunu hesaba katmadan ve disiplinin tarihsel ve toplumsal bağlamını görmezden gelerek yapılacak her analiz, mevcut adaletsiz ve eşitsiz yapıları desteklemeye devam edecektir.

---

6 **ORAKHELASHVILI**, 2006, s. 318.

7 LORIMER James, **The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities**, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2005, s. 102.

8 RODOGNO Davide, **Against Massacre: Humanitarian Interventions in the Ottoman Empire, 1815-1914,** Princeton University Press, New Jersey, 2012, s. 52.

9 KIRDIM Şahin Eray, "TWAIL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım", **Public and Private International Law Bulletin**, C. 41, S. 1, 2021, ss. 143-145.

Bu çalışmanın amacı, Marksizmin uluslararası hukuk alanında sınırları net şekilde çizilebilen bir yaklaşım sunmadığını, disipline ilişkin bir metodoloji önermediğini ve bu itibarla da Marksist bir uluslararası hukuk teorisinden bahsedilemeyeceğini göstermektir. Bu bağlamda çalışma, öncelikle Marksist genel hukuk teorisinin olup olmadığını incelemektedir. Bu inceleme sonucunda her ne kadar Marx ve Engels'in hukukun temel kavram, kural ve ilkelerine yönelik bütünsel bir çalışması bulunmasa da Marksizmin ürettiği kavramlardan yararlanan doktrinsel çalışmalar ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ndeki (SSCB) Marksist hukuk pratiğinden hareketle genel bir Marksist hukuk teorisinin söz konusu olduğu gösterilmiştir. Ancak bu teorinin hukuka genel olarak "sönümlenmesi gereken" sınıfsal bir enstrüman olarak yaklaşması nedeniyle, uluslararası hukuk alanında bu tür bir teori geliştirme olanağı mümkün olmamıştır. Bir diğer neden de Marksizmin son derece heterojen yapısından kaynaklanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde, Marksist uluslararası hukuk yazınının önemli isimlerinin getirdiği farklı yorumlar ele alınmaktadır. Bu yorumlar göstermektedir ki uluslararası hukuk özelinde Marksist bir teoriden değil, ancak uluslararası hukukun Marksist bir yorumundan bahsedilebilir.

Türkçe literatürde Marksist hukuk genel teorisini ele alan çalışmalar -sınırlı sayıda da olsa- bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin, Karahanoğulları'na ait dört çalışma[10] ile Yüksel'e ait bir çalışma[11] doğrudan Marksist genel hukuk teorisi üzerine odaklanmıştır. Benzer şekilde Yelkenci'nin editörlüğünde hazırlanmış kapsamlı bir çalışma[12] ile Dursun'un Türk idare hukukunu Marksist bir açıdan ele aldığı bir çalışması[13] da burada zikredilmelidir. Özdemir'in uluslararası hukuka eleştirel yaklaşımları ele aldığı kitabındaki bir bölüm[14] ile yine Çelebi ve Özdemir'in benzer nitelikli bir makalesinde[15]

---

[10] KARAHANOĞULLARI Onur, "'Marksizm ve Hukuk' Yazın İncelemesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** C. 58, S. 3, 2003, ss. 197-232; KARAHANOĞULLARI Onur, "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** C. 57, S. 2, 2002, ss. 61-92; KARAHANOĞULLARI Onur, **Marksizm ve Hukuk: Diyalektik Hukuk Bilimi,** Yordam Kitap, İstanbul, 2018; KARAHANOĞULLARI Onur, "Ekim Devrimi'nde Hukuksal Kuruluş", **Monthly Review Türkiye,** C. Kasım 2017, S. 4, 2017, ss. 143-57.

[11] YÜKSEL Murat, "Marksizm ve Hukuk Anlayışı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 3-4, 2017, ss. 19-38.

[12] YELKENCİ Taner, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, 2. bası, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017.

[13] DURSUN Hasan, "(Marksist Kuram Açısından) Kapitalist Düzende İdare Hukuku ve Kuramın Görüşlerinin Bu Hukuka Yansımaları Konusunda Türkiye'den Bir Örnek", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 30, S. 131, 2017, ss. 115-78.

[14] ÖZDEMİR Ali Murat, **Güç Buyruk Düzen**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

ise Marksist uluslararası hukuk konusuna yer verilmiştir. Ayrıca genel hukuk teorisi üzerine yazılmış Collins'in bir kitabı[16] ile Pashukanis'in bir başka kitabının[17] da Türkçe'ye çevrilmiş olduğu belirtilmelidir. Buradan da görüleceği üzere Marksist hukuk genel teorisi üzerine Türkçe literatürde yapılmış çalışmalar sayı ve kapsam itibariyle sınırlıdır. Uluslararası hukuku Marksist bir bakış açısından ele alan çalışmalardaki durum ise daha da kısırdır. Bu anlamda eldeki çalışmanın Türkçe literatürdeki bu boşluğun doldurulmasında naçizane bir katkı yapması amaçlanmaktadır.

I. MARKSİST GENEL HUKUK TEORİSİ

Marksist bakış açısı uluslararası hukuk alanında görece az tartışılmış ve Marksist yazarlar tarafından hem nicelik hem nitelik itibariyle sınırlı olarak incelenmiş bir alandır.[18] Chimni'nin de belirttiği gibi uluslararası sistemin önemli bir aracı olan uluslararası hukuk, Marksist yaklaşım tarafından neredeyse görmezden gelinmiştir.[19] Marx ve Engels'in hukuk konusunda doğrudan bir çıkarımına ulaşmak zor olsa da değindikleri farklı konular içerisinde hukuka ilişkin saptamalar yapmışlardır. Bu itibarla, klasik ve genelleyici bir Marksist hukuk felsefesinin varlığından bahsedebilmek mümkün değildir.[20] Hatta Karahanoğulları'nın ifadesiyle net bir şekilde söylenebilir ki "*Marksizmin hukukla temel derdi, dünyaya hukuksal bakışın yanlışlığını saptamak*" olmuştur.[21] Nitekim hukuk gibi geniş bir alanın kesin hatlarla çizilmiş Marksist bir yorumunu yapmak da kolay değildir, zira Marksizm içerisinde birçok fikir ayrılığı, farklı bakışlar, itirazlar veya karşıt görüşler mevcuttur.[22]

---

15 ÇELEBİ Hürkan / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar", **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, S. 25, 2010, s. 80.

16 COLLINS Hugh, **Marksizm ve Hukuk**, (çev. Umre Deniz Tuna), 1. bası, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013.

17 PASHUKANIS Genel Evgeny Bronislavovich, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. Onur Karahanoğulları), 1. bası, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 137-41.

18 MIÉVILLE China, **Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law**, Brill, Leiden, 2005, s. 60.

19 CHIMNI B. S., "Marxism and International Law: A Contemporary Analysis", **Economic and Political Weekly**, C. 34, S. 6, 1999, s. 337.

20 **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 62.

21 Ibid., s. 63.

22 KNOX Robert, "Marxist Approaches to International Law", **The Oxford Handbook of the Theory of International Law,** (Ed. Anne Orford ve Florian Hoffmann), Oxford University Press, Oxford, 2016a, s. 1; RASULOV Akbar, "A Marxism for International Law: A New Agenda", **European Journal of International Law**, C. 29, S. 2, 2018, s. 633.

Yukarıda da ifade edildiği gibi Marx'ın genel düşünü, hukukun dünyanın anlaşılmasında ve yorumlanmasında kullanılamayacağı yönündedir. Bu kapsamda hukuk üzerine ağırlık vermenin de anlamı yoktur. Karahanoğulları'nın Brimo'dan aktardığı üzere Marksist hukuk anlayışının temel özelliği hukuk karşıtlığıdır.[23] Bu hukuk karşıtlığı içerisinde yine Karahanoğulları'na göre, Marksist bir hukuk teorisinden, felsefesinden, öğretisinden ve hatta akımından bile bahsetmek mümkün değildir, zira hukuka ilişkin temel kavram ve kurumları topyekûn Marksizm üzerinden tartışan bir çalışma bulunmamaktadır.[24] Benzer şekilde Collins de Marksizmin kurucularının bile hukuk konusunda metodolojik ve anlamlı bir açıklama girişiminde bulunmadığını ifade etmektedir.[25] Hukuk, Marx için ancak sınıf ilişkilerinin bulunduğu bir yapıdır.[26] Bu bağlamda Marksist görüş hukukun ortak değerlerin korunması için değil, tam aksine baskın grubun egemenliğini korumak üzere oluştuğunu ve süregeldiğini varsayar.[27]

Bu itibarla Marksist hukuk anlayışı, genel Marksist devlet teorisinden ayrılmayacak şekilde ele alınmalıdır. Marksist devlet teorisinde ekonomik ilişkiler ve bu ekonomik ilişkiler üzerinden üretilen sosyal ilişkiler devletin ve hukukun doğuşu ve yok olmasına sebep olan temel unsurlardır. Ayrıca bu anlayışa göre hukuk, devletin yönetiminde siyasal olarak baskın grup haline gelen sınıfın (burjuva ve kapitalistlerin), diğer sınıfı (proletaryayı) sömürmek için kullandığı bir araçtır.[28] Dahası proletaryayı kontrol altında tutma amacını taşıyan hukuk, burjuva değerleriyle örülü devlet tarafından kutsanmakta, bir diğer ifadeyle "hukuk fetişizmi" yaratılmaktadır. Hukuk fetişizmi, üç temel niteliğe sahiptir ve bu temel niteliklerin tamamı Marksistler tarafından reddedilmiştir. Birincisi, hukuk fetişizmi toplumsal bir düzenin sağlanması için hukukun mecburi olduğunu ifade eder. Buna göre hukuk olmadan ancak anarşi meydana gelecektir. İkincisi, hukuk fetişizmi hukukun diğer alanlardan ayrı müstakil bir bilim olduğunu ileri sürer. Bir diğer ifadeyle hukuk başlı başına bir bilim ve çalışma alanıdır. Üçüncü ve son nitelik

---

23 **KARAHANOĞULLARI**, 2003, s. 201.

24 Ibid., s. 231.

25 **COLLINS**, 2013, s. 22.

26 CAIN Maureen / HUNT Alan, **Marx and Engels on Law**, Academic Press Inc., London, 1979, s. 62.

27 YALVAÇ Faruk, "Class Structure of International Law", **Spectrum: Journal of Global Studies**, C. 3, S. 4, 2011, s. 69.

28 KELSEN Hans, **The Communist Theory of Law**, Frederic A. Praeger, New York, 1955, s. 1.

ise hukukun üstünlüğü anlayışıdır. Bu anlayış, hukukun herkesi eşit ve aynı şekilde kısıtladığı ve aynı ölçüde haklar sağladığı tezine dayanır. Marksistlere göre hukuk fetişizmi bu üç niteliği ile reddedilmektedir.[29]

Marksizm'in temelindeki tarihsel materyalizm,[30] Marksist bir hukuk bakış açısının açıklanmasında önemli bir yere sahiptir. Tarihsel materyalizm, iki temel varsayımıyla Marx tarafından dile getirilmiştir. Birincisi, üretim tarzlarının çelişkisi; ikincisi, ekonomik yapı üzerinde mülkiyet sahipliğinin etkisi.[31] Marx'a göre üretim ilişkileri, toplumun temel yapı taşı olarak ortaya çıkar.[32] Dolayısıyla hukukun oluşumunda da üretim ilişkilerinin olduğunu varsaymak yersiz olmayacaktır. Tarihsel materyalizm içerisinde anlam kazanan altyapı ve üstyapı metaforları hukukun açıklanmasında da gündeme gelmektedir. Altyapı, bir toplumun varlığını inşa ettiği en az üç toplumsal ve maddesel şarta dayalı bir kombinasyondur: i-) ekolojik ve coğrafi koşullar, ii-) Üretim güçleri, iii-) Sosyal üretim ilişkileri.[33] Marx'a göre altyapı, yasal ve siyasal üstyapının üzerine inşa edildiği üretim ilişkilerinden oluşan toplumun ekonomik yapısını ifade eder.[34] Üretim biçimleri altyapıyı belirlediği için bu bağlamda temel belirleyici olmaktadır.[35]

Tam da bu noktada tarihsel materyalizm ve Marx, hukukun üstyapıya ait olduğunu ve altyapının temel belirleyicisi olan ekonomik ilişkilere, yani üretim biçimlerine bağlı olduğunu ileri sürer.[36] Pashukanis ve Miéville ise bu anlatıya karşı çıkmış ve Marx'ın aksine hukukun üstyapı değil altyapı olduğunu ifade etmişlerdir.[37] Tarihsel materyalist anlatıya göre, piyasa koşullarında kapitalistler, herhangi bir öncül siyasal statülerine bakılmaksızın meta-

---

29 **COLLINS**, 2013, ss. 22-25.

30 Ibid., s. 31.

31 LEVINE Norman, "The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism", **Journal of the History of Ideas**, C. 48, S. 3, 1987, s. 433.

32 **COLLINS**, 2013, s. 33.

33 GODELIER Maurice / BLOCH Maurice / VLAESSEN Henri J. M., vd., "Infrastructures, Societies, and History [and Comments]", **Current Anthropology**, C. 19, S. 4, 1978, s. 763.

34 MARX Karl, **Selected Works in Two Volumes**, (Ed. I. B. Lasker), 2. bası, C. 1, Lawrence & Wishart, London, 1947, s. 300.

35 MAKARIUS Raoul, "On Godelier on Superstructures and Infrastructure", **Current Anthropology**, C. 21, S. 2, 1980, s. 253.

36 **COLLINS**, 2013, s. 38; FREEDMAN Carl, "Speculative fiction and international law: The Marxism of China Miéville", **Socialism and Democracy**, C. 20, S. 3, 2006, s. 28.

37 BINNS Peter, "Law and Marxism", **Capital & Class**, C. 4, S. 1, 1980, s. 104, **MIÉVILLE**, 2005, s. 95.

yı satan ve alan olarak eşit koşullarda kabul edilirler. Bu koşullar aynı zamanda proletarya için de var olmaktadır. Proletarya, emeğini kapitalist düzene satıp satmamakta özgürdür, ancak emeğini satmaması karşılığında açlık ve yoksulluğa mahkûm olacaktır. Bir diğer ifadeyle burada tam bir özgürlükten bahsetmek mümkün değildir. Ancak kapitalist özneler açısından bakıldığında formel bir eşitlik ve özgürlük görülmektedir. Onlar, kapitalizm tarafından özellikle meta mübadelesini düzenleyen kurallara tabidirler.[38]

Pashukanis ve Miéville'in hukuku altyapı olarak betimlemesi tam da bu bağlamda anlaşılmalıdır. Hukuk, kapitalistlere ve proletaryaya farklı kapsamda özgürlük ve eşitlik vadetmektedir. Tam ifadesiyle Miéville'e göre yasal form, meta mübadelesine dayalı sosyal ilişkiler üzerine inşa edilmiştir. Bu ilişki içerisinde emek, meta haline gelmiştir. Böylece kapitalist sistemde yasal form, kapitalist sömürünün ve sınıf temelli sömürünün bir parçası olmuştur.[39] Hunt'a göre Marksist hukukun temel sorusu, kapitalist toplumlarda hukukun yapısal eşitsizliğin yeniden üretiminde nasıl bir rol oynadığına ilişkindir ve bu bağlamda Marksist hukuk için altı temel özellik belirlemiştir:

1) Hukuk kaçınılmaz olarak politiktir.
2) Hukuk ve devlet sıkı şekilde birbirine bağlıdır.
3) Hukuk ekonomik ilişkileri etkiler veya onların bir yansımasıdır.
4) Hukuk her zaman potansiyel olarak cebridir ve devletin cebir ve güç kullanmadaki tekelini yansıtır.
5) Hukukun içeriği ve süreçleri doğrudan veya dolaylı olarak baskın sınıf veya sınıfların faydalarınadır.
6) Hukuk ideolojiktir ve egemen sınıfın değerlerinin meşrulaştırılmasını sağlar.[40]

SSCB'nin kuruluş yılları sosyalist hukuk yaklaşımının gündeme geldiği yıllar olmuştur.[41] Karahanoğulları da 1917-1936 dönemini Sovyet hukuk

---

38 **FREEDMAN**, 2006, s. 29.

39 **MIÉVILLE**, 2005, s. 119.

40 HUNT Alan, "Marxist Theory of Law", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Ed. Dennis Patterson), John Wiley & Sons, Ltd, 2010, s. 350.

41 AKHTAR Zia, "Law, Marxism and the State", **International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique**, C. 28, S. 3, 2015, s. 667.

sisteminin kuruluş yılları olarak ele almaktadır.[42] Bu dönemde kurulmuş olan Sovyet hukuku, SSCB'deki sosyalist düzenden ve Marksist-Leninist anlayıştan etkilenmiştir.[43] Sovyet dönemindeki hukuksal dönüşüm, süreç içerisinde akademi ve siyaset dahil olmak üzere temel alanlarda görev yapanların teorik ve pratik tartışmalarına ve gruplaşmalara neden olmuştur.[44] Bu kapsamda Marksizmin siyasal yansıması olan 1917 Ekim Devrimi'nin SSCB'de yarattığı iki temel hukuk tezi ortaya atılmıştır.[45] Pashukanis'in de savunucusu olduğu ilk tez, sosyalist temelli bir hukuk inşasının kapitalizm sonrasında mümkün olamayacağı, zira devletin ve hukukun sönümlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. İkinci tez ise, bunun tam aksine Marksist yazına dayanan ve sönümlenmeyecek bir sosyalist hukuk teorisi geliştirilebileceğini iddia etmektedir.[46] Bu kapsamda Marksist hukukun ortaya çıkışı ve gelişiminde SSCB'de üç temel dönem bulunmaktadır. Birinci dönem, Pashukanis'in yukarıda belirtilen ilk tezi doğrultusunda sönümlenmeci hukuk dönemidir. İkinci dönemde, Lenin'in Yeni Ekonomi Politikası (NEP) doğrultusundaki politikaları sebebiyle hukukun geliştiği, yasaların ve yasal kurumların sayısının arttığı, hatta Pashukanis tarafından da bu yönleriyle eleştirilmiş olan NEP dönemidir. Son dönem ise, Stalin'in etkisiyle ve Vyshinsky'nin tezleri doğrultusunda sönümlenmeci hukuktan vazgeçilerek Marksist-Sosyalist hukukun SSCB sisteminde en güçlü olarak var olduğu dönemdir. Bu çalışma da Marksist hukukun gelişimini incelerken bu dönemlemeye sadık kalmaktadır.

Marksist hukuk teorisinde her ne kadar tartışmalı olsa da Pashukanis'in önemi ve yeri oldukça büyüktür. Binns'e göre Pashukanis, Marksist bir hukuk bakış açısını sunan neredeyse tek sosyalisttir.[47] 1930'larda SSCB'deki hukuksal reformlar ışığında ortaya çıkan ve "meta mübadelesi okulu" olarak adlandırılan ekol, Pashukanis'in en etkin üyesi olduğu ve 1938'de dağı(tı)lan ekoldür. Bu ekole göre her ne kadar Marx'ın doğrudan bir hukuk değerlendirmesi yoksa da özellikle toplumsal ilişkilerin açıklanmasında kullandığı meta mübadelesi kavramı hukukun temeline alınmaktadır.[48] Bilinen

---

42 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 145.

43 SMITH Gordon B., **Soviet Politics: Continuity and Contradiction**, Macmillan Education, London, 1988, s. 138.

44 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 150.

45 **SMITH**, 1988, s. 139.

46 **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 65.

47 **BINNS**, 1980, s. 1.

48 **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 64.

en temel çalışması olan 1924 tarihli *General Theory of Law and Marxism* kitabında ifade ettiği üzere, Pashukanis'in temel amacı yasal form ile meta formu arasında bir yakınlık veya benzerlik kurmaktır.[49] Bir başka ifadeyle, "Pashukanis, meta formu mantığının yasal form mantığı olduğunu ileri sürmektedir".[50] Bu anlamda yasal form ile meta form özdeştir. Meta form, meta mübadelesi ilişkilerini anlatmaktadır: bir pazarın varlığı halinde buradaki meta mübadelesi ilişkileri, hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyacaktır. Öyle ki meta değişiminde alım, satım, sahiplik, anlaşma gibi konular hukuki düzenlemelere muhtaçtır. Bu muhtaçlık içerisinde meta formu, yasal forma dönüşecek ve hukuk kurallarını oluşturacaktır. Meta mübadelesinin olduğu yerde, Çelebi ve Özdemir'e göre, "*'özgür', 'egemen', 'eşit' insan taşıyıcılar arasındaki ilişkiler, 'hukuki biçim' aracılığı ile düzenlenir. Bunların 'özgürlükleri' istedikleri metayı istediği şeyle değiştirme kabiliyetinden, 'egemenlikleri' taşıdıkları mal üzerinde tasarruf hakkı sahibi olmalarından ve 'eşitlikleri' de taşıyıcısı oldukları metanın evrensel eşitleyicinin terimleri ile değerlendiriliyor olmasından kaynaklanmaktadır*".[51] Böylece bir adım ilerisinde hukuk da aynı devlet gibi kapitalizmin baskıcı gücünün bir aracı olarak okunmakta ve sosyalizm altında uzun bir ömrünün olmayacağına inanılmaktadır.

Pashukanis'in canına mal olan[52] bu meta mübadelesi temelli hukuk teorisi, temel savını sosyalist bir hukukun kurulamayacağı ve sosyalizme geçişle birlikte devletin de sönümlenmesi sonuç ve hatta gerekliliğine dayandırmaktadır.[53] Bu bağlamda, kapitalist üretim biçimlerinin getirdiği bir sonuç olarak meta sahiplerinin haklarının korunması gerekmektedir, ki meta mübadelesine dayalı bir ekonomik yapı oluşabilsin ve ayakta kalabilsin. Böylece burjuva hukuku olarak adlandırılabilecek bu hukuk yapısı, bireylerin haklarını korumaya odaklanmıştır ve bu sebeple de Pashukanis'in düşüncesi "hukukun meta mübadelesi teorisi" olarak bilinir.[54] Huskey'e göre de hukuk

---

[49] PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **The General Theory of Law & Marxism**, (çev. Barbara Einhom), 2. bası, Transaction Publishers, New Brunswick, 2003, s. 38.

[50] **MIÉVİLLE**, 2005, s. 78.

[51] **ÇELEBİ / ÖZDEMİR**, 2010, s. 80.

[52] Pashukanis, 1937'de ironik bir şekilde "sosyalist hukuk adına" yargılaması bile yapılmadan idam edilmiştir. HEAD Michael, "The Rise and Fall of a Soviet Jurist: Evgeny Pashukanis and Stalinism", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, C. 17, S. 2, 2004, ss. 271, 275.

[53] Ibid., s. 270; **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 64.

[54] **COLLINS**, 2013, ss. 161-62.

ve sosyalizmin aynı devrim bayrağının gölgesi altında yan yana yaşaması mümkün değildir.[55] Bu dönemin Sovyet lideri Lenin de hukuk ve devlete ilişkin bu Marksist yoruma yakın görünmektedir. Zira ona göre hukuk ve devlet, burjuva toplumunun elinde olan ve komünist bir düzene geçişle ortadan kalkması gereken sistemlerdir.[56]

Pashukanis yasaları ve hukuku bu şekilde kapitalizm ve meta mübadelesiyle ilişkilendirmektedir[57] ve bu ilişkinin doğal bir sonucu olarak "hukukun sönümlenmesi" ortaya çıkmaktadır. Hukuk madem kapitalist ilişkilerin bir ürünüdür, o halde kaçınılmaz olarak kapitalizm sonrası düzende ortadan kalkacaktır.[58] Kapitalizm sonrası düzende meta mübadelesi tarzı bir üretim modeli olmayacağı için, buna dayalı bir hukuk sisteminin de anlamı kalmayacaktır.[59] Dahası, proleter bir devrim ile mülkiyet, devlet ve nihayetinde hukuk tamamen ortadan kalkacaktır.[60]

Dolayısıyla her ne kadar Pashukanis'in temel eseri Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm[61] olsa da bu çalışmasında genel bir Marksist hukuk teorisi kurulmasının imkansızlığına vurgu yapmaktadır.[62] Ancak yine de Pashukanis'e göre sosyalist bir hukuk düzeninin reddi, devrim sonrasında bir hukuk düzeni olmayacağını da ifade etmemektedir.[63] Pashukanis'in diğer yazından ve SSCB'deki ikinci hukuk teorisi olan hukukun sönümlenmeyeceği iddiasından ayrılan en temel noktası, hukuku sınıf ilişkilerinin bir ürünü olarak görmek yerine bireylerin haklarının korunmasının bir ürünü olarak değerlendirmesidir.[64] Bireylerin hakların korunmasından anlaşılması gereken, meta mübadelesi ilişkileri kapsamında ortaya çıkan durum içerisinde bireysel hakların düzenlenmesine duyulan ihtiyaçtır. Meta mübadelesi, burjuva hu-

---

55 HUSKEY Eugene, "A Framework for the Analysis of Soviet Law", **The Russian Review**, C. 50, S. 1, 1991, s. 55.

56 **SMITH**, 1988, s. 138.

57 **PASHUKANIS**, 2002, ss. 137-41.

58 SHARLET Robert, "Stalinism and Soviet Legal Culture", **Stalinism: Essays in Historical Interpretation**, (Ed. Robert C. Tucker), Transaction Publishers, New Brunswick, 1999, s. 161.

59 **COLLINS**, 2013, s. 164; **AKHTAR**, 2015, s. 668.

60 TAY Alice Erh-Soon / KAMENKA Eugene, "Marxism, Socialism and the Theory of Law", **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 23, S. 2, 1985, ss. 229-230.

61 **PASHUKANIS**, 2002.

62 **KARAHANOĞULLARI**, 2003, s. 200.

63 **KARAHANOĞULLARI**, 2018, s. 194.

64 **COLLINS**, 2013, s. 161.

kukunun bir özelliği olarak özellikle mülkiyet hakkına sahip yasal öznelerin ilişkilerinde ortaya çıkar. Bu kapsamda hukuk, mülkiyet gibi burjuva temelli haklara sahip bireylerin bu haklarının korunmasının aracıdır.[65]

Pashukanis'in hukuka sönümleyici yaklaşımı ve meta mübadelesi teorisine yönelik çeşitli eleştiriler bulunmaktadır. Bu kapsamda Collins, Pashukanis'in genel hukuk teorisine bir dizi eleştiri yöneltmiştir. Meta mübadelesi teorisi üç temel dayanağa sahiptir: i) hukukun materyalist yorumu, ii) hukuk kurallarına indirgemeci yaklaşım, iii) bireysel haklara saygı duyan tüm normların yasa olabilmesi. Bu üç özellik de Collins tarafından eleştirilmektedir. Pashukanis'in yaklaşımındaki hukukun materyalist yorumuna göre, toplumun maddi temelinin üretimi -ve yeniden üretimi- tarihsel gelişimde öncül ve belirleyicidir ve hukuk da bu üretim ilişkilerin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[66] Collins'e göre bu yaklaşım, toplumun bilinçli eylemlerini açıklamakta yetersiz kalmakta ve kaçınılmaz şekilde kusurlu bulunmaktadır. İndirgemeci yaklaşım ise, Pashukanis'in tüm hukuk kurallarını meta mübadelesinin bir ürünü olarak görmesini ifade etmektedir. Collins de bu düşünceye farklı hukuk kuralı türlerinin varlığı üzerinden karşı çıkmaktadır. Örneğin ticaret hukuku ve sözleşme hukuku gibi alanlar meta mübadelesinin ürünü olabilse de ceza hukukunun meta mübadelesinin bir ürünü olduğunu ifade etmek eleştiriye daima açık olacaktır. Son olarak Pashukanis, bireysel haklara saygı duydukça tüm kural setlerinin yasa olarak adlandırılabileceğini öne sürmektedir. Collins ise bu durumun yasalar ve toplumsal kurallar arasındaki farkı muğlaklaştırdığını ifade ederek eleştirisini yapmaktadır.[67]

Hukuk, hak, mahkeme gibi yasal kurum ve kavramlar da teoride ve pratikte SSCB ve kapitalist düzen arasında farklılıklar göstermektedir.[68] Karahanoğulları da benzer şekilde hukuk düşünü dahil tüm yasal kurumların Ekim Devrimi ile yaşanan dönüşüme ayak uydurmaya çalıştığını ifade etmektedir.[69] Nitekim süreç de bunu göstermiştir. İç savaşın sonlanmasından sonra, kamulaştırma ve devlet tekelinde üretim ve ticaret öngören sistem, ekonomik zorluklara yol açmıştır. Bunun sonucu olarak Lenin yönetimi,

---

65 Ibid., ss. 161-162.

66 COTTERRELL Roger B. M. "Review of Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law", **British Journal of Law and Society,** C. 7, S. 2, 1980, s. 321.

67 **COLLINS**, 2013, ss. 162-164.

68 FULLER Lon L., "Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory", **Michigan Law Review**, C. 47, S. 8, 1949, s. 1158.

69 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 144.

1918-1921 arası dönemi kapsayan savaş komünizminden, yeni bir ekonomik düzene geçtiğini açıklamıştır. Mart 1921'deki 10. Parti Kongresi'nde Lenin, çiftçileri ve köylüleri devletle karşı karşıya getiren açlık ve ekonomik düzen karşısında NEP'in ilanını yapmıştır.[70]

NEP'le birlikte artık daha önceki devlet kamulaştırması ve tekeline dayalı ekonomik sistemden, sınırlı da olsa özel sektör girişimlerine izin veren bir ekonomi politikasına geçiş yapılmıştır. Bunun hukuk ile bağlantısı ise, sınırlı özel sektörün ilişkilerinin düzenlenmesi gerekliliğiyle ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda NEP dönemi, Sovyet hukuku alanında dönüşümlerin ve düzenlemelerin yaşandığı bir dönem ve yeni bir hukuk sisteminin yaratıldığı süreç olarak öne çıkmaktadır.[71] Bu dönemdeki hukuk anlayışı, öngörülebilir, standart ve yazılı bir hukuk sisteminin kurulmasına dayanmaktadır.[72] 1922-27 yılları arasında Medeni Hukuk, Toprak Hukuku, Ceza Hukuku, İş Hukuku ve Aile Hukuku gibi alanlarda yasal düzenlemelerin yapılması, bu dönemin yarattığı sonuçlar arasındadır.[73] Bu dönem, hiç şüphesiz ki Pashukanis tarafından eleştiri odağı olmuş, Sovyet hukukunu burjuva hukuku olarak adlandırmasına yol açmıştır.[74] Açıkça ifade edilmelidir ki bu süreç, Pashukanis'in eleştirisinden anlaşılacağı gibi Ekim Devrimi sonrasında ağırlık kazanmış olan "sönümlenmeci hukuk" anlayışının terki anlamına gelmiştir. Lenin'in hukukun sönümlenmeci yaklaşımını terki, Sharlet'e göre iç savaş koşullarında yıpranmış olan bir düzeni ayakta tutması için atılmış bir adımdı.[75] Lenin, NEP ile birlikte aslında aynen Pashukanis'in meta mübadelesi teorisinde ileri sürdüğü gibi, özel iştiraklerle tekrar başlayan mübadele ilişkilerini düzenlemek için hukuk kurallarına ihtiyaç duymuştur. Bu da Sovyet sistemi içerisinde burjuva döneminin hukuk düzenlemelerine benzer bir hukuk sistemi oluştuğu şeklinde yorumlanabilir. Özetle NEP dönemi, Sovyet hukuk sistemi ve Marksist hukukta ikinci dönemdir.

Bir diğer SSCB hukukçusu olan Vyshinshky, ikinci tezle uyuşan bir şekilde sosyalist hukuk düzeninin kapitalizmi yıkıp sosyalizmi kurmak için kullanılabileceğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda hukuk öncelikle devleti

---

70 RICHMAN Sheldon L., "War Communism to NEP: The Road From Serfdom", **The Journal of Libertarian Studies**, C. 5, S. 1, 1981, ss. 89-93.

71 **KARAHANOĞULLARI**, 2018, s. 179.

72 **SHARLET**, 1999, s. 160.

73 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, ss. 152-153.

74 Ibid., s. 154.

75 **SHARLET**, 1999, s. 158.

güçlendirmek amacıyla kullanılıp daha sonra da sosyalizmin kurulması ve uygulanması için kullanılabilir bir araç olarak görülmüştür.[76] Huskey'nin aktardığı şekilde Vyshinsky, hukukun tam gücünün ancak sosyalist düzenle gösterebileceğine inanmaktadır.[77] Vyshinsky, daha önceleri aynı paydada buluştuğu Pashukanis'in meta mübadelesi teorisinden kaçınmakla birlikte, hukukun üretim ilişkilerinin bir ürünü olduğunu ifade etmiş,[78] ancak Sovyet hukukunu Stalinist bir sistematiğe kaydırmıştır.[79] Stalin, 16. Parti Kongresi'nde açık ve net şekilde Vyshinsky'nin görüşüne paralel bir fikir ortaya koymuştur. Buna göre devletin sönümlenmesi için, tarihte görülmüş en güçlü devlet kurulmalıdır.[80] Böylelikle 1930 yılı, Sovyet hukukunda yeni dönemin resmi olarak ve ilanen başlangıcıdır. Bu dönemde "*kapitalist üretim ilişkilerinin temel hukuk biçimlerini kısmen bozarak olsa da kullanan ve sosyalist içerikli olduğu ileri sürülen Sosyalist hukuk gelişmiştir*".[81] 1936 yılında Stalin anayasasının[82] kabulü ile de Sovyet hukuk kültüründe Stalinci dönem bir anlamda ete kemiğe bürünmüştür.[83] Stalin dönemi, genel olarak Sovyet hukuk kültürünün oluştuğu ve hukukun sönümleneceği tezinin tamamen terk edildiği dönem olarak görülmektedir.[84] Bir diğer ifadeyle bu dönem, NEP döneminden sonra Marksist hukukun üçüncü dönemidir.[85]

Pashukanis'in aksine hukukun sönümlenmesinden ziyade güçlendirilmesini savunan Vyshinsky'nin[86] hukuka bakışı ve kurguladığı Sovyet hukuku üç temel özellikle betimlenebilir. İlk olarak, Vyshinsky ikili bir devlet

---

76 **AKHTAR**, 2015, s. 669.

77 **HUSKEY**, 1991, s. 57.

78 VYSHINSKY Andrei Y., **The Law of the Soviet State**, (çev. Hugh W. Babb), Macmillan Company, New York, 1948, s. 14.

79 SHARLET Robert / BEIRNE Piers, "In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror", **Revolution in Law: Contributions to the Development of Soviet Legal Theory, 1917-1938**, (Ed. Piers Beirne), Routledge, London, 2015, s. 143, 149.

80 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 155.

81 Ibid, s. 156.

82 RADIN Max, "Vyskinsky's Law", **The Virginia Quarterly Review**, C. 25, S. 3, 1949, s. 466.

83 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 155; **SHARLET**, 1999, s. 169.

84 **SHARLET**, 1999, s. 158.

85 Çalışmanın kısıtlılığı içerisinde NEP döneminden sonra hukuk devrimi olarak adlandırılan ve NEP'e, NEP'in getirdiği hukuk kültürü ve sistemine karşı Pashukanis'in teorisi etrafında toplananların yürüttüğü mücadeleyi içeren döneme ayrıca değinilmemiştir. Bu süreç, NEP döneminde kurulan hukuki kurumların ve düzenlemelerin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ibid.

86 Ibid., s. 178.

yapısı öngörmektedir. Bu yapıda proletarya diktası hukukun kaynağı iken, Komünist Parti hukukun yerini alan kurumdur. Bir diğer ifadeyle hem hukuki kuralların olduğu ve düzenin bulunduğu hem de bu kuralları tek çırpıda yok sayabilecek bir gücün bulunduğu bir devlet biçimiyle karşı karşıya kalınmıştır. İkinci olarak Vyshinsky, siyasi ve olağan (gündelik) hukuki olaylar ve davalar arasında bir ayrım olduğunu ifade etmiştir. Bu ayrım, sosyalist bir hukuk bilinci kurularak düzeltilmeli ve hukuk bir politika aracı olarak da kurgulanmalıdır. Hukukun bu kapsamda azalmış olan itibarı özellikle güçlü mahkemeler ve güçlü hukuki yapılar ile adil kararların alınması doğrultusunda düzeltilmelidir. Son olarak Vyshinsky, hukuka olan saygının varlığını reddetmese de bunun ancak proleter devrimin kuralları ile uyuştuğu müddetçe değerli olduğunu savunmaktadır.[87] Bir diğer ifadeyle devrimle çelişen bir hukuk kuralına saygı duymak mümkün değildir.

Smith, Vyshinsky'nin hukuka genel olarak bakışını otoriter olarak adlandırmaktayken,[88] Karahanoğulları da bu yaklaşımı sosyalist normativist-pozitivizm olarak ifade etmektedir.[89] Vyshinsky, devlete ve özellikle hukuka ilişkin burjuva teorilerinin sınıf sömürüsünü göz ardı ettiğini ve hatta gizlediğini ifade etmekte, bunların bilimsel bir dayanağı olmadığını, ancak Marksist-Leninist bir hukuk ve devlet teorisinin bilimsel gerçekliği olduğunu ileri sürmektedir.[90] Marksizme göre hukuk, materyalist ilişkilerin bir sonucudur ve hukuk kesinlikle baskın sınıfın istediği bir kurumdur. Böylece hukuk, ekonomik ilişkilerin üzerinde şekillenmiş bir üstyapıdır.[91]

II. MARKSİZMİN ULUSLARARASI HUKUK YORUMU

Yukarıda da ifade edildiği üzere Marx, Engels ve Lenin'in çalışmalarında hukuk ve yasal düzen ile ilişkili bir konu bulmak ve sistematik bir Marksist hukuk analizi geliştirmek mümkün değildir.[92] Dolayısıyla Marksizm ile uluslararası hukukun bağlantısını yakalamak da bir hayli zorlaşmaktadır. Belki de bu nedenle Carty de Marksizmin bir uluslararası hukuk teorisi oluşturmadığını, ancak bugün uluslararası hukukun nasıl yozlaştırıldığını açıklayabilecek bir pencere sunduğunu

87 **SHARLET** / **BEIRNE**, 2015, s. 150.

88 **SMITH**, 1988, s. 139.

89 **KARAHANOĞULLARI**, 2018, s. 191.

90 **VYSHINSKY**, 1948, ss. 5-6.

91 Ibid., s. 13.

92 **KNOX**, 2016a, s. 306; CHIMNI, 1999, s. 337.

ifade etmektedir.[93] Bu itibarla Marksist bir uluslararası hukuktan ziyade, uluslararası hukukun Marksist bir eleştirisinden bahsetmek daha doğru olacaktır.

Her ne kadar klasik Marksizm uluslararası hukukla ilişkili doğrudan bir görüş belirtmemiş olsa da Marksist yazında sonradan üretilmiş kavramlar ve bakış açıları uluslararası hukuk için önemli bir miras oluşturmuştur.[94] Yukarıda da değinildiği üzere Marksizm, kapitalist üretim ilişkilerinden kaynaklı sömürü sistemine büyük bir vurgu yapmakta ve devlet-hukuk-sosyal ilişkiler üçgeninde kurucu öğenin ekonomik ilişkiler olduğunu ileri sürmektedir. Bu yaklaşımın uluslararası ilişkilere de uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır, zira bir ülke içerisindeki ekonomik faaliyetler ve bu faaliyetleri yürüten aktörlerin iz düşümleri uluslararası arenada da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Marksist yaklaşımda, sosyalist devrimden önceki bir ülkede üretim güçleri bir tarafta sömüren sınıf (üretim araçlarını elinde tutan burjuva kapitalist sınıf), bir tarafta sömürülen sınıf (proletarya) ve bir tarafta da bu sömürü düzeninin sürdürülmesinden sorumlu olan ve hukuku da bu anlamda araçsallaştıran yönetici sınıftan (devlet) ibarettir. Uluslararası ilişkilerde ise bu aktörler, üretim güçlerini yoğun şekilde ellerinde toplamış burjuva sınıfının hakimiyetindeki güçlü devletler (sömüren sınıf), emperyalist güçlerin ürettikleri mallar için pazar ve hammadde tedarikçisi olan zayıf ülkeler (sömürülen sınıf) ve son olarak bu sömürü düzeninin devamını sağlayan -özellikle finansal- uluslararası kuruluşlardır. Belirtmek gerekir ki bu sonuncusu, emperyalist güçlerin hakimiyetinde oluşturulan bir uluslararası hukukun çıktılarıdır.

Bu anlamda uluslararası ekonomik düzenin işleyişi uluslararası hukukun Marksist yorumu için merkezi bir konumdadır.[95] Knox'a göre de Marksist yazarların uluslararası hukukla kurduğu bağlantı, uluslararası hukukun emperyalist güçlerin birbirleriyle olan mücadeleleri ve sömürgeci baskının bir nevi aracı olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır.[96] Bu bağlamda Marksist uluslararası hukuk teorisinin hareket noktası emperyalizmdir.[97] Ayrıca

---

93 CARTY Anthony, "Marxism and International Law: Perspectives for the American (Twenty-First) Century?", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 169.

94 MARKS Susan, **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 s. 2.

95 **KNOX**, 2016a, s. 312.

96 Ibid., s. 7.

97 KNOX Robert, **A Critical Examination of the Concept of Imperialism in Marxist and Third World Approaches to International Law,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, London, London School of Economics Department of Law, 2014, s. 177.

bu bakışa göre emperyalizm, uluslararası hukuk aracılığıyla emperyalist bir sınıf ilişkisi yaratmaktadır.[98] Bu temel nokta açısından ise Marksistler uluslararası hukuk ve emperyalizm arasındaki ilişkiyi anlamakta ideoloji kavramına yer vermektedirler.[99] 1980'lerde popülerlik kazanan küreselleşme ve uluslararası piyasa kavramları, uluslararası hukukun Marksist bakış açısını da harekete geçirmiştir. Tartışmalar elle tutulur bir sonuca ulaşmasa da "uluslararası devlet" yaklaşımından hareketle bu süreç Marksizmin uluslararası hukuk gündemine dahil olduğu bir dönem olmuştur.[100]

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki genel eğilim, uluslararası hukukun evrenselleştirilmesi olmuştur. Bu dönemde uluslararası hukukun evrensellik meşruiyeti çeşitli illüzyonlar üzerinden pazarlanmıştır. Birincisi tüm devletlerin egemen olarak eşit birimler olduğu fikri Birleşmiş Milletler (BM) Şartı gibi temel metinlerde benimsenmiş, ancak bunun aksine pek çok uygulama kurumsal bir hale gelmiştir. Örneğin BM Güvenlik Konseyi'nin veto yetkisine sahip beş daimî üyesi, diğer devletlerin kendileriyle egemen eşit birimler olmadıklarını her kararda uluslararası toplumun yüzüne vurmaktadır. Ayrıca güçlü devletler, daha zayıf devletlerin içişlerine türlü nedenlerle ve çoğu zaman kendi menfaatlerini koruyacak şekilde müdahil olmaktadır. Örneğin ABD, Venezüella gibi ülkelerde -bazen isabetli şekilde- insan hakları savunuculuğu yaparken, İsrail ve Suudi Arabistan gibi Venezüella'yı bu kulvarda geride bırakacak ülkelerle gayet yakın ilişkiler kurmaktadır.

Uluslararası hukuktaki egemen eşitlik illüzyonu, katılımcılık illüzyonu olarak adlandırılabilecek bir başka yanılgıyı da beraberinde getirmektedir. Bu anlamda devletler egemen olarak eşit oldukları için uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna da eşit seviyede katılmakta ve teorik olarak da eşit katılımla oluşturulan kurallara uymak gibi bir ödevi yüklenmektedirler. Ancak örneğin uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda gerekli olan istikrarlı devlet uygulamaları ve bu uygulamaların hukuk kuralı olduğuna dair inancın (*opinio juris*) varlığının tespiti için ilk aşamada bakılacak devletler güçlü kapitalist devletler mi yoksa zayıf Üçüncü Dünya ülkeleri mi olacaktır? İyi niyetli bir spekülasyon olarak söylenebilir ki uluslararası hukukçu, Doğu Afrika Topluluğu veya Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu'nun üyelerinden çok daha önce BM Güvenlik Konseyi daimî üyeleri-

---

98 Ibid., s. 192.

99 Ibid., s. 188.

100 **MIÉVILLE**, 2005, s. 62.

ni inceleyecektir. Bu inceleme, modern uluslararası hukukun "uluslararası toplumu" hangi ölçüde temsil ettiği sorusunun sorulmasını gerekli kılmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki uluslararası hukukun evrenselleşmesi döneminde, Sovyet hukukunun bu eğilimin bir takipçisi olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Sovyet hukuk sisteminin bir özelliği, sosyalist ülkeler ile sosyalist olmayan ülkeler arasında uluslararası hukuku farklı şekilde algılayan ve uygulayan bir dikotomi yaratmasıdır. Bu dikotomi de hem uluslararası hukukun evrenselleştirilmesinde hem de sosyalist ülkelerin diğer ülkelerle uluslararası hukuk paydasında buluşmasında sorunlar meydana getirmiştir.[101] Sovyet hukukunun bir diğer özelliği de kaynağını teamüller ve anlaşmalardan almasıdır. Ancak bu iki kaynak arasında teamüller, anlaşmalara kıyasla daha az önemli görülmektedir zira teamül burjuva devletinin bir özelliği olarak değerlendirilmektedir.

Belirtilmelidir ki teamül hukukunun yazılı olmama niteliği de hukukun anlamını ve kapsamını belirsiz yapması sebebiyle Sovyet sistemi içerisinde arka planda kalmıştır.[102] Sovyet hukuku bu noktada belirsizliğe karşı bir tavır takınsa da Erickson'a göre, bir paradoks olarak yarattığı ve savunduğu iki temel belirsizlik konusu vardır. Birincisi, Sovyet hukukçular bir kuralın bağlayıcılık kazanmasını hukukun genel bir prensibi olarak görmektedirler. Ancak hukukun genel prensibi, uluslararası hukukun kaynağı değildir. Bu prensibin de bağlayıcı olması için ancak ve ancak teamül veya anlaşmalara dayanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, genel prensibin teamül yoluyla mı yoksa uluslararası anlaşmalar yoluyla mı hukukun kaynağı olacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. İkinci belirsizlik ise, tartışılabilir olmakla beraber, Sovyet hukukçuların bir hukuk kuralının kaynağının BM Şartı olabileceğini ifade etmesiyle ortaya çıkmaktadır. Burada tartışılabilir olan konu, BM Şartı'nın teamül hukuku mu yoksa anlaşma hukuku mu kapsamında değerlendirileceğidir. Bu doğrultuda hukuk kuralının kaynağı, Sovyet hukukunda yine belirsiz kalmaktadır.[103]

---

[101] PECHOTA Vratislav / D'AMATO Anthony A. / HIGGINS Rosalyn, "The Contemporary Marxist Theory of International Law", **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, C. 75, 1981, s. 154.

[102] ERICKSON Richard, "Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law,** C. 7, S. 2, 1975, ss. 150-51.

[103] Ibid., s., 152.

Marksist-Leninist bir temele oturan Ekim Devrimi, tıpkı genel hukuk teorisinde olduğu gibi uluslararası hukuk alanında da Marksist-Leninist çizgilerle çizilmiş yeni bir sayfa açmıştır.[104] Temel aktörü devlet olan uluslararası hukuk[105] ve yeni Sovyet düzeninin yasal ilkeleri, hiç şüphesiz ki Sovyet sisteminin sınıf temelli yapısından, sosyalist rejimden ve işçi sınıfından etkilenmiştir. Erickson'ın da işaret ettiği gibi Sovyet sistemi, self-determinasyon, barış içinde bir arada yaşama ve anlaşmaların eşit şartlarda yapılması gibi uluslararası hukuk prensipleri üzerinde ısrarcı olmuştur.[106] Temel olarak Tunkin tarafından üç şekilde ifade edilen bu ilkeler şöyle sıralanabilir: i-) sosyalist devletler arasında uygulanacak sosyalist enternasyonal ilkeler, ii-) eşitlik ve self-determinasyon ilkeleri, iii-) özellikle farklı yönetim sistemleri olan devletlerle uyum içinde bir arada var olma. Bu ilkeler, Tunkin'e göre Sovyet dönemiyle oluşturulmaya başlanan yeni Marksist uluslararası hukukun temelini oluşturmuştur.[107]

Sosyalist enternasyonalizm ilkesi, basit bir ifadeyle tüm sosyalist ülkelerdeki işçi grupların iş birliğini, barışını ve uyumunu içerir. Proleter enternasyonalizm[108] olarak da adlandırılan bu ilke, Sovyet uluslararası hukukunu oldukça derinden etkilemiştir. SSCB, uluslararası ilişkilerde her zaman bu ilkeyi gözeterek hareket etmiş, yeri geldiğinde bu ilkeden doğan sorumluluklarını uygulamış yeri geldiğinde ise bu ilke kapsamında destek beklemiştir. Bu ilkenin uygulanmasında sosyalist ülkelerle imzalanan uluslararası anlaşmalar ve bildiriler ile bu ülkelerdeki işçi partileri arasında yapılan düzenlemeler yer almıştır.[109]

Benzer şekilde self-determinasyon ilkesi de Marksist uluslararası hukuka bakışın kuruluşu aşamasında temel bir prensip olarak görülmüştür. Marksist-Leninist temelden bakıldığında her topluluğun, özellikle sınıf temelli ilişkiler sebebiyle, self-determinasyon hakkı olmalıdır. Bu ilkenin evrensel yorumu, SSCB'de Barış Kararnamesi[110] ile resmi olarak bu ilkeden bahsedilmesini ve

---

104 TUNKIN Grigory I., **Theory of International Law**, (çev. William E. Butler), Harvard University Press, Cambridge, 1974b, s. 433.

105 CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 57.

106 **ERICKSON**, 1975, s. 151.

107 **TUNKIN**, 1974, ss. 3-4.

108 Ibid., s. 431.

109 Ibid., ss. 6, 432, 433.

110 Barış Kararnamesi için bkz. PEELING Siobhan, "Decree on Peace", **1914-1918-Online International Encyclopedia of the First World War**, Freie Universität Berlin, Berlin, 2014, http://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/decree_on_peace/2014-12-19 (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

kabul edilmesini sağlamıştır. SSCB ve Lenin, self-determinasyonu uluslararası ve evrensel bir norm olarak görmüş ve bu yönde hareket etmiş, uluslararası hukuku ve diplomasiyi de bu doğrultuda kullanmak için çabalamıştır.[111] Öyle ki bu çabalar arasında ülkelerle imzaladığı anlaşmalarda bu prensibi de anlaşma konusu etmek gibi durumların varlığı sayılmalıdır.[112] Dahası BM'nin kurucu anlaşmasının müzakere edildiği San Francisco Konferansı görüşmeleri sırasında self-determinasyonun ilkesinin BM Şartı'nda yer alması için en fazla girişimde bulunan ülke de yine SSCB olmuştur.[113]

Uyum içinde bir arada var olma prensibi, özellikle diğer devlet sistemlerinin var olduğu bir dünyada SSCB'nin varlığını sürdürebilmesi için benimsenmiş bir ilke olarak yorumlanabilir. Nitekim Lenin de kapitalistlerle aynı dünyada yaşamak istemeyen bir Sovyetin aya gitmesi gerektiğini söylerken buna işaret etmiştir.[114] Bu kapsamda kuvvet kullanmama, sorunları barışçıl yolla çözme, müdahale etmeme, egemenliğe saygı duyma ve iş birliği hem SSCB dış politikasının hem de Sovyet uluslararası hukukunun bazı önemli ilkeleri olmuştur.[115]

Yalvaç ve Miéville'ın da belirttikleri gibi uluslararası hukuk alanında Marksist yoruma ilişkin doktrinsel çalışma sayısı oldukça sınırlıdır. Bu sınırlı çalışmalarda da uluslararası hukuk, ekonomik altyapının üstyapısı olarak sınıflandırılmıştır.[116] Yine de Marksist teori üzerinden uluslararası hukuka yorum yapılamayacağını düşünmek yanlış bir tespit olacaktır. Korovin, Pashukanis, Tunkin, Chimni, Miéville, Susan Marks, Knox ve Yalvaç gibi yazarlar Marksist teorinin genel düşününden yola çıkarak bu alandaki boşluğu doldurmaya çalışmışlardır. Bu anlamda Korovin'in "sosyalist uluslararası hukuk" fikrini gündeme getiren ilk yazar olduğu bilinmektedir.[117] Uluslararası hukukta Sovyet teorisi

---

[111] **TUNKIN**, 1974, ss. 8-12.

[112] Bu konuda detaylar için bkz. Ibid.

[113] FISCH Jörg, **The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion**, (çev. Anita Mage, Cambridge University Press, New York, 2015, s. 191. ("Sovyetler Birliği'nin desteği olmasaydı, self-determinasyon konusunda böylesine net bir ifade kesinlikle ortaya çıkmazdı"); SUMMER James, **Peoples and International Law**, 2. bası, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, s. 194; KIRDIM Şahin Eray / DEMİRKOL Atahan, "San Francisco Konferansı Görüşmeleri ve Birleşmiş Milletler Kararları Işığında Self-Determinasyon Kavramının İncelenmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 25, S. 1, 2021, s. 397.

[114] **PECHOTA / D'AMATO / HIGGINS**, 1981, s. 153.

[115] Ibid., s. 153.

[116] **YALVAÇ**, 2011, s. 69; **MIÉVILLE**, 2005, s. 60.

[117] **MIÉVILLE**, 2005, s. 60.

olarak adlandırılabilecek bu düşünce, hiç şüphesiz ki Marksist-Leninist toplum yapısı yaklaşımından etkilenmiştir.[118] Ancak Korovin'in 1924 yılında yaptığı çalışması sistematik bir analize yer vermediğinden, sosyalist uluslararası hukuk 1930'lardan 1950'lere kadar bir süre daha gelişememiştir.[119]

Pashukanis ve Korovin, uluslararası hukuktan bahsederken bunun kaynağını iç hukuka bağlamaktadır. İç hukuk, şaşırtıcı olmayan şekilde, sınıf ilişkilerinin bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.[120] Dahası, Pashukanis'e göre uluslararası hukukun özü, kapitalist devletler arasındaki çekişmelerde ve bunların koloniler ile proletarya üzerindeki egemenliklerini pratiğe dökmelerinde yatmaktadır. Yani uluslararası hukuk, kapitalist devletler arasında sermayeye dayalı yönetimin gücünü arttırmak için kullanılmaktadır.[121] Bu bağlamda Pashukanis, uluslararası hukuka bakışında daha önce aktarılan meta mübadelesi teorisi ve Lenin'in emperyalizm yaklaşımını bir araya getirmektedir. İç hukukun kapitalizmle birleşmesi, uluslararası hukukun tüm gücüyle ortaya çıkmasına neden olmuştur. Üretim ilişkilerinin sadece bireyler arasında değil, toplumlar ve topluluklar arasında da etkileşime neden olması bunun bir sebebi olarak yorumlanabilir.[122] Pashukanis'e göre uluslararası hukuk, meta mübadelesinin sebep olduğu birçok kurumu içinde barındırmaktadır. Dolayısıyla iç hukuk ve özel hukukun uluslararası hukuk üzerinde bir etkisi olduğu söylenebilir.[123] Nitekim iç hukukun kaynağının da Marksist teoride üretim ilişkileri olduğunu öne süren görüş hatırda tutulmalıdır. Pashukanis, uluslararası hukukun tanımında bilinçli veya bilinçsiz olarak burjuva tarafından sınıf etkeninin gizlendiğini ileri sürmektedir. Tam olarak kendi ifadesiyle "*modern uluslararası hukuk, kapitalist devletlerin dünyanın geri kalanı üzerindeki hakimiyeti için birbirleriyle aralarındaki mücadelenin yasal formudur*".[124]

---

[118] TUNKIN Grigory I., "The Contemporary Soviet Theory of International Law", **Current Legal Problems**, C. 31, S. 1, 1978, s. 177. Chimni'ye göre ise Sovyet kökenli bu yaklaşımın teorik temelleri, Marksizm ve Leninizmden ziyade Sovyet dış politikasının izlerini taşımaktaydı. **CHIMNI**, 1999, s. 337.

[119] **MIÉVILLE**, 2005, s. 60.

[120] HAZARD John N., "Cleansing Soviet International Law of Anti-Marxist Theories", **The American Journal of International Law**, C. 32, S. 2, 1938, s. 245.

[121] Ibid., ss. 245-246.

[122] **KNOX**, 2016a, s. 316.

[123] **YALVAÇ**, 2011, s. 75.

[124] PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law**, (Ed. Piers Beirne ve Robert Sharlet), (çev. Peter B. Maggs), Academic Press Inc., London, 1980, s. 169.

Yalvaç, Pashukanis'in uluslararası ilişkilere bakışındaki en önemli noktanın devleti ve hukuku oldukları gibi kabul etmeden önce tarihsel bağlamını ve bu bağlamda birbirleriyle olan ilişkilerini analiz etmek olduğunu söylemektedir.[125] Pashukanis'in yaklaşımında burjuva devletlerinin kurulmasıyla birlikte milletler hukuku, uluslararası hukuk olarak devletler arasındaki ilişkilere uygulanmıştır.[126] Pashukanis, uluslararası hukukun egemen devletler temelli yorumuyla birlikte egemenliğin olmadığı yerde uluslararası hukukun da olamayacağını vurgulamaktadır; çünkü uluslararası hukukun öznesi ortadan kalkmış olacaktır.[127] Bu anlamda nasıl ki iç hukuk sönümlenmelidir, uluslararası hukuk da devlet temelli sistemin sona ermesiyle sönümlenecektir.

1960'larla birlikte teorinin bayraktarlığını Grigory Tunkin üstlenmiştir.[128] Genel olarak denilebilir ki Tunkin'in uluslararası hukuka yorumu iki temel üzerine oturmuştur. Birincisi, proleter enternasyonalizm üzerine kurulu sosyalist hukuk, ikincisi barış içinde bir arada yaşama.[129] Bu bağlamda Tunkin ikili bir uluslararası hukuk yaklaşımı getirmektedir. Aynı sosyoekonomik yapıyı paylaşan devletler ile kurulacak bir sosyalist hukuk ve farklı sosyoekonomik yapıdaki devletlerle kurulacak bir genel uluslararası hukuk ilişkisi.[130] Tunkin, uluslararası hukukun kaynağına ilişkin de değerlendirme yapmaktadır. Yukarıda bahsedilen teamül ve anlaşmalar belirsizliğinin yanı sıra Tunkin, uluslararası hukukun uygulamalardan beslenmediğini ifade etmektedir. Tunkin'e göre uygulamalar her ne kadar uzun süreli olursa olsun uluslararası hukuk kuralları olamazlar.[131] Bu itibarla uluslararası teamül hukukunu uluslararası hukukun kaynağı olarak göstermek hem yanıltıcı hem de sömürücüdür; zira nihayetinde uluslararası teamül hukukunu da uluslararası ilişkilerde en çok sözü geçen yapmaktadır. Pashukanis'e benzer şekilde Tunkin de uluslararası hukuku egemen devletler arasındaki ilişkiler olarak görenlerdendir. Tunkin'e göre egemen devletler, uluslararası hukukun pren-

---

125 **YALVAÇ**, 2011, ss. 74-75.

126 Ibid., s. 75.

127 **MIÉVILLE**, 2005, s. 74.

128 Ibid., s. 61.

129 CRUICKSHANK / KUBÁLKOVÁ, **Marxism and International Relations,** s. 175 aktaran Miéville, **MIÉVILLE**, 2005, s. 61.

130 TUNKIN, **International Law: A Textbook**, s. 250 aktaran **MIÉVILLE**, 2005, s. 61.

131 TUNKIN Grigory I., "The United Nations: 1945-1965 (Problems of International Law)", **Soviet Law and Government**, C. 4, S. 4, 1966, s. 7.

sipleri içerisinde eşit haklardan faydalanırlar. Ancak burada egemenlik kavramının kapsamı ve anlamı önemlidir. Tunkin, egemenliğin mutlak bir egemenlik olmadığını, zira bunun yeryüzünde mümkün olan bir egemenlik biçimine karşılık gelmediğini ve egemenliğin de ancak uluslararası hukuk tarafından tanımlanmış bir ölçüde kullanılabileceğini ileri sürmektedir.[132] Buradan hareketle denilebilir ki Tunkin de egemenliğin illüzyonist doğası üzerinde durmaktadır. Hangi siyasal birimin egemen -ve dolayısıyla da eşit haklara sahip- olduğunu belirleme tekelini elinde tutan gelişmiş kapitalist ülkeler, az gelişmişleri bu haktan yoksun kılmış, dolayısıyla da pozitivist hukuk çerçevesinde bu siyasal birimlerin özgürlüklerini dilediği gibi kısıtlamak konusunda herhangi bir kavramsal zorluk yaşamamıştır. Yine Pashukanis'e benzer şekilde Tunkin de uluslararası hukukun, tıpkı genel hukuka bakışta olduğu gibi, ekonomik yapının üzerine kurulmuş olan üstyapının bir parçası olduğunu belirtmektedir.[133]

Marksist uluslararası hukuk teorisi için bir diğer önemli isim de hiç şüphesiz ki Chimni'dir.[134] Chimni, burjuva tarzı uluslararası hukuk yazınını dört temel unsuruyla açıklamaktadır. İlk olarak bu yazın, devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralların formel ve teknik yönüne odaklanarak mekanik bir değerlendirme yapmakta ve sosyoekonomik yönünü göz ardı etmektedir. Böylelikle uluslararası hukukun tarihsel ve toplumsal bağlamını görmezden gelmektedir, ki bu bağlamda emperyalizmin kanlı tarihi kolayca bulunabilir. İkinci olarak devlet, burjuva hukuk yazınının varsayımına göre belirli çıkar grupları veya sınıfların üzerinde yapılanmış ve "ulusal çıkarları" gerçekleştirme görev ve yetkisiyle donatılmış anahtar konumdaki aygıttır. Bu anlamda Chimni'de uluslararası hukuk, devletlerin ve sınıfların üzerinde duran tarafsız bir enstrüman olarak tasvir edilmektedir. Üçüncüsü burjuva yazını, devletin tam egemenliği altında sürdürülen iç siyasal yaşam ile karşı konulamaz bir anarşi mantığıyla yönetilen dış siyaset arasında bir ayrılık olduğu varsayımına dayanmaktadır. Oysaki Marksist görüş, daha önce belirtildiği üzere iç hukukun uluslararası hukuka kaynak olduğunu öne sürmektedir. Dolayısıyla bu iki yapı arasında organik bir bağ vardır. Son olarak da burjuva yaklaşımında kapitalizmin uluslarüstü yapısı göz ardı edilmektedir. Böylece kapitalist dünya ekonomisinden bağımsız bir şekilde devletler arası

---

[132] TUNKIN Grigory I., "The Problem of Sovereignty and Organisation of European Security", **Belgian Review of International Law**, C. 10, 1974a, ss. 2-3.

[133] **TUNKIN**, 1974b, s. 232.

[134] **MIÉVILLE**, 2005, s. 64.

ilişkileri kurgulanamamaktadır.[135] Bu bağlamda Chimni, *Critical Marxist International Law Scholarship* (CMILS) olarak ifade ettiği yaklaşımda uluslararası hukukun kaynağı olarak tarihsel sosyoloji ve uluslararası politik ekonomiyi görmektedir çünkü değişen ve gelişen sosyal yapı ve dünya ekonomisi uluslararası hukuku etkilemektedir.[136]

CMILS, uluslararası hukuk konusunda bazı öneriler de getirmektedir. Bu önerilere göre müzakereci demokrasinin genişletilmesi ve kodifikasyonu gerekmektedir. Bu kapsamda müzakereci demokrasiyi geliştirmek için örneğin müzakere kurullarına hükümetler tarafından gönderilen temsilciler arasında alt sınıfların temsiliyeti sağlanmalıdır. İkinci olarak, insana dayalı bir sosyal etki değerlendirme sistemi kurulmalıdır. Bu sistemde anlaşmalar seçilmiş temsilciler tarafından görüşülmeli ve onaylanmalıdır. Üçüncü olarak CMILS, anlaşmaların uygulanmasında tam egemen olmayan ve bağımlı devletlere esneklik tanınmasını öngörmektedir. Bu esneklik kapsamında örneğin tam egemen olmayan ve bağımlı devletler anlaşmaların alt sınıfların menfaatini koruyacak şekilde uygulanmasını gözetmelidir. Böylelikle, örneğin Dünya Ticaret Örgütü uygulamalarının aksine, bir üst kuruluş tarafından dayatılan tek tip bir uygulama modeli yerine ulusal ölçekte ve alt sınıfların çıkarına dayalı bir model uygulanabilmelidir. Dördüncü olarak, CMILS yaklaşımına göre uluslararası teamül hukukunun kuralları açıklığa kavuşturulmalı ve geliştirilmelidir.[137] Chimni, Marksist hukuku ele alırken çağdaş uluslararası hukukun eleştirisini yapmaktadır. Ona göre çağdaş uluslararası hukuk, devletler arasındaki ve devlet olmayan yapılar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve bu ilişkileri düzenlerken de belirli sınıf ilişkileri ortaya çıkartan bir yapıdır. Bu bağlamda çağdaş uluslararası hukuk, bir burjuva emperyalist hukukudur.[138] Burjuva emperyalist hukuk anlayışı, küreselleşme ile birlikte daha önceki burjuva demokratik hukuk yaklaşımının evrilmesiyle ortaya çıkmıştır. Her açıdan burjuva hukuku olarak görülen uluslararası hukukun Chimni'ye göre kökenini kolonyalizmden aldığı kabulü de şaşırtıcı olmayan bir durumdur.[139]

---

135 **CHIMNI**, 1999, s. 337.

136 **CHIMNI**, 2008, s. 66.

137 CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **Leiden Journal of International Law**, C. 17, S. 1, 2004, ss. 13-14.

138 CHIMNI B. S., "Prolegomena to a Class Approach to International Law", **European Journal of International Law**, C. 21, S. 1, 2010, s. 74.

139 **CHIMNI**, 2004, s. 7.

Bu bağlamda denilebilir ki uluslararası hukuk, tıpkı genel olarak hukukta olduğu gibi eşitsizlikler üzerine kurulmuştur. Genel hukukun bireyler ve sınıflar arasındaki eşitsizlikten temel alan hegemonik doğası, uluslararası hukukta da eşit olmayan devletler arasındaki hegemonya ilişkisinden doğmaktadır.[140] Burada vurgulanmalıdır ki özellikle Sovyet uluslararası hukuk bakışında devlet egemenliği temel noktadır, öyle ki Miéville göre, uluslararası hukukun kaynağı egemen ve bağımsız devletlerdir.[141] Bir diğer açıdan Tunkin ise yasal düzlemde devletleri eşit ve egemen olarak görmektedir. Tunkin'e göre eşit-egemen devletlerin olduğu bir yasal düzlemde ise, egemen devletlerin rızasına dayanmayan bir hukuk kuralı koyulması mümkün değildir.[142] Uluslararası hukukun bir diğer özelliği de yukarıda bahsedildiği gibi sınıf temelli olmasıdır. Hukukun sosyalist mi yoksa kapitalist mi olacağı bu kapsamda yöneten sınıfa bağlıdır.[143] Yöneten sınıfın yapısı, hukukun niteliğini de bu kapsamda belirlemektedir. Dolayısıyla kapitalist bir düzende sosyalist uluslararası hukuku veya tam tersini beklemek mümkün değildir.

Marksist uluslararası hukuk alanında güncel teorisyenler arasında önemli bir isim de China Miéville'dır. Miéville, uluslararası hukukun belirsiz olduğunu ve ilerlemeci toplumsal değişimin önünde bir engel olduğunu ifade eder.[144] Dahası Miéville'a göre, uluslararası hukukun ana öğesi ulus-devletlerdir ve ancak sadece emperyalist devletler hukuk alanında argümanlarını destekleyecek ve bunları sistematik kurallar haline getirebilecek kadar güçlüdürler.[145] Miéville, bu argümanlarını geliştirirken aynı zamanda Sovyet uluslararası hukuk düşününü de eleştirmektedir. Ona göre Sovyet hukukçular, teorileştirilmemiş bir sosyalist uluslararası hukuk savının arkasında burjuva hukukundan çok da farklı bir şey yapmamışlardır. Miéville bu görüşünü bir adım daha ileri götürerek, Sovyet Marksizminin uluslararası hukuka neredeyse hiçbir şey katmadığını ve bu konuda bakılması gereken yerin diğer Marksist yaklaşımlar olduğunu ileri sürmüştür.[146] Bu noktada Miéville'ın

---

[140] **YALVAÇ**, 2011, s. 75.

[141] **PECHOTA / D'AMATO / HIGGINS**, 1981, s. 151; KNOX Robert, "Marxism, International Law, and Political Strategy", **Leiden Journal of International Law**, C. 22, S. 3, 2009, s. 417.

[142] **PECHOTA / D'AMATO / HIGGINS**, 1981, s. 152.

[143] Ibid., s. 150.

[144] **KNOX**, 2009, s. 417.

[145] Ibid., s. 418.

[146] **MIÉVILLE**, 2005, s. 62.

kendisini en çok Pashukanis'e yakın gördüğü belirtilmelidir.[147] Nitekim Sovyet sosyalizminin uluslararası hukuka bir katkısı olmadığını savunan Miéville ile sosyalist bir hukuk düzeni olamayacağını savunan Pashukanis bu kapsamda ortak noktada buluşmaktadır.

Miéville, görece güncel bir yazar olarak sosyalist/Marksist uluslararası hukukun oluşumunda ve teorileştirilmesinde küreselleşme ve Soğuk Savaş sonrası yakınlaşma gibi etkileri de görebilmiştir.[148] Şüphesiz ki özellikle Soğuk Savaş'ın bitişi uluslararası hukukun gelişiminde önemli bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır, zira Soğuk Savaş sonrasında küreselleşme hızını arttırmış, kapitalist değerler tüm dünyada egemen olmuş ve emperyalist uluslararası hukukun evrenselleşme süreci hızlanmıştır. Küreselleşme ile 1980'lerden sonra devletler arası ilişkilerin yoğunlaşmaya başlaması, bunların düzenlenmesine ve kurallar silsilesinin daha geniş kapsamda oluşturulmasına yönelik bir ihtiyaç doğurmuştur. Miéville'a göre uluslararası hukuk, sadece gerçek ve hakiki olan hukuk değil aynı zamanda hukukun en saf halidir. Bu yaklaşım, Miéville'ın en özgün katkılarından birisi olarak görülmektedir.[149] Dahası, Miéville için uluslararası hukuk cebri bir hukuk alanıdır. Bu kapsamda her ne kadar bir polis veya kolluk gücü olmasa da cebir ulusdevletlerin politik araçları yoluyla uygulanmaktadır. Freedman'ın tam ifadesiyle "*uluslararası hukuk uluslararası cebirdir. Yani uluslararası hukuk, savaş ve emperyalizm ile derin bir şekilde iç içe geçmiştir*".[150] Bu düşüncelerden yola çıkarak Miéville, örneğin Haiti müdahalesini eleştirmiştir. Haiti'de 1991 yılında yapılan bir askeri darbe sonucunda ülkenin seçilmiş başkanı Jean-Bertrand Aristide devrilmiş ve yerine askeri bir rejim kurulmuştur. BM Güvenlik Konseyi'nin 1994 tarih ve 940 sayılı ile gerçekleştirilen müdahale sonucunda askeri rejim ortadan kaldırılmıştır.[151] Miéville'in yorumuna göre Haiti müdahalesi, uluslararası hukukun güçlü emperyalist devletler tarafından kendi çıkarları doğrultusunda kullanıldığı örnek bir olay olarak görülmelidir.[152]

---

147 **FREEDMAN**, 2006, s. 26.

148 **MIÉVILLE**, 2005, s. 62.

149 **FREEDMAN**, 2006, s. 30.

150 Ibid.

151 FALK Richard, "The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the United Nations", **Harvard International Law Journal,** C. 26, S. 2, 1995, s. 344.

152 KNOX Robert, "Valuing Race? Stretched Marxism and the Logic of Imperialism", **London Review of International Law**, C. 4, S. 1, 2016b, s. 82.

Uluslararası hukukun Marksist yorumu için bakılması gereken son yazar da Robert Knox'dur. Knox'un ifadesine göre Marksist uluslararası hukukun gelişimi 1990'lar ve 2000'leri bulmaktadır.[153] Knox da birçok yazar gibi Marksist hukuk alanının yazında oldukça boş bırakıldığını ifade etmektedir. Nitekim bir alanın Marksist olarak yorumlanması da her zaman kolay bir durum değildir. Bu zorluk içerisinde, sadece Marx ve Engels'in sözlerinden ve yorumlarından ibaret olmayan Marksist yaklaşım, yeni temsilcileri aracılığıyla hukuka dair söylemlerde bulunmuştur.[154] Knox'a göre Marksist uluslararası hukuk teorisi, basitçe uluslararası hukuk disiplinin bir iç meselesi olarak algılanamaz. Dahası Marksist uluslararası hukuk, Marksizmin geniş bir yorumunu gerektirmektedir.[155] Her ne kadar Marksizm'in genel yaklaşımında uluslararası hukuka bakış ekonomik temelli gibi gözükse de Knox'un vurgusuna göre, aslında bu konuda emperyalizm de önemli bir yer tutmaktadır. Pashukanis'ten de destek alan Knox, emperyalizm ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye odaklanmıştır.[156] Marksizm açısından uluslararası hukuk, emperyalizmin ideolojik olarak bir tamamlayıcısıdır.[157] Bu anlamda uluslararası hukuk emperyalist ve kapitalist sömürünün demokratik meşrulaştırılmasında önemli bir rol oynamaktadır.[158] Bir diğer ifadeyle ideoloji, Marksist hukukun anlaşılmasında önemli bir parçadır.[159]

Knox'un değerlendirmesine göre Marksist yazarlar, uluslararası hukukun kolonyal bağımsızlık karşısında sermaye birikimini ve kapitalizmi desteklediği üç temel yol ve yöntem görmektedir: uluslararası ekonomik hukuk, askeri müdahaleler ve insancıllık.[160] Uluslararası ekonomik hukuk, kapitalizmin ve uluslararası sermaye güçlerinin lehine hareket etmekte ve bu yönde emperyalizmi desteklemektedir. Bunun en bariz örneği, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası örgütleriyle sermaye akışını ve Dünya Ticaret Örgütü ile de mal akışını kontrol eden emperyalist devletlerdir. Kurulmasında ABD'nin önemli katkıları olan bu örgütlerde, ABD -ve diğer gelişmiş kapitalist ülkeler- fiili veto yetkisini "dost" ve "dost olmayan" ülke sınıflandır-

153 **KNOX**, 2014, s. 177.
154 **KNOX**, 2016a, s. 306.
155 Ibid., s. 307.
156 **KNOX**, 2016b, s. 88.
157 Ibid., s. 91.
158 **KNOX**, 2016a, s. 321.
159 **KNOX**, 2014, s. 187.
160 **KNOX**, 2016b, ss. 96-97.

masına göre kullanmaktadır. Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bu kurumlardan tamamen dışlanmıştır, ki bu örgütlerden yararlanmak isteyen her ülkeden siyasal, sosyal ve kültürel bir takım "kriterlere" uyması beklenmektedir. Askeri müdahaleler ise, Knox'a göre, emperyalizmin bir diğer ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.[161] Bu durum, Soğuk Savaş sonrası dönemde BM tarafından yetkilendirilmiş insani müdahaleler incelendiğinde açık şekilde görülecektir.[162] Güvenlik Konseyi'nin daimî üyeleri bu müdahalelerde açık şekilde ulusal çıkar politikaları izlemiştir. Son olarak insancıllık, Knox'un aktarımıyla Susan Marks'ın da ifade ettiği gibi,[163] insan hakları çerçevesinde birçok askeri olmayan müdahaleyi de gündeme getirmiş ve uygulatmıştır. Bu kapsamda insan hakları çerçevesinde yapılan askeri olmayan bu müdahaleler, toplumları kapitalist sermaye birikimine hazırlamıştır.[164] Nitekim Knox uluslararası hukukun sermaye birikiminin önemli unsurlarından birisi olduğunu da söylemektedir.[165] Buna örnek olarak Knox da Miéville gibi Haiti örneğini ele almaktadır. Haiti müdahalesi, Knox'a göre emperyalist karakterli bir müdahale olmakla birlikte sermaye birikiminin sağlanmasını garanti altına almayı da amaçlamıştır.[166] Böylece Marksistlere göre güç kullanımına ilişkin hukukun da emperyalizmin bir uygulama alanı olduğu ileri sürülebilir.[167]

Kısacası Knox'un değerlendirmesine göre Marksist yazın ve uluslararası hukuk arasındaki ilişki, hukukun emperyalizm ve kapitalizmle olan bağlantısı üzerinden kurulmaktadır. Bu ilişki, uluslararası hukukun emperyalist sosyal ilişkiler düzenini beslemesinden ileri gelmektedir çünkü uluslararası hukuk, sınıf çatışmasını da destekleyen bir yapıdır. Emperyalizmin sermaye birikimi olarak algılandığı bir düzlemde, Knox'a göre, uluslararası hukukun emperyalizm bağlantısı irdelenmelidir. Bu bağlantıda uluslararası hukukun sermaye birikimine olan katkısı da göz önünde bulundurulmalıdır.[168]

---

[161] KNOX Robert, "Civilizing Interventions? Race, War and International Law", **Cambridge Review of International Affairs**, C. 26, S. 1, 2013, s. 111.

[162] KIRDIM Şahin Eray, "A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in the Post-Cold War World", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,** C. 19, S. 2, 2017, ss. 615-632.

[163] **KNOX**, 2016b, s. 94.

[164] Ibid., ss. 97-98.

[165] **KNOX**, 2014, s. 195.

[166] Ibid., s. 208.

[167] Ibid., s. 212.

[168] Ibid., s. 213.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukuku devlet üzerinden tanımlamak yerine, devleti ve diğer iktidar ilişkilerini yaratan bir "momentum" üzerinden tanımlamak daha doğru olacaktır. Hukuku devlet üzerinden tanımlamaktan kastımız, hukukun yalnızca devlet tarafından ortaya konulan kural ve kurumlar bütünü olduğudur. Şüphesizdir ki modern toplumlarda devlet, hukuk kurallarının baş inşacısıdır. Peki öyleyse devleti ve bu devletin üzerine bina edildiği toplumsal ilişkileri ortaya çıkaran tözün hukuk üzerindeki etkisi ne olacaktır? Bu soruya verilecek her cevaptan önce, toplumsal ilişkileri ortaya çıkaran tözün ne olduğu sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Marksizme göre bu cevap toplumda var olan ekonomik ilişkilerdir. Marksist yazında altyapı-üstyapı metaforu üzerinden açıklanan bu durumda altyapı, ekonomik ilişkileri ve bu ilişkiler etrafında şekillenen üretim ilişkilerini oluşturan maddi unsurlara karşılık gelirken, toplumun manevi, siyasi, düşünsel dünyasını ve kurumlarını oluşturduğu ikinci grup unsurlar ise üstyapıyı oluşturmaktadır. Bu ilişkide altyapı, üstyapının belirleyicisi olmaktadır. Bu bağlamda her ne kadar Marksist yazında tartışmalı olsa da en azından Marx'a göre hukuk, altyapı tarafından belirlenen üstyapının bir parçasıdır. Bir başka ifadeyle hukuk, toplumsal yapıyı oluşturan üretim ilişkileri ve ekonomik düzenden bağımsız değildir. Dolayısıyla madde-düşünce belirlenmesinde, düşünceyi belirleyen madde olduğundan hukuk, toplumsal olanın -bir diğer ifadeyle toplumsal düzenin- bir ürünü olmaktadır. Başa dönecek olursak, hukuku yaratan özne siyasal iktidar olmakla birlikte, siyaseti ve siyasi ilişkileri belirleyen töz ekonomik ilişkilerdir. Burada siyaset, hukuk ile altyapı arasında köprü vazifesi görmektedir.

Marksist düşünceye göre kapitalist toplum ilişkilerinde bu töz, üretim araçlarını elinde bulunduran egemen sınıfın, ezilen sınıf üzerinde kurduğu hegemonik ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan hukuk da yöneten sınıfın, iktidarın, baskın grupların veya güçlü olanların elinde bir hegemonya aracına dönüşmektedir. Bu yönüyle düşünüldüğünde eşitsizlik ve sınıf temelli bir bakış açısı olan Marksizmin hukuk konusunda değerlendirmelerinin olmayacağını beklemek sürpriz olacaktır. Ancak bu gerçeğe rağmen Klasik Marksistler, bir hukuk teorisi oluşturacak seviyede değerlendirmelerde bulunmamışlardır. Marx, Engels ve Lenin'in anlatılarında hukuka ilişkin doğrudan teorik değerlendirmeler bulmak da oldukça güçleşmektedir. Ancak bunun doğal bir sebebi bulunmaktadır: hukuka yönelik negatif bakış. Klasik Markist teori, hukukun toplumsal adalet sağlama ve özgürlükleri garanti

altına alma iddiasını temelden reddeder. Marksist hukuk kuramı, hukuk fetişizmi eleştirisinde belirtildiği üzere, liberal siyasetin önemli kilit taşlarından biri olan hukukun üstünlüğü idealini de kabul etmemektedir. Marksist anlatıda hukuka ilişkin genel bir teori bulunamasa da Marksist hukuk kuramından yola çıkan birçok yaklaşım hukuka ilişkin değerlendirmeler yapmış ve altyapı-üstyapı, tarihsel materyalizm, ideoloji, hukuk fetişizmi gibi kavramlar Marksist hukuk tartışmalarının kavramsal zeminini oluşturmuştur.

SSCB'nin kuruluşuyla birlikte Marksist hukuk anlayışının pratiğe dökületeceği bir ortam oluşmuştur. Ancak bu dönemde bile tutarlı bir Marksist hukuk yaklaşımı görmek mümkün olmamıştır. Öyle ki SSCB içerisinde üç temel hukuk dönemi bulunmaktadır: i-) Pashukanis'in sönümlenmeci hukuk dönemi, ii-) Lenin'in NEP ile hukukun genişletilmesi dönemi, iii-) Stalin ile hukukun güçlendirilmesi dönemi. Bu üç dönem de hukuka ilişkin birbiriyle çatışan görüşler içermektedir. Yaklaşık 40 yıllık bir dönem içerisinde üç farklı hukuk bakışının bulunması da yegâne bir Marksist hukuk anlayışının oluşturulmasının zorluğunu göstermektedir, zira Marksizm kendi içerisinde birçok görüş ayrılığı, farklı bakış ve eleştiriler barındırmaktadır. Dahası, göreceli olarak kısa bir sürede üç farklı hukuk yaklaşımının uygulanmış olması da hukukun esasında bir enstrüman olarak kullanıldığı tezini güçlendirmektedir. Hukuk, SSCB'deki birinci döneminde, Marksist bakışa göre burjuva ilişkilerinin ve dolayısıyla meta mübadelesinin bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Pashukanis'in meta mübadelesi teorisi olarak bilinen bu yaklaşım, hukukun kaynağını burjuva düzeninde görmekte ve sosyalizmin kurulmasıyla meta mübadelesinin ortadan kalkacağını, bu doğrultuda da hukuk düzenine ihtiyaç kalmayacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda hukukun devletle birlikte sönümlenmesi, Marksizmin hukuk teorisine eğilmemesinin sebeplerinden birisidir, zira ortadan kalkacağı varsayılan bir sistemi tartışmanın mantığı da yoktur.

SSCB'deki Marksist hukuk uygulamasında görülen ikinci dönem, Lenin'in NEP dönemidir. Bu dönemin özelliği, Lenin tarafından ilan edilen Yeni Ekonomi Politikası kapsamında burjuva tarzı ekonomik ilişkiler olmasa da üretimde bir ölçüde serbestleşmeye gidilmiş olması ve özel sektörün görece serbest bırakılmış olmasıdır. Pashukanis tarafından ağır bir şekilde burjuva hukuku dönemi olarak eleştirilen bu dönemde, meta mübadelesi teorisinde ve hukukun üstyapı olarak üretim biçimlerinin üzerinde şekillenmesi yaklaşımında açıklandığı gibi, hukuk alanında birçok gelişme ve düzenlemeler olmuştur. Bu düzenlemeler, hiç şüphesiz ki, yeni üretim biçimle-

rini destekleyecek ve onlardan doğan ihtiyaçları giderecek şekilde olmuştur. 1922-27 yılları arasında Medeni Hukuk, Toprak Hukuku, Ceza Hukuku, İş Hukuku ve Aile Hukuku gibi alanlarda yasal düzenlemeler bu dönemin ve dolayısıyla NEP dönemi üretim biçimlerinin sonuçları arasındadır.

SSCB'de üçüncü dönem hukuk uygulaması ise, Stalin'in iktidarı ile ortaya çıkmıştır. Stalin'in devletin sönümlenmesi için en güçlü devletin kurulması gerektiği tezi, Pashukanis'le bir dönem aynı görüşte olan Vyshsinsky'yi yeni hukuk modelinin mimarı olarak ortaya çıkartmıştır. Bu teze göre hukuk, devletin güçlenmesi için önemli bir araçtır ve Pashukanis'in sönümlenmeci iddiasının tam aksine daha da güçlendirilmelidir. Pashukanis'in kendi canına da mal olan Sovyet hukukunun olamayacağı çünkü Sovyet sisteminde burjuva kurumlarının sönümleneceği savunusu bu dönemde tamamen terk edilmiştir. Vyshinsky'ye göre hukuk, ancak bir sosyalist düzende tam gücüne kavuşabilirdi. Bu dönemde Stalin Anayasası olarak bilinen 1936 Anayasası'nın da kabulüyle resmen Sovyet hukukunda Stalinci dönem ete kemiğe bürünmüştür. Hatırda tutulmalıdır ki yukarıda yaptığımız tartışmada iktidar ve hukuk arasındaki ilişkiye vurgu yapılmıştı. Bu vurguda iktidarın hukuku kendi menfaatine kullanabileceği bir araç olarak gördüğü ifade edilmektedir. SSCB örneğinde de karşımıza çıkan iki temel hukuk tezi hukukun sönümleneceği ve dolayısıyla sosyalist bir hukukun olamayacağı ve hukukun sönümlenmek bir yana daha da güçlendirilmesi gerektiğidir. İki dönemde farklı liderlerin oluşu, Sovyet sisteminde de iktidarların hukuka farklı bakışının uygulamaları değiştirdiğinin göstergesidir. Stalin'in Lenin ile kıyaslandığında daha totaliter duruşu ve uygulamaları hukuka bakışına da sirayet etmiş, güçlü bir devlet için güçlü bir hukuk düzeni kurmak istemiştir. Söylenebilir ki hukukun iktidara bir araç olarak kullanılması yönetim biçimleriyle ve ideolojiyle alakalı değil, bizatihi hukukun varlığıyla alakalıdır. Ne ki hukuk ve iktidar yanyanadır, iktidar hukuka el atmaktadır.

Marksizmin devlet-hukuk-toplumsal ilişkiler üçgeninde ekonomik ilişkileri kurucu töz olarak görmesinin yansıması, uluslararası hukukun Marksist yorumunda da büyük ölçüde geçerlidir. Nasıl ki iç hukuk toplumdaki egemen sınıf tarafından belirleniyorsa, uluslararası hukuk da emperyalist güçlerin hakimiyetinde oluşmaktadır. Bu bağlamda Marksist uluslararası hukuk teorisinin hareket noktası emperyalizmdir; emperyalist güçler uluslararası ekonomik düzenin inşacıları olarak, uluslararası ilişkilerde eşitsiz bir yapıya sebebiyet vermektedir. 1980'lerden sonra hızlanan küreselleşme sü-

reci ve uluslararası piyasa kavramları, uluslararası hukukun Marksist bakış açısını da harekete geçirmiş ve neo-Marksistlerin bu alanda çalışmalar yapmasına vesile olmuştur.

Marksist yazının hemen hemen tüm alanlarında genel olarak gözlenen oldukça heterojen yapı ve farklı bakış açıları uluslararası hukukun Marksist yazınında istisna değildir. Buna karşın Marksist uluslararası hukuk, yukarıda verilen doktrin değerlendirildiğinde birkaç temel özelliğe sahiptir. Bunlar arasında sayılması gerekenler emperyalizmle olan ilişkisi, sermaye birikimine olan katkısı, ideolojik yansıması ve sınıf çatışmasını destekleyen yapısı sayılabilir. Bu düzlemde değerlendirildiğinde Marksist uluslararası hukuk, genel Marksist teoriden uzak değildir. Devletin ve hukukun sönümleneceği iddiasından ileri gelen erken dönem Sovyet hukuk teorisi, çağdaş dönem Marksist yazarlar tarafından artık hukukun sönümleneceği bir sosyalist veya Marksist sistem kalmadığından terk edilmiştir. Bunun yerine yeni dönem (veya "neo") Marksist teorisyenler, Marksizmin genel hatlarından yorumla uluslararası hukuka bir bakış getirmişlerdir. Bu bağlamda da uluslararası hukuk, özellikle egemenliğe ve eşitliğe bir tehdit olarak algılanmaktadır. Güçlünün güçsüze tahakkümü olarak yorumlanabilecek uluslararası hukuk, Marksist bakışta bu yönüyle sınıfsal ilişkileri devam ettirmektedir. Yöneten ve yönetilen, hükmeden ve ezilen, güçlü ve güçsüz, kapitalist ve proleter gibi sınıfları yaşatan bu sistem, hiç şüphesiz ki sermaye birikiminden ve kolonyalizmden ileri gelmektedir. Uluslararası hukukun düzenlemeleri bu anlamda Marksist bakıştan yorumlandığında, çok uluslu şirketlerin ve ulusötesi yapıların menfaatlerine hizmet etmektedir. Uluslararası hukuk, insani müdahale ve askeri müdahale kavramlarıyla da emperyalist ve kolonyal niteliğini devam ettirmektedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde Marksizm, herhangi bir metodoloji, felsefe, öğreti hatta akım önerisi bile getirmemekte, bu nedenle de genel hatları belli dört başı mamur bir uluslararası hukuk teorisi sunmamaktadır. Ancak uluslararası hukukun nasıl ve neden sistematik ve yapısal olarak suistimal edildiğine dair çağdaş bir açıklama getirmektedir. Bu anlamda uluslararası hukukun Marksist bir teorisi yerine, uluslararası hukukun Marksist bir eleştirisinden bahsetmek daha doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

AKHTAR Zia, "Law, Marxism and the State", **International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique**, C. 28, S. 3, 2015, ss. 661-685.

BINNS Peter, "Law and Marxism", **Capital & Class**, C. 4, S. 1, 1980, ss. 100-113.

CAIN Maureen / HUNT Alan, **Marx and Engels on Law**, Academic Press Inc., London, 1979.

CARTY Anthony, "Marxism and International Law: Perspectives for the American (Twenty-First) Century?", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, ss. 169-198.

CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **Leiden Journal of International Law**, C. 17, S. 1, 2004, ss. 1-30.

CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, ss. 53-91.

CHIMNI B. S., "Marxism and International Law: A Contemporary Analysis", **Economic and Political Weekly**, C. 34, S. 6, 1999, ss. 337-349.

CHIMNI B. S., "Prolegomena to a Class Approach to International Law", **European Journal of International Law**, C. 21, S. 1, 2010, ss. 57-82.

COLLINS Hugh, **Marksizm ve Hukuk**, (çev. Umre Deniz Tuna), 1. bası, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013.

COTTERRELL Roger B. M. "Review of Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law", **British Journal of Law and Society,** C. 7, S. 2, 1980, ss. 317-321.

ÇELEBİ Hürkan / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar", **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, S. 25, 2010, ss. 69-89.

DEMİRLİ Aynur / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukuku Dönemselleştirmek: Pozitivist Söylem ve Ötesi", **Uluslararası İlişkiler Dergisi,** C. 16, S. 63, 2019, ss. 51-67.

DURSUN Hasan, "(Marksist Kuram Açısından) Kapitalist Düzende İdare Hukuku ve Kuramın Görüşlerinin Bu Hukuka Yansımaları Konusunda Türkiye'den Bir Örnek", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 30, S. 131, 2017, ss. 115-78.

ERICKSON Richard, "Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law,** C. 7, S. 2, 1975, ss. 148-168.

FALK Richard, "The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the United Nations", **Harvard International Law Journal,** C. 26, S. 2, 1995, ss. 341-358.

FISCH Jörg, **The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion**, (çev. Anita Mage, Cambridge University Press, New York, 2015.

FREEDMAN Carl, "Speculative fiction and international law: The Marxism of China Miéville", **Socialism and Democracy**, C. 20, S. 3, 2006, ss. 25-39.

FULLER Lon L., "Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory", **Michigan Law Review**, C. 47, S. 8, 1949, ss. 1157-1166.

GODELIER Maurice / BLOCH Maurice / VLAESSEN Henri J. M., vd., "Infrastructures, Societies, and History [and Comments]", **Current Anthropology**, C. 19, S. 4, 1978, ss. 763-771.

HAZARD John N., "Cleansing Soviet International Law of Anti-Marxist Theories", **The American Journal of International Law**, C. 32, S. 2, 1938, ss. 244-252.

HEAD Michael, "The Rise and Fall of a Soviet Jurist: Evgeny Pashukanis and Stalinism", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, C. 17, S. 2, 2004, ss. 269-294.

HUNT Alan, "Marxist Theory of Law", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Ed. Dennis Patterson), John Wiley & Sons, Ltd, 2010.

HUSKEY Eugene, "A Framework for the Analysis of Soviet Law", **The Russian Review**, C. 50, S. 1, 1991, ss. 53-70.

KARAHANOĞULLARI Onur, "'Marksizm ve Hukuk' Yazın İncelemesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** C. 58, S. 3, 2003, ss. 197-232.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Ekim Devrimi'nde Hukuksal Kuruluş", **Monthly Review Türkiye,** C. Kasım 2017, S. 4, 2017, ss. 143-157.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** C. 57, S. 2, 2002, ss. 61-92.

KARAHANOĞULLARI Onur, **Marksizm ve Hukuk: Diyalektik Hukuk Bilimi,** Yordam Kitap, İstanbul, 2018.

KELSEN Hans, **The Communist Theory of Law**, Frederic A. Praeger, New York, 1955.

KINGSBURY Benedict, "Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law", **European Journal of International Law,** S. 13-2, 2002, ss. 401-437.

KIRDIM Şahin Eray, "A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in the Post-Cold War World", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,** C. 19, S. 2, 2017, ss. 615-632.

KIRDIM Şahin Eray / DEMİRKOL Atahan, "San Francisco Konferansı Görüşmeleri ve Birleşmiş Milletler Kararları Işığında Self-Determinasyon Kavramının İncelenmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 25, S. 1, 2021, ss. 389-430.

KIRDIM Şahin Eray, "TWAIL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım", **Public and Private International Law Bulletin**, C. 41, S. 1, 2021, ss. 129-158.

KNOX Robert, "Civilizing Interventions? Race, War and International Law", **Cambridge Review of International Affairs**, C. 26, S. 1, 2013, s. 111-132.

KNOX Robert, "Marxism, International Law, and Political Strategy", **Leiden Journal of International Law**, C. 22, S. 3, 2009, ss. 413-436.

KNOX Robert, "Marxist Approaches to International Law", **The Oxford Handbook of the Theory of International Law,** (Ed. Anne Orford ve Florian Hoffmann), Oxford University Press, Oxford, 2016a, ss. 306-329.

KNOX Robert, "Valuing Race? Stretched Marxism and the Logic of Imperialism", **London Review of International Law**, C. 4, S. 1, 2016b, ss. 81-126.

KNOX Robert, **A Critical Examination of the Concept of Imperialism in Marxist and Third World Approaches to International Law,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, London, London School of Economics Department of Law, 2014.

KOSKENNIEMI Martti, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", **European Journal of International Law**, C. 16, S. 1, 2005, ss. 113-124.

LEVINE Norman, "The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism", **Journal of the History of Ideas**, C. 48, S. 3, 1987, ss. 431-451.

LORIMER James, **The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities**, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2005.

MAKARIUS Raoul, "On Godelier on Superstructures and Infrastructure", **Current Anthropology**, C. 21, S. 2, 1980, ss. 252-255.

MARKS Susan, **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

MARX Karl, **Selected Works in Two Volumes**, (Ed. I. B. Lasker), 2. bası, C. 1, Lawrence & Wishart, London, 1947.

MIÉVILLE China, **Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law**, Brill, Leiden, 2005.

MUTUA Makau, "What is TWAIL?", **Proceedings of the ASIL Annual Meeting,** C. 94, 2000, ss. 31-38.

ORAKHELASHVILI Alexander, "The Idea of European International Law", **European Journal of International Law**, C. 17, S. 2, 2006, ss. 315-347.

ÖZDEMİR Ali Murat, **Güç Buyruk Düzen**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law**, (Ed. Piers Beirne ve Robert Sharlet), (çev. Peter B. Maggs), Academic Press Inc., London, 1980.

PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **The General Theory of Law & Marxism**, (çev. Barbara Einhom), 2. bası, Transaction Publishers, New Brunswick, 2003.

PASHUKANIS Genel Evgeny Bronislavovich, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. Onur Karahanoğulları), 1. bası, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002.

PECHOTA Vratislav / D'AMATO Anthony A. / HIGGINS Rosalyn, "The Contemporary Marxist Theory of International Law", **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, C. 75, 1981, ss. 149-159.

PEELING Siobhan, "Decree on Peace", **1914-1918-Online International Encyclopedia of the First World War**, Freie Universität Berlin, Berlin, 2014, http://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/decree_on_peace/2014-12-19 (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

RADIN Max, "Vyskinsky's Law", **The Virginia Quarterly Review**, C. 25, S. 3, 1949, ss. 465-471.

RASULOV Akbar, "A Marxism for International Law: A New Agenda", **European Journal of International Law**, C. 29, S. 2, 2018, ss. 631-655.

RICHMAN Sheldon L., "War Communism to NEP: The Road From Serfdom", **The Journal of Libertarian Studies**, C. 5, S. 1, 1981, ss. 89-97.

RODOGNO Davide, **Against Massacre: Humanitarian Interventions in the Ottoman Empire, 1815-1914,** Princeton University Press, New Jersey, 2012.

SHARLET Robert / BEIRNE Piers, "In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror", **Revolution in Law: Contributions to the Development of Soviet Legal Theory, 1917-1938**, (Ed. Piers Beirne), Routledge, London, 2015, ss. 136-156.

SHARLET Robert, "Stalinism and Soviet Legal Culture", **Stalinism: Essays in Historical Interpretation**, (Ed. Robert C. Tucker), Transaction Publishers, New Brunswick, 1999, ss. 155-179.

SMITH Gordon B., **Soviet Politics: Continuity and Contradiction**, Macmillan Education, London, 1988.

SUMMER James**, Peoples and International Law**, 2. bası, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

TAY Alice Erh-Soon / KAMENKA Eugene, "Marxism, Socialism and the Theory of Law", **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 23, S. 2, 1985, ss. 217-250.

TUNKIN Grigory I., "The Contemporary Soviet Theory of International Law", **Current Legal Problems**, C. 31, S. 1, 1978, s. 177-188.

TUNKIN Grigory I., "The Problem of Sovereignty and Organisation of European Security", **Belgian Review of International Law**, C. 10, 1974a, ss. 1-10.

TUNKIN Grigory I., "The United Nations: 1945-1965 (Problems of International Law)", **Soviet Law and Government**, C. 4, S. 4, 1966, ss. 3-12.

TUNKIN Grigory I., **Theory of International Law**, (çev. William E. Butler), Harvard University Press, Cambridge, 1974b.

VYSHINSKY Andrei Y., **The Law of the Soviet State**, (çev. Hugh W. Babb), Macmillan Company, New York, 1948.

YALVAÇ Faruk, "Class Structure of International Law", **Spectrum: Journal of Global Studies**, C. 3, S. 4, 2011, ss. 66-86.

YELKENCİ Taner, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, 2. bası, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017.

YÜKSEL Murat, "Marksizm ve Hukuk Anlayışı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 3-4, 2017, ss. 19-38.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 455-515

LES IMMIGRANTS A L'ÉPREUVE DES MESURES ANTITERRORISTES DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE(*)(**)

Arş. Gör. **Göksu IŞIK**(***)

Résumé: L'histoire de la "sécurisation" des migrations se chevauche avec l'augmentation des actes terroristes en Europe. Ceci a réuni les politiques sécuritaires de lutte contre l'immigration illégale et le terrorisme. La conviction selon laquelle la menace vient d'ailleurs fut renforcée après chaque attentat organisé par le terrorisme djihadiste. L'usage des développements technologiques pour le maintien de la sécurité a résulté en une surveillance illimitée des groupes perçus comme dangereux. La recherche du terroriste est effectuée parmi les ressortissants des pays tiers qui n'ont pas une protection spécifique proportionnée à cette présomption. Les juridictions européennes ne semblent pas trouver un équilibre au regard de la gravité de la menace terroriste. À la lumière de cet exemple du lien indéniable entre le terrorisme et l'immigration dans le droit de l'Union européenne, nous visons d'observer l'apparition des défis de notre ordre supposément toujours libéral.

Mots-clés: Le Terrorisme, L'Immigration, L'Union Européenne, Les Données à Caractère Personnel, La Discrimination.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.03.2021. Makale Kabul Tarihi: 26.05.2021.

(**) Cet article est préparé sur la base du mémoire de master intitulé «Les immigrants à l'épreuve des mesures antiterroristes dans le droit de l'Union européenne» soutenu le 16 septembre 2019 sous la direction de Prof. Dr. Mouloud Boumghar à l'Institut des Sciences sociales de l'Université Galatasaray.

(***) Beykent Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-8120-7294; *goksuisik@beykent.edu.tr*).

THE IMMIGRANTS IN THE SHADOW OF COUNTER-TERRORISM MEASURES IN EUROPEAN UNION LAW

Abstract: The "securitization" story of migrations relates to the increase of terrorist acts in Europe. Fight against terrorism and illegal immigration are thus united within similar security policies. Every djihadist attack reinforced the belief that the threat comes from exterior. The groups that are considered to be dangerous are monitored in an illimited way with the use of technological developments for maintaining security. The terrorist is searched within the third-country nationals whose rights aren't protected proportionally to this presumption. The European High Courts don't seem to find a balance regarding the gravity of terrorist threat. In the light of this exemple about the undeniable connection between terrorism and immigration in European Union law, we aim to observe the emergence of challenges that our supposedly still liberal system confronts.

Keywords: Terrorism, Immigration, European Union, Personal Data, Discrimination.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA TERÖRLE MÜCADELE ÖNLEMLERİNİN GÖLGESİNDE GÖÇMENLER

Öz: Göçün bir güvenlik sorunu haline gelmesi, Avrupa'da terör eylemlerinin artmasıyla doğru orantılı olarak gerçekleşmektedir. Yasadışı göç ve terörle mücadele politikaları da böylece aynı güvenlik kaygılarıyla benzer şekilde oluşturulmaktadır. Tehlikenin dışarıdan geleceğine olan inanç cihadist terörizmin düzenlediği her eylemin ardından güçlenmektedir. Güvenliğin sağlanması için kullanılan teknolojik gelişmeler de tehlikeli olarak nitelendirilen grupların sınırsız bir şekilde izlenmesine yol açmaktadır. Terörist, üçüncü ülke vatandaşları arasında aranmakta fakat bu kişiler için müdahalenin büyüklüğüyle orantılı bir koruma sağlanmamaktadır. Avrupa Mahkemeleri de terör tehdidinin büyüklüğü karşısında dengeyi bulmakta zorlanmaktadır. Bu çalışmada, terörizm ve göçün Avrupa Birliği Hukuku'nda inkar edilemez şekilde bağlanmış olması örneğinde hala liberal olduğu iddia edilen mevcut sistemin açıklarının ortaya çıkışını gözlemlemek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Göç, Avrupa Birliği, Kişisel Veri, Ayrımcılık.

INTRODUCTION

"*Des actions terroristes peuvent être menées par des personnes qui utilisent les flux migratoires pour menacer le sol national*". C'est ce que le président de la République française, Emmanuel Macron a dit après la dernière vague d'attentats de 2020 en Europe[1]. Il est vite soutenu par la droite dans la création d'un lien indéniable entre le terrorisme et l'immigration[2]. Nous témoignons ainsi d'une montée rapide des discours de sécurité dans le contexte de l'immigration, qui n'étaient jamais autant liés au terrorisme. Le rapprochement entre les deux phénomènes dans le dernier demi-siècle est ainsi arrivé à son sommet.

Avec l'éclat de la pandémie Covid-19, nous avons vu que la société mondiale du risque[3] nécessite une unification internationale plus que jamais, afin de servir à notre objectif primordial de survivre. Le terrorisme, par contre, garde toujours son impact dans la polarisation de cette société mondiale, même pendant une telle catastrophe. Après l'assassinat de Samuel Paty et les attentats suivants du "terrorisme islamique" en Europe, la gravité de la pandémie est surpassée par une nouvelle polarisation de l'occident et l'orient. Si nous défendons la liberté d'expression, nous risquons d'être considérés comme islamophobes; tandis que si on dit l'envers, on risque de soutenir la radicalisation islamique. Dans ce contexte, il est important de pouvoir parler cet issu de haute actualité. À cette fin, nous visons ainsi d'évoquer la politique de la lutte contre le terrorisme de l'Union Européenne (UE) et ses effets sur les immigrants[4] avec les développements récents.

---

1 Le Monde, 6 novembre 2020, <https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/11/06/macron-se-pose-en-combattant-acharne-du-terrorisme-en-france-et-dans-le-monde_6058687_823448.html>, consulté le 6 novembre 2020.

2 Le Monde, 6 novembre 2020, <https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/11/06/la-majorite-confrontee-au-retour-du-dossier-mine-de-l-immigration_6058745_823448.html>, consulté le 6 novembre 2020.

3 Nous faisons référence au concept de "*world risk society*" développé par Ulrich Beck. Il parle d'un risque comme un moyen systématique de traiter des dangers et des insécurités déclenchés et lancés par la modernisation. Ce risque mondial signifie un déclin de l'autonomie de l'État dans la mesure où le besoin pour une coopération transnationale augmente. La société mondiale de risque a trois dimensions; écologique, financière et terroriste depuis les attentats de 11 Septembre 2001. L'effet du terrorisme est différent que les autres dimensions chez l'auteur aussi. Nous pouvons prendre en considération son effet de la banalisation d'une image de l'ennemi et de la peur d'autrui comme un mode de gestion de la société. *Cf.*, BECK Ulrich, **Risk Society. Towards a New Modernity**, Sage Publications, London, Newbury Park, New Delhi, 1992; BECK Ulrich, "The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited", **Theory, Culture & Society**, Vol. 19(4), 2002, pp. 39-55.

4 On entend par immigrant les ressortissants des pays tiers généralement. *Cf.*, Union européenne (UE), Traité sur le fonctionnement de l'UE, JO 26/10/2012 C 326/47, article 78-

Nous observons que certains points communs furent créés entre le terrorisme et la migration tant parmi les membres de la société que dans la politique de l'UE depuis le dernier demi-siècle. D'un côté, les travaux sociologiques ou psychologiques peuvent montrer mieux les effets de ces points communs sur la discrimination sociale des immigrants. De l'autre côté, un travail juridique sur la pratique des autorités de renforcement de la loi peut être utile pour voir la discrimination institutionnelle qui peut aggraver la polarisation de la société dans la lutte contre le terrorisme. Le rôle de l'UE devient ainsi important pour voir si elle contribue à cette discrimination au regard des immigrants dans sa politique de la lutte contre le terrorisme. Les questions que nous allons poser et les réponses que nous allons trouver sont importantes afin de voir l'évolution des valeurs principales de l'UE. L'approche de la Cour de Justice de l'UE et de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) va également nous guider dans le niveau du respect de ces valeurs, quand il s'agit la lutte contre le terrorisme.

Pas-à-pas, nous allons donc examiner comment la politique de la migration et de la lutte contre le terrorisme de l'UE est réunie sur ces points communs (I.). Ensuite, nous allons nous questionner sur ses conséquences concernant l'exercice des droits des immigrants devant les hautes cours européennes (II.).

---

79. Ces dispositions mentionnent la politique commune à développer en matière d'asile et de l'immigration et elle parle de ressortissants des pays tiers en général. Le demandeur d'asile a un sens plus restreint avec la référence à l'action de demander l'asile. On le définit comme "*le ressortissant d'un pays tiers ou l'apatride ayant présenté une demande d'asile sur laquelle aucune décision finale n'a encore été prise*" (UE, 1 décembre 2005, Directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, 2005/85/CE, JO 13/12/2005 L 326/13, article 2(c)). On va donc examiner la politique d'immigration et la politique d'asile qui se sont déjà unis en droit de l'UE. *Cf.*, *inter alia*, UE, 24 septembre 2008, Pacte européen sur l'immigration et l'asile. Cette approche est quand même critiquée considérant le traitement différent qu'exigent les deux phénomènes (UE, 3 décembre 1998, Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, Conseil justice et affaires intérieures, 1999/C 19/01, préambule, §33). *Cf.*, aussi, CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane, "Immigration, Security and Integration in the European Union", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 203-228, p. 212.

I. QUEL LIEN ENTRE LE TERRORISME ET LA MIGRATION ?

Il faut d'abord observer comment le terrorisme et la migration sont liés dans la politique sécuritaire de l'UE. Tandis que la transnationalisation devient le point commun de ces deux phénomènes, la politique de la sécurité frontalière dans la gestion de l'immigration gagne un rôle important dans la lutte contre le terrorisme (1.). De l'autre côté, la nécessité d'arrêter les terroristes avant la commission d'un acte violent forme la politique de la prévention, qui créé le lien opérationnel entre le terrorisme et les immigrants (2.).

1. La menace vient de l'extérieur par le franchissement des frontières

La principale unification de la politique antiterroriste et celle de la gestion de l'immigration se voit dans le contrôle des frontières extérieures. Nous trouvons le premier pas d'établir un lien entre le terrorisme et l'immigration quand la gestion de l'immigration a commencé à être considérée comme un moyen d'assurer la sécurité et de lutter contre la criminalité (A.). Pour autant que les deux phénomènes constituent des menaces pour la sécurité de l'UE, la même solution de contrôle des frontières consolide ce lien (B.).

A. Pourquoi lutter contre l'immigration ? La "sécurisation"[5] de l'immigration

L'entrée de l'immigration sur la scène de dangerosité au titre d'un problème de sécurité s'est d'abord faite dans la rhétorique politique[6]. Du côté

---

[5] Il faut indiquer que "*securitisation*" est un terme d'origine anglaise découlant de la théorie développée par l'École de Copenhague. Elle signifie la construction sociale des questions sécuritaires (WILLIAMS Michael C., "Words, Images, Enemies: Securitization and International Politics", **International Studies Quarterly**, Vol. 47, no 4, 2003, pp. 511-531, p. 513). *Cf.*, aussi, BIGO Didier, "Sécurité et immigration: vers une gouvernementalité par l'inquiétude ?", **Cultures & Conflits**, 31-32, printemps-été, 1998, pour l'usage du terme "sécurisation" en français dans le contexte où le processus de la sécurisation des migrations est fonction des pratiques routinières des professionnels de la sécurité. "*Dans l'étude de la sécuritisation, un acte de langage présente les migrations comme une menace sécuritaire existentielle à l'identité collective, à la société ou à l'État*". BOURBEAU Philippe, "Processus et acteurs d'une vision sécuritaire des migrations: le cas du Canada", **Revue Européenne des Migrations Internationales**, Vol. 29, no 4, 2013, §17; BOURBEAU Philippe, "Politisation et sécuritisation des migrations internationales: une relation à définir", **Critique internationale**, no 61, 2013/4, pp. 127-145. Les implications de définir un issu dans le langage de la sécurité dépendent sur la façon dont la sécurité est conçue dans des contextes particuliers selon Matt McDonald. McDONALD Matt, "Securitization and the Construction of Security", **European Journal of International Relations**, Vol. 14(4), 2008, pp. 563-587, p. 580.

[6] **BIGO**, 1998, §9. L'auteur mentionne aussi l'effet de média sur ce glissement dans un autre article. BIGO Didier, "Migration and Security Issues", December 27, 2006b, <https://www.academia.edu/3102809/Migration_and_security>, consulté le 10 janvier 2019, p. 11-12.

économique, politique et social, l'expression des souverainetés territoriales a perdu son effet de transformation, qui s'est avéré être favorable aux discours de sécurisation[7]. Cette sécurisation est renforcée pour les puissances occidentales avec la disparition de l'ennemi extérieur commun après la chute du Mur de Berlin[8]. Le contrôle des migrations a pris sa part dans cette histoire en servant à légitimer le pouvoir étatique[9]. La gestion des mouvements migratoires s'est progressivement transformée en une question de sécurité nationale[10].

Cependant, le besoin de la main d'œuvre bon marché ne permettait pas de mettre fin aux passages irréguliers, mais ces dernières exigeaient un contrôle efficace dans les frontières, en coopération avec les pays voisins[11]. Cette internationalisation se voit aussi dans les actes adoptés par les organes de l'Organisation des Nations Unies (ONU) dès années 1990[12]. Même si ces actes internationaux insistent sur le fait de mentionner la protection des droits de l'Homme des immigrants, les débats sécuritaires prennent une place importante dans l'agenda des États concernant la migration[13].

De l'autre côté, la mondialisation a eu l'impact sur la transnationalisation de beaucoup des phénomènes y compris la criminalité comme l'immigration irrégulière[14]. La recherche des immigrants, aspirant à

---

7 CARLIER Jean-Yves / CRÉPEAU François, "Le droit européen des migrations: Exemple d'un droit en mouvement ?", **Annuaire français de droit international**, Paris, CNRS Éditions, LVII, 2011, pp. 641-674, p. 642-643.

8 TSOUKALA Anastassia, "The Terrorism-Immigration Nexus in the Post-11 September Era: An Analysis of the Political Discourses in the British Press", *in* BERGGREN Erik / LIKIĆ-BRBORIĆ Branka / TOKSÖZ Gülay / TRIMIKLINIOTIS Nicos (eds.), **Irregular Migration, Informal Labour and Community: A Challenge for Europe**, Shaker Publishing, Maastricht, 2007, pp. 393-400, p. 392. L'auteur mentionne l'Union soviétique en tant qu'ennemi en commun.

9 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 643. La souveraineté exercée sur le territoire d'un État se présente avec la compétence de l'État de gérer librement ce qui se passe dans ce territoire y compris les frontières extérieures avec l'exigence du respect du principe de non-intervention.

10 PICKERING Sharon, "Border terror: policing, forced migration and terrorism", **Global Change, Peace & Security**, Vol. 16, no 3, October 2004, pp. 211-226, p. 213-214.

11 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 644.

12 *Cf.*, *inter alia*, Organisation des Nations Unies (ONU), 18 décembre 1990, Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Résolution 45/158; ONU, Convention contre la criminalité transnationale organisée et protocoles s'y rapportant, 2004; ONU, 23 décembre 2000, Assemblée générale, Résolution 60/227, A/RES/60/227; ONU, 18 mai 2006, Rapport du Secrétaire général, A/60/871.

13 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 647.

14 SANCHEZ Miguel Acosta, "Coopération et sécurité aux frontières extérieures européennes: le cas du détroit de Gibraltar", **Annuaira français de droit international**, Vol. 54, 2008, pp. 197-223, p. 199.

une vie plus sûre ou tranquille dans des pays occidentaux, n'est pas toujours effectuée de manière légale, ce qui a créé des problèmes d'immigration illégale ou irrégulière. Les immigrants sont perçus comme étant illégaux ou criminels en termes de leur présence non-conforme à la législation[15]. Les flux migratoires, ayant aussi l'effet de favoriser la corruption, d'empêcher la croissance économique et de miner la démocratie[16], ont contribué à l'image de l'immigrant comme un risque sécuritaire. Face à la contestation des politiques multiculturelles avec la crise financière de 2008[17], la migration est considérée comme un élément déstabilisateur qui devrait être contrôlé et "sécurisé"[18].

Quant à l'UE, avec la suppression des contrôles aux frontières entre les États membres, la nécessité de gérer cette situation au niveau européen est apparue. L'élargissement de l'espace européen et la libre circulation interne ont résulté en la nécessité de contrôler les frontières extérieures et la politique migratoire[19]. Les résolutions adoptées dans les années 1970 par le Conseil des Communautés européennes correspondent bien à cette volonté de concertation des politiques migratoires[20]. La reconnaissance de la compétence communautaire dans la politique migratoire[21] est petit-à-petit réalisée jusqu'à

---

15 MASSEY Douglas S. / DURAND Jorge / PREN Karen A., "Why Border Enforcement Backfired", **American Journal of Sociology**, 121(5), 2016, pp. 1557-1600.

16 **SANCHEZ**, 2008.

17 *Cf.*, BEVELANDER Pieter / TARAS Raymond, "The Twilight of Multiculturalism? Findings from across Europe", *in* Raymond Taras (ed.), **Challenging Multiculturalism**, Edinburgh University Press, 2013, pp. 3-24, p. 3-15, pour les critiques du multiculturalisme et ses défaillances en Europe.

18 HUYSMANS Jef, "The European Union and the Securitization of Migration", **Journal of Common Market Studies**, Vol. 38, no 5, 2000, pp. 751-777, p. 753.

19 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 647.

20 UE, 21 janvier 1974, Résolution du Conseil concernant un programme d'action sociale, JO 12/02/1974 C 13/1; UE, 9 février 1976, Résolution du Conseil concernant un programme d'action en faveur des travailleurs migrants et des membres de leur famille, JO 14/02/1976 C 34/2.

21 Pendant un peu du temps, les efforts de l'UE d'unifier les politiques migratoires et la volonté des États membres de maintenir ce domaine dans leur compétence se sont confrontés. Néanmoins, la Cour de Justice avait pris l'initiative en ce qui concerne la reconnaissance de la compétence communautaire concernant les travailleurs des pays tiers, qui ont un effet sur le marché communautaire de l'emploi. *Cf.*, UE, 9 juillet 1987, Arrêt de la Cour de Justice, C-281 à 287/85, sur le recours en annulation de la décision suivante; UE, 8 juillet 1985, Décision de la Commission instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers, 85/381/CEE, JO 14/08/1985 L 271/25.

l'établissement du système de Schengen[22] et de Dublin[23]. La création du marché commun basé sur la libre circulation des personnes se confond donc avec la politique commune de l'UE en matière des migrations[24].

Avec l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen le 1er juillet 1987, on voit clairement la tendance en Europe à harmoniser les principes régissant les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire européen accompagnée des mesures sécuritaires sur les contrôles des frontières extérieures[25]. Ces derniers sont considérés comme étant une compensation pour la suppression des frontières intérieures[26]. Finalement, cette politique est introduite dans les traités de l'UE vers la fin des années 1990 à travers la constitution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice[27].

Le traité de Rome ne contenait aucune disposition en matière d'asile et d'immigration[28]. Dans les traités de Maastricht et d'Amsterdam, par contre,

---

22 UE, 14 juin 1985, Convention de l'application de l'accord de Schengen entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO 22/09/2000.

23 UE, 15 juin 1990, Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, 97/C 254/01, JO 19/08/1997 C 254/1.

24 Selon Pelin Sönmez, les problèmes de sécurité relatifs à l'immigration et la préoccupation concernant la protection de la société européenne contre le concept non-européen de l'immigration a exigé d'établir une politique commune de l'UE. L'auteur lie cette approche avec la création d'un marché commun basé sur la libre circulation des personnes. *Cf.* SÖNMEZ Pelin, **Avrupa Birliği'nde Yeni Dönem Postkolonyal İlişkiler ve Göç Politikaları Diyaloğu**, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi 4, 2015, p. 237-242. *Cf.* aussi, MORAES Claude, "The Politics of European Union Migration Policy", **The Political Quarterly Publishing**, 2003, pp. 116-131, p. 117, sur la mise en place d'une approche commune par rapport aux frontières extérieures avec la coopération sur la libre circulation des personnes sur le territoire européen.

25 COLEMAN Nils, "From Gulf War to Gulf War - Years of Security Concern in Immigration and Asylum Policies at European Level", *in* GUILD Elspeth / BALDACCINI Anneliese (eds.), **Terrorism and the Foreigner: A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2007, pp. 3-84, p. 15.

26 **CHEBEL d'APPOLLONIA**, 2008, p. 209.

27 **Ibid.**; *Cf.* MITSILEGAS Valsamis, "Measuring Irregular Migration: Implications for Law, Policy and Human Rights", *in* Barbara Bogusz, Ryszard Cholewinski, Adam Cygan & Erika Szyszczak (eds.), **Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 29-40, p. 30-31 sur l'émergence de la lutte contre l'immigration illégale comme l'une des questions prioritaires dans le calendrier politique de l'UE vers la fin des années 1990.

28 *Cf.*, BOUTEILLET-PAQUET Daphné, **L'Europe et le droit d'asile: La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale**, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 131, pour ce constat.

l'approche sécuritaire a pesé plus lourdement que l'approche protectrice des libertés pour les questions relatives aux migrations dans cet espace, comme dit Didier Bigo[29]. Puis, le traité de Maastricht permettait encore aux États membres de restreindre les droits d'asile et l'immigration sur la base des arguments relatifs à la sécurité nationale[30]. Ensuite, le traité d'Amsterdam a servi à consacrer explicitement la compétence communautaire en matière d'immigration et d'asile[31]. Cette approche est renforcée par le Conseil européen de Tampere en 1999[32]. On prend en compte les conclusions de réunion à Tampere comme l'établissement de la politique européenne commune en matière d'immigration[33].

Le développement de cet espace de liberté, de sécurité et de justice est directement lié à des mesures d'accompagnement concernant les contrôles aux frontières extérieures, l'asile et l'immigration, ainsi que des mesures visant à prévenir et à combattre la criminalité selon le Plan d'Action relatif à l'établissement de cet espace[34]. Le programme de Tampere indique également que la politique commune européenne s'est basée sur des éléments comme la gestion des flux migratoires et la lutte contre l'immigration illégale et les crimes transnationaux[35]. On admet, dans ce programme, que la gestion des flux migratoires sera effectuée par la prévention de l'immigration illégale et de la traite d'êtres humains[36]. Cette politique commune mêle alors les questions d'immigration avec celles de la criminalité.

---

29 **BIGO**, 2006b, p. 5.

30 **SÖNMEZ**, 2015, p. 211.

31 UE, 2 octobre 1997 (signature), Traité d'Amsterdam, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, article B, 73I; *Cf.* GUIRAUDON Virginie, "Les effets de l'européanisation des politiques d'immigration et d'asile", **Politique européenne**, no 31, 2010/2, pp. 7-32.

32 UE, 15-16 octobre 1999, Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, §10, 20.

33 *Cf.*, UE, 22 novembre 2000, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Une politique communautaire en matière d'immigration, COM(2000)757 final, p. 4-7, sur cette histoire.

34 UE, 1999/C 19/01, préambule, §25.

35 *Cf.*, SOREL Alexander, "Asylum, Migration and Border Controls in the Hague Programme", *in* ZWAAN Jaap W. de / GOUDAPPEL Flora A. N. J. (eds.), **Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme**, TMC Asser Press, The Hague, 2006, pp. 11-20, pour ce commentaire.

36 UE, 15-16 octobre 1999, Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, §22.

Dans les années 2000, on a toujours continué à faire prévaloir la sécurité sur la liberté. La sécurisation de la gestion des frontières extérieures de l'UE est reprise en tant qu'un thème essentiel selon une communication de la Commission européenne du 7 mai 2002[37] et le Catalogue Schengen de la même année[38]. Le programme de La Haye a ensuite rendu la politique d'immigration indissociable des crimes transnationaux[39]. Dans ce programme, l'espace de liberté est définie par ses limites et son antagonisme avec les autres libertés et la liberté des autres d'après Didier Bigo. L'auteur indique que le renforcement de la liberté se comprend par un espace sûr sans "les intrus". La liberté est ainsi devenue un moyen de maximiser la sécurité[40]. La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice s'est ainsi transformée en un espace sûr, contrôlé et encadré avec les frontières en ignorant le côté de liberté et de justice de cette politique.

Les mouvements importants de l'immigration dans les dernières années ont rendu cette approche de sécurisation plus concrète[41]. Les discours concernant la "crise migratoire" montrent clairement la tendance de restreindre les passages frontaliers en renforçant les contrôles des frontières extérieures[42]. Ensuite, la mention de la sécurité dans le contexte de la gestion des franchissements des frontières est augmentée. Dans le Code des visas, on observe la référence aux "risques migratoires et / ou pour la sécurité"[43].

---

37 UE, 7 mai 2002, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, COM(2002)233 final, §4.

38 UE, 28 février 2002, Conseil de l'UE, Catalogue Schengen, Contrôles aux frontières extérieures, éloignement et réadmission: recommendations et meilleures pratiques, SG DG H, p. 15-16.

39 UE, 3 mars 2005, Conseil de l'UE, Le programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 2005/C 53/01, surtout §1.7.2.

40 BIGO Didier, "Liberty, whose liberty? The Hague Programme and the conception of freedom", 2006b, <https://www.academia.edu/3102843/Liberty_whose_liberty_The_Hague_Programme_and_the_conception_of_freedom>, consulté en ligne le 13 janvier 2019.

41 L'augmentation forte des déplacements internes et transfrontaliers dépende en grande partie aux conflits civils et transnationaux y compris les actes d'extrémisme violent hors des zones de guerre. Selon le rapport de l'Organisation internationale pour les migrations, 244 millions de personnes vivaient dans un autre pays que leurs pays de naissance en 2015, soit presque 100 millions de plus qu'en 1990 (153 millions) et plus de trois fois plus qu'en 1970 (84 millions). Organisation internationale pour les migrations, État de migration dans le monde 2018, p. 17.

42 UE, 18 mars 2016, Conclusions du Conseil européen, EUCO 12/1/16. REV 1, §1; UE, 21 octobre 2016, Conclusions du Conseil européen, EUCO 31/16, §2; UE, 28 juin 2018, Conclusions du Conseil européen, EUCO 9/18, §1-2.

43 UE, 13 juillet 2009, Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas (code des visas), 810/2009, JO 15/9/2009 L 243/1, préambule §18.

L'objet principal de la création du système européen de surveillance des frontières (EUROSUR) est la "protection de la vie des migrants" ainsi que "de prévenir et combattre l'immigration illégale"[44]. Le Code des frontières Schengen mentionne également que le contrôle aux frontières contribue à la prévention de toute menace sur la sécurité ainsi qu'à la lutte contre l'immigration illégale[45]. Le règlement 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes a pour but principal de "s'attaquer aux défis migratoires"[46]. La gestion des migrations se présente ainsi avec la prévention de l'immigration illégale qui contribue au soutien d'une politique sécuritaire.

Récemment, un nouveau pacte sur la migration et l'asile de l'UE est proposé par la Commission européenne. La gestion des frontières extérieures sera modernisée selon ce pacte, par le déploiement de garde-frontières et de garde-côtes européens à partir du 21 janvier 2021, par un renforcement des systèmes d'information et par une réforme du système Dublin[47]. La raison est indiquée comme l'augmentation de la présence irrégulière des ressortissants des pays tiers, depuis 2015. Cette réforme est interprétée comme une rénovation du système Dublin plutôt qu'une abolition, considérant que son rôle principal est de primer la responsabilité effective des États membres au lieu de leur volonté[48]. L'établissement de la responsabilité d'un État dans l'accord du statut de protection, la procédure de relocalisation ou la protection des données à caractère personnel des demandeurs dépendent tous à l'absence des motifs raisonnables de penser

---

44 UE, 22 octobre 2013, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur), 1052/2013, JO 6/11/2013 L 295/11, article 1.

45 UE, 9 mars 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), 2016/399, JO 23/3/2016 L 77/1 préambule §6.

46 UE, 14 septembre 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen (...), 2016/1624, JO 16/09/2016 L 251/1, article 1.

47 Le système Dublin consiste de déterminer le pays qui doit acueillir une demande d'asile. En général, le premier État-membre d'arrivée est considéré comme étant en charge d'examiner les demandes. *Cf.*, UE, 23 septembre 2020, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management (...), COM(2020)610 final, pour la proposition de la réforme.

48 DESTOMBES Emilie, "L'UE dans le domaine migratoire: la persistance de l'adolescence ou l'avènement de l'âge de raison ?", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 23 septembre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/09/23/asile/lue-dans-le-domaine-migratoire-la-persistance-de-ladolescence-ou-lavenement-de-lage-de-raison/>, consulté le 4 novembre 2020.

que ceux-ci représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public d'un État membre selon ce nouveau pacte. Le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) tire l'attention au fait que le pacte floute la distinction entre les différentes politiques liées à l'asile, la migration, la coopération policière, la sécurité interne et la justice criminelle[49]. C'est-à-dire que la gestion de l'immigration est toujours accompagnée avec la criminalité et les questions de sécurité. La sécurité est ainsi toujours au cœur de la politique d'immigration de l'UE.

B. Comment lutter contre le terrorisme ? Le moyen commun du contrôle des frontières

Passons au côté lié à la politique antiterroriste de l'UE, il sera inutile de donner place aux discussions sans fin sur la définition du terrorisme[50]. Nous préférons juste de faire une introduction brève sur le type du terrorisme dont nous parlons. Il y a plusieurs typologies du terrorisme selon les objectifs et les moyens employés par les organisations terroristes[51]. Néanmoins, la classification simple du terrorisme traditionnel et moderne va clarifier les contextes dont nous allons parler dans notre travail. D'une part, le terrorisme traditionnel s'inscrit avec les idéologies révolutionnaires et les communautés indépendantistes. Suite à la deuxième guerre mondiale, les conflits

---

49 UE, 30 novembre 2020, Contrôleur européen de la protection des données (CEPD), Opinion on the New Pact on Migration and Asylum, Avis 9/2020, §8.

50 *Cf.*, *inter alia*, GUILLAUME Gilbert, **Terrorisme et Droit international**, The Hague Academy of International Law, 2008, p. 295-307; ÖKTEM Emre, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Basım, Derin Yayınları, İstanbul, 2011, p. 1-66; CASSESSE Antonio, "Terrorism as an International Crime", *in* Andrea BIANCHI (ed.), **Enforcing International Law Norms Against Terrorism**, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 213-225, p. 214; SAUL Ben, **Defining Terrorism in International Law**, Oxford University Press, New York, 2006, p. 5 et s.; MARTIN Jean-Cristophe, **Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme**, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 33 et s., pour les recherches académiques sur cette question. *Cf.*, UE, 13 juin 2002, Décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, 2002/475/JAI, JO 22/06/2002 L 164/3, article 1, pour la première définition en droit de l'UE.

51 *Cf.*, par exemple, SKOLL Geoffrey R., "Toward a Theory of Terrorism: A Multidimensional Analysis", *in* LARCHE Rene A. (ed.), **Global Terrorism Issues and Developments**, Nova Science Publishers, New York, 2008, pp. 19-60, p. 33, pour le terrorisme anomique, le terrorisme disruptif, le terrorisme entrepreneurial et le terrorisme répressif; LUTZ James M. / LUTZ Brenda J., **Terrorism, Origins and Evolution**, Palgrave Macmillan, London, 2005, p. 11, pour le terrorisme communautaire, le terrorisme idéologique et le terrorisme pragmatique; SANGUINETTI Gianfranco. **Du terrorisme et de l'État. La théorie et la pratique du terrorisme divulguées pour la première fois**, (traduit par Jean-François Martos), 2e Édition, J. F. Martos, Paris, 1980, p. 69, pour le terrorisme défensif et offensif.

idéologiques étaient polarisés par la confrontation entre deux blocs rivaux du monde. Les mouvements de libération nationale, qui se sont apparus dans les années 1960s pendant l'époque de la décolonisation, ont agi de manière favorable aux idéologies marxistes-léninistes afin de prendre le soutien des grands pouvoirs comme l'Union soviétique et la Chine[52]. Ces mouvements de libération nationale hors le contexte de décolonisation sont considérés comme terroristes et le soutien des pays de l'est a intégré les différentes catégories du terrorisme dans un processus révolutionnaire marxiste-léniniste[53]. Néanmoins, le terrorisme traditionnel ne s'identifiait pas avec ses effets transfrontaliers, car leurs demandes étaient plutôt liées à l'indépendance de leur communauté.

De l'autre part, le terrorisme qui est associé avec l'immigration et surtout celui moderne. Les mouvements motivés en général par les idéologies religieuses au Moyen-Orient avaient commencé à contrebalancer la révolution iranienne par des groupes sunnites et le pouvoir soviétique par l'aide des États-Unis[54]. À ce moment-là, les pays européens étaient occupés avec des formes de terrorisme non-mondialisées et plutôt traditionnelles[55]. Dans les années 1980, l'effet des États-Unis est diminué sur ces groupes au Moyen-Orient car l'Union soviétique n'était plus présente sur le territoire afghan[56]. Le djihad sunnite s'est retourné bientôt contre les États-Unis et les pouvoirs occidentaux[57]. Étant donné que l'Islam ne signifie pas une affiliation territoriale, les actes djihadistes ne reconnaissaient pas non plus des demandes sur un certain territoire[58]. Les menaces contre la sécurité sont déterritorialisées et liées toutes ensemble comme des composants d'un

---

52 CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "Le terrorisme dans la guerre, de la Seconde Guerre mondiale aux guerres de la libération nationale", *in* CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Bayard, Paris, 2004a, pp. 229-239, p. 229-230.

53 **Ibid.** *Cf.*, aussi, HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, New York, Columbia University Press, 2017, p. 87.

54 CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "De 1968 à l'islamisme radical", *in* **CHALIAND / BLIN** (dir.), 2004a, pp. 243-279, p. 243.

55 Par exemple, Rote Armee Fraktion (RAF) pour l'Allemagne, Euskadi Ta Askatasuna (ETA) pour l'Espagne et Irish Republican Army (IRA) pour le Royaume-Uni. *Cf.* COTTEY Andrew, **Security in the New Europe**, New York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 42.

56 CHALIAND Gérard, **Terrorisme et politique**, CNRS Éditions, Paris, 2017, p. 39.

57 **Ibid.**

58 KASTORYANO Riva, "Radicalisation in Europe", **IEMed Mediterranean Yearbook**, Institut européen de la Méditerranée, 2017, pp. 87-92, p. 91.

danger global[59]. L'approche de l'ONU par rapport au terrorisme dans les années 1990 prouve cette globalisation dans la mesure où ce type de terrorisme exige une réponse internationale[60].

La transnationalisation du terrorisme est ainsi arrivée avec la montée du terrorisme moderne et a atteint au sommet avec les attentats du 11 Septembre 2001. Ce caractère transnational qui est commun avec l'immigration a créé une tendance de lutter contre le "mal", qui peut venir de l'immigration et du terrorisme, par le même moyen de la gestion des frontières[61]. L'adoption de la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité des Nations Unies suite au 11 Septembre 2001 a indéniablement établi un lien entre les deux phénomènes, en admettant que le terrorisme peut être empêché par le contrôle du franchissement des frontières[62]. Les États ont admis que l'asile et le statut de réfugié sont susceptibles d'être utilisés comme un bouclier par les terroristes[63]. Le principe directeur semble être que la gestion des frontières doit être globale et couvrir toutes les menaces relatives aux frontières[64] y compris le terrorisme transnationalisé et l'immigration illégale[65].

---

59 TSOUKALA Anastassia, "The Terrorism-Immıgration Nexus in the Post-11 September Era: An Analysis of the Political Discourses in the British Press", *in* **BERGGREN / LIKIĆ-BRBORIĆ / TOKSÖZ / TRIMIKLINIOTIS** (eds.), 2007, pp. 393-400, p. 392.

60 *Cf.*, *inter alia*, ONU, 31 mars 1992, Conseil de Sécurité, Résolution 748 (1992), S/RES/748(1992); ONU, 17 février 1995, Assemblée générale, Measures to eliminate international terrorism, A/RES/49/60. *Cf.*, ERÇAKICA Mustafa, **Silahlı Çatışma ve İç Karışıklık Sonrası Dönemlerde İnsan Haklarının Korunmasında Birleşmiş Milletler'in Rolü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, pp. 393-398, pour un survol général sur le contenu de ces actes.

61 DE TAPIA Stéphane, **Les nouvelles configurations de la migration irrégulière en Europe: Rapport de conférence 12 et 13 novembre 2002**, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, p. 71; UE, 11-12 novembre 2015, Sommet de Valette sur la migration, Déclaration politique.

62 ONU, 28 septembre 2001, Résolution du Conseil de Sécurité, S/RES/1373(2001), §3(f)-(g).

63 *Cf.*, France, 5 juillet 2016, Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête relative aux moyens mis en oeuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, no 3922, p. 24, 138, 294; CRELINSTEN Ronald D. / ÖZKUT İffet, "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe. Implications for Human Rights" *in* REINARES Fernando (ed.), **European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation**, Ashgate, Dartmouth, 2001, pp. 245-272, p. 259; ROBERT Bartko, "Irregular Migration and Terrorism in the European Union", **Journal of Eastern-European Criminal Law**, no 1/2017, pp. 149-154, p. 152.

64 GUILD Elspeth / CARRERA Sergio / BALZACQ Thierry, "The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union", **Challenge Liberty & Security**, Research Paper no 12, October 2008, p. 2.

65 *Cf.*, **TSOUKALA**, 2007, p. 397, sur le fait que la menace terroriste de l'époque s'est ajoutée aux problèmes sociaux et de sécurité par l'immigration irrégulière.

Quant à la politique antiterroriste de l'UE, c'est après les attentats du 11 Septembre qu'elle a commencé à être établie. Le terrorisme contre lequel il fallait lutter était déjà de nature transnationale. La gestion des frontières extérieures est ainsi considérée comme une méthode efficace de la lutte contre le terrorisme depuis les premiers actes du Conseil adoptés après les attentats du 11 Septembre[66]. Puis, le renforcement des contrôles des frontières extérieures est devenu l'un des moyens principaux de lutter contre le terrorisme comme nous l'observons dans la Déclaration sur la lutte contre le terrorisme en 2004[67]. Ensuite, les infractions terroristes sont comptées parmi des crimes transnationaux liés à la politique d'immigration selon les conclusions du novembre 2004. Celles-ci explicitement citent la gestion des flux migratoires comme une mesure sécuritaire visant à lutter contre le terrorisme[68].

Selon le rapport préliminaire préparé par le comité spécial sur le terrorisme en 2018, les auteurs des actes terroristes dans l'UE incluent souvent la deuxième ou troisième génération d'immigrants[69]. La Commission européenne constate qu'il existe un taux élevé de concordance lorsque les autorités nationales cherchent les empreintes digitales des demandeurs d'asile impliquées dans les enquêtes pénales[70]. En plus, elle souligne que l'asile est l'un des canaux qu'utilisent les terroristes[71]. La réunification de la politique antiterroriste et de la politique d'asile se voit clairement dans son constat suivant: "*même si le nombre potentiel de demandeurs d'asiles susceptibles d'être impliqués dans des infractions terroristes transfrontalières ou d'autres formes graves de criminalité n'est*

---

66 UE, 14-15 décembre 2001, Conclusions de la Présidence Conseil européen de Laeken, DOC/01/18, §42.

67 UE, 25 March 2004, European Council Declaration on Combating Terrorism, p. 2, 7.

68 UE, 4-5 novembre 2004, Conclusions de la Présidence Conseil européen de Bruxelles, 14292/1/04 REV 1, §1.7.2.

69 UE, 21 juin 2018, Special Committee on Terrorism, Draft Report on findings and Recommendations, Rapporteur: Monika Hohlmeier & Helga Stevens, 2018/2044(INI), §Q.

70 UE, 10 septembre 2009, Proposition de Décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données EURODAC présentées par les services répressifs des États membres et Europol à des fins répressives, COM(2009) 344 final, p. 2.

71 UE, 5 décembre 2001, Document de travail de la Commission, Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection, COM(2001)743 final, §6; *Cf.*, aussi, UE, 31 mars 2003, Network of Independent Experts in Fundamental Rights, The Balance Between Freedom and Security in the Response by the EU and Its Member States to the Terrorist Threats Thematic Comment, §3; UE, 2018/2044(INI), §Q.

peut-être pas très important, la simple circonstance de la gravité de ces infractions et de leur impact sur la société et le quotidien des personnes devrait suffire à justifier une action de niveau européen"[72].

On voit cette approche selon laquelle la gestion des frontières est nécessaire pour la prévention du terrorisme dans les autres actes législatifs ou non-contraignants de l'UE adoptés depuis lors[73]. L'élaboration d'une même politique est devenue nécessaire pour le terrorisme et pour l'immigration y compris le contrôle de l'immigration illégale[74]. La communication de la Commission sur la stratégie de l'UE pour l'union de la sécurité couvrant la période de 2020-2025 continue à souligner la nécessité de créer un "environnement de sécurité", vu l'augmentation des menaces anciennes et nouvelles pour l'UE. La lutte contre les combattants terroristes étrangers dépend fortement au renforcement de la sécurité frontalière selon la Commission[75]. La gestion efficace des frontières extérieures contribue ainsi de manière indéniable à la prévention du terrorisme transfrontalière[76].

---

[72] UE, 10 septembre 2009, Résumé de l'Analyse d'Impact, SEC(2009)937, p. 5. Néanmoins, il faut aussi mentionner que le règlement no 2016/399 contient une clause concernant cette approche. UE, Règlement 2016/399, préambule §26.

[73] *Cf.*, *inter alia*, UE, 4 mai 2010, Conseil européen, Le programme de Stockholm - une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2010/C 115/01; UE, 28 avril 2015, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le programme européen en matière de sécurité, COM(2015)185 final, p. 6; UE, 27 June 2014, Cover Note from General Secretariat of the Council to Delegations, EUCO 79/14, §10; UE, 15 décembre 2015, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et une gestion efficace des frontières extérieures de l'Europe, COM (2015)673 final, p. 9; UE, 15 mars 2017, Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, 2017/458, préambule §17; UE, 12 mai 2017, Recommendation 2017/820 de la Commission relative à des contrôles de police proportionnés et à la coopération policière dans l'espace Schengen, JO 13/05/2017 L 122/79; *Cf.*, aussi, **PICKERING**, 2004, p. 213.

[74] *Cf.* UE, 16 avril 2014, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant dispositions générales applicables au Fonds "Asile, migration et intégration" et à l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité, ainsi qu'à la gestion des crises, 514/2014, JO 20/05/2014 L 150/112; UE 16 avril 2014, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et des visas et abrogeant la décision no 574/2007/CE, 515/2014, JO 20/05/2014 L 150/143, pour l'élaboration d'une politique globale en ce qui concerne le soutien financier.

[75] UE, 24 juillet 2020, Communication de la Commission relative à la stratégie de l'UE pour l'union de la sécurité, COM(2020)605final, p. 21.

[76] **Ibid.**, p. 29.

La mise en œuvre de cette politique réunie de la lutte contre le terrorisme et de la gestion de l'immigration se voit plus clairement dans l'échange des fonctions entre les organes de l'UE. D'un côté, on constate que les systèmes visant à lutter contre le terrorisme gagnent un domaine d'action supplémentaire pour lutter contre l'immigration illégale. On observe cette accumulation depuis l'exemple du Club de Vienne qui fut créé en 1979 en réunissant les responsables nationaux de la lutte antiterroriste[77]. Il n'est plus actif mais il constitue le point de départ de cette tendance. L'unification dans la lutte contre les formes graves de criminalité y compris le terrorisme et l'immigration clandestine est aussi marquée dans l'exemple de Trevi[78], qui est considéré comme étant le prédécesseur d'Europol[79]. Nous allons examiner les compétences d'Europol prochainement.

On peut aussi donner comme un exemple spécifique, la mission PSDC (Politique de sécurité et de défense commune) de l'UE au Niger afin de lutter contre le terrorisme (EUCAP SAHEL)[80]. Au début, cette mission visait à lutter contre la criminalité organisée et le terrorisme tout en gardant l'intérêt de l'UE[81]. Avec les modifications apportées par l'article 2 de la décision en l'espèce le mandat de cette mission est élargi à la migration irrégulière[82].

De l'autre côté, les actes visant la gestion des contrôles dans les frontières ont aussi l'objectif élargi de prévention et détection de la criminalité

---

77 CHEVALLIER-GOVERS Constance, **De la cooperation à l'intégration policière dans l'Union Européenne**, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 140.

78 CASALE Davide, "Institutional and Legal Aspects of EU Counter-Terrorism", *in* Centre of Excellence Defence Against Terrorism (ed.), **Legal Aspects of Combating Terrorism**, IOS Press, Asterdam, 2008, pp. 115-130, p. 115-116. Trevi a été créé en 1976 pour la lutte contre le terrorisme et la coopération policière entre les États membres. *Cf.* BAUD Jacques, **Encyclopédie des terrorismes**, Charles-Lavauzelle, 1999, p. 251.

79 Europol a été créé en 1995 avec UE, 26 juillet 1995, Acte du Conseil portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'UE portant création d'un Office européen de police (convention Europol), 95/C 316/01, JO 27/11/1995 C 316/1.

80 Depuis 2011, avec la chute de Kadhafi ainsi qu'avec le conflit malien, la déstabilisation en Libye a causé des déplacements énormes vers le Niger qui est devenu le pays de transit. L'UE s'est préoccupé par ces changements et a réservé des fonds à ce pays. On observe l'intervention de l'UE sous la bannière du contrôle des frontières qui recouvre la lutte contre la migration illégale et le terrorisme (BOYER Florence / CHAPPART Pascaline, "Les frontières européennes au Niger", **Association Vacarme**, no 83, 2018/2, pp. 92-98).

81 UE, 16 juillet 2012, Décision du Conseil concernant la mission PSDC de l'UE au Niger (EUCAP Sahel Niger), 2012/392/PESC, JO 17/7/2012 L 187/48, article 1.

82 UE, 18 juillet 2016, Décision du Conseil modifiant la décision 2012/392/PESC (...), 2016/1172, JO 19/7/2016 L 193/106, article 1.

transfrontalière, y compris le terrorisme. Le Frontex[83] était créé pour le contrôle de l'immigration dans l'Europe élargie[84]. Néanmoins le terrorisme a pris sa place dans le champ élargi de ses compétences sur la base du point commun de la sécurité frontalière[85]. Sa coopération avec Europol était déjà prévue dès sa création[86]. En 2008, un accord est conclu entre les deux agences[87]. Il concerne l'échange d'information stratégique et technique entre Frontex et Europol[88]. Le but est limité aux crimes dans les compétences d'Europol y compris les infractions terroristes[89]. Étant donné que l'une des tâches principales de Frontex est la gestion des frontières extérieures, la possibilité que la menace terroriste vienne des frontières extérieures est rendue évidente avec cet accord en permettant l'utilisation de ses tâches pour les buts d'Europol. Cet accord est un indicateur apparent de transformation des moyens de contrôler l'immigration en une démarche de lutte contre le terrorisme. L'importance de cette coopération dans la lutte contre le terrorisme est toujours soulignée depuis lors[90].

---

83 Frontex est l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne qui est créé par UE, 26 octobre 2004, Règlement du Conseil portant création (...), 2007/2004, JO 25/11/2004 L 349/1. D'après Valsamis Mitsilegas, même la création de Frontex a renforcé la conception des migrants comme un risque apparent. L'auteur indique qu'on est en face d'un double examen des immigrants car le contrôle des frontières est normalement dans la compétence des États membres mais désormais Frontex est aussi compétente pour cela. **MITSILEGAS**, 2004, p. 11-14.

84 *Cf.*, **SÖNMEZ**, 2015, p. 293. Frontex est créé après CIREFI et CIREA qui visaient prévenir la menace présentée par l'immigration illégale.

85 *Cf.* UE, Règlement 2007/2004 et puis UE, Règlement 2016/1624, préambule §18, article 4(a), pour la mention de la prévention du terrorisme comme l'objectif de l'Agence Frontex. L'ambiguïté de la responsabilité juridique de Frontex (*Cf.* UE, 26 novembre 2015, Proposition de résolution du Parlement européen sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, 2014/2215 (INI)) et les violations possibles des droits de l'Homme (*Cf.* **MITSILEGAS**, 2004, p. 15-23) ont aussi été fait l'objet des discussions. *Cf.*, par contre, UE, 25 octobre 2011, Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 2007/2004 (...), 1168/2011, JO 22/11/2011 L 304/1, qui vise à établir la responsabilité de Frontex et à améliorer le niveau de respect aux droits de l'Homme.

86 UE, Règlement 2007/2004, article 13.

87 Agreement on Operational Cooperation between the European Police Office and the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, 28 March 2008.

88 **Ibid.**, article 3.

89 UE, 95/C 316/01, article 2.

90 UE, 4 mars 2016, Note de Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme au Conseil, 6785/16, p. 26; Un groupe est aussi créé en 2016 qui est composé des autorités compétentes des États membres, eu-LISA, Frontex, FRA, EASO, Europol et le Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme. UE, 17 juin 2016, Décision de la Commission instituant le groupe d'experts de haut niveau sur les systèmes d'information et l'interopérabilité, 2016/C 257/03, article 3.

Enfin, l'exemple d'EURODAC constitue la réflexion la plus claire du détournement de la finalité des systèmes utilisés dans la gestion des frontières vers la lutte contre le terrorisme. EURODAC fut créé en 2000 pour une application efficace de la Convention Dublin puis du Règlement Dublin en comparant les empreintes digitales des demandeurs d'asile et des immigrants clandestins[91]. En 2013, la lutte contre le terrorisme est insérée dans son règlement comme l'une de ses fonctions[92]. En plus, les efforts pour renforcer la portée et l'objectif de ce système depuis 2016 se sont concrétisés par le nouveau pacte sur l'asile et la migration. L'objectif de prévention du terrorisme prend également sa place concernant la mise en œuvre du système d'interopérabilité que nous allons prochainement examiner[93]. La gestion des frontières est ainsi prévue comme étant la solution des différents problèmes découlant de l'immigration et du terrorisme.

2. Il faut prévenir la menace terroriste avant le franchissement des frontières

L'immigrant est le terroriste potentiel se cachant dans la foule des immigrants et le terroriste est un immigrant potentiel qui est prêt d'entrer en Europe à tout moment[94]. Cette considération trouve son écho dans le lien opérationnel établit entre le terrorisme et l'immigration en droit de l'UE. Certaines méthodes de la lutte contre le terrorisme constituent les bons exemples de ce lien. Nous cherchons le terroriste parmi les ressortissants des pays tiers dans la mise en œuvre de la méthode de l'interopérabilité (B.). La méthode du profilage, de l'autre côté, met à l'avant certains pays comme source du terrorisme et ses ressortissants comme les terroristes potentiels (A.).

---

91 UE, 11 décembre 2000, Règlement du Conseil concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, 2725/2000, préambule, §3.

92 UE, 26 juin 2013, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'Eurodac (...), 603/2013, JO 29/06/2013 L 180/1, préambule, §8.

93 UE, 23 septembre 2020, Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'"Eurodac" (...), COM(2020)614final.

94 NAIL Thomas, "A Tale of Two Crises: Migration and Terrorism after Paris Attack", **Studies in Ethnicity and Nationalism**, Vol. 16, no 1, 2016, pp. 158-167, p. 158.

A. L'identification du risque par le profilage

Les actes terroristes sont réalisés aléatoirement sans tenir en compte des techniques classiques de lutte contre la criminalité[95]. Ils nécessitent une intervention avant que le crime ne soit commis et ceci met en avant l'objectif de prévention de la lutte antiterroriste[96]. Prendre du temps pour vérifier la validité des preuves est considéré comme étant une inaction dangereuse[97]. On cherche alors les criminels potentiels en examinant les profils ayant des caractéristiques dangereuses, indésirables[98]. Cette recherche est effectuée par la méthode du profilage.

Le profilage nécessite un examen du taux de récidive des crimes dans les bases de données policières[99]. Le profil est construit à partir du pays d'origine, du sexe, de l'âge etc. des personnes ayant commis des actes terroristes[100]. On en déduit une sorte de portrait-robot du terroriste[101]. Un seul indicateur ou un groupe d'indicateurs nous donnent les caractéristiques d'une personne à risque élevé[102]. Les personnes ayant ces caractéristiques sont surveillées plus que les autres dans un but préventif[103].

---

95 Le domaine politique a une image de future imprévisible et variable. Ceci est la logique des buts préventifs et préemptifs. DE GOEDE Marieke, "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", **European Journal of International Relations**, 2008, 14(1), pp. 161-185, p. 178. Le terrorisme se distingue des autres formes de criminalité avec son élément objectif "politique" (**SAUL**, 2006, p. 40). Il est donc imprévisible et exige une approche préventive.

96 **DE GOEDE**, 2008, p. 178.

97 BIGO Didier, "The Emergence of a Consensus: Global Terrorism, Global Insecurity, and Global Security", *in* **CHEBEL d'APPOLLONIA / REICH** (eds.), 2008, pp. 67-94, p. 75.

98 **Ibid.**, p. 74, 79.

99 HARCOURT Bernard E., "Muslim Profiles Post-9/11: Is Racial Profiling an Effective Counter-terrorist Measure and does it Violate the Right to be Free from Discrimination", *in* GOOLD Benjamin J. & LAZARUS Liora, **Security and Human Rights**, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 73-99, p. 82-83.

100 SCHOENHOLTZ Andrew I., "Transatlantic Dialogue on Terrorism and International Migration", **International Migration**, Vol. 41 (4), 2003, pp. 173-192, p. 179.

101 BETTATI Mario, **Le terrorisme Les voies de la coopération internationale**, Odile Jacob, Paris, 2013, p. 43.

102 United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism, fact sheet no 32, introduction, p. 37.

103 MARTIN Susan / MARTIN Philip, "National Security Discussion: International Migration and Terrorism: Prevention, Prosecution and Protection", **Georgetown Immigration Law Journal**, Vol. 18: 329, 2004, pp. 329-344, p. 343.

La violence, étant l'objectif et le moyen des groupes terroristes, rend l'éloignement de la source du danger inévitable[104]. D'une part, les habitants des États et territoires perçus comme source de terrorisme tendent à chercher refuge dans des zones plus sûres, notamment sur le territoire des États membres de l'UE. D'autre part, en raison de leur origine, ces mêmes personnes peuvent être perçues comme un facteur de risque en matière de sécurité par les États où elles tentent de trouver refuge. Et cette tendance est renforcée lorsque, parmi les auteurs d'actes terroristes, se trouvent des ressortissants de ces pays ou des personnes qui se sont servis de ces territoires comme base-arrière pour commettre ces actes. Le pays d'origine devient une caractéristique importante du profil-type terroriste.

Les statistiques d'Europol sur le nombre d'attentats déjoués et sur le nombre de personnes arrêtées dans le cadre de la lutte antiterroriste nous montrent que jusqu'à 2017, il y avait une augmentation constante des personnes concernées par les affaires du terrorisme djihadistes[105]. Même si ce nombre est diminué depuis lors[106], les attentats commis par les djihadistes sont toujours d'une grande publicité. Une autre recherche faite en Royaume-Uni révèle que les personnes en garde à vue pour les infractions terroristes qui se présentent comme les supporteurs de l'idéologie extrémiste islamiste sont en nombre plus important[107]. On observe dans le livre blanc du gouvernement français sur la sécurité intérieure face au terrorisme que "*le profil majoritaire à ce jour concerne des jeunes hommes musulmans de moins de 40 ans"*[108]. Par conséquent, le terrorisme dans l'agenda européen est celui djihadiste et l'image du terroriste est associée aux personnes

---

[104] SCHMID Alex P., "Links between Terrorism and Migration: An Exploration", **International Centre for Counter-Terrorism**, The Hague, 2016, p. 26; *Cf.*, UE, décembre 2018, Asylum Quarterly Report, pour la preuve. Les ressortissants des pays tiers qui ont demandé l'asile sont d'origine syrienne, iraquienne et afghane où on trouve le terrorisme d'Al-Qaïda et "l'État islamique".

[105] UE, 2018, Europol, TESAT Trends Report, p. 9, 10, 55.

[106] UE, 2020, Europol, TESAT Trends Report, p. 11.

[107] Royaum-Uni, 6 December 2018, Home Office, Great Britain quarterly update to September 2018 Statistical Bulletin 29/18. Cette recherche couvre les années entre 2013-2018.

[108] France, 2006, Le livre blanc du gouvernement français sur la sécurité intérieure face au terrorisme, La France face au terrorisme, p. 25; La position de la France par rapport aux musulmans et arabes se voit plus clairement dans France, 5 juillet 2016, Assemblée nationale, **op. cit.** *Cf.*, aussi, France, 2017, Défenseur des droits, Enquête sur l'accès aux droits, Vol. 1, Relations police / population: le cas des contrôles d'identité, p. 16. 51.5% des participants d'une enquête menée en France qui déclarent être perçus comme arabes ont rapporté les expériences de contrôle d'identité.

d'origine musulmane et/ou arabe. Chaque attentat terroriste s'inspirant des idéologies religieuses fortifie cette association.

Aux États-Unis, la plupart des personnes arrêtées dans les enquêtes relatives aux attentats du 11 Septembre étaient d'origine arabe et/ou de la religion musulmane[109]. En Europe, le portrait terroriste dressé est celui qui a frappé Madrid et Londres[110]. Dans les discours de médias aussi il apparaît que l'Islam est au centre de l'attention surtout à cause des attentats de l'État islamique"[111]. Ceci résulte en un traitement différent des autorités chargées de sécurité frontalière par rapport à tous les musulmans et/ou Arabes[112].

Lors de franchissement des frontières, les vérifications de première ligne concernent une comparaison des données du passager avec les bases des données de l'UE, des systèmes nationaux et internationaux. S'il y a une concordance, si la personne a des caractéristiques d'un profil de risque ou si

---

[109] États-Unis, 2003, Department of Justice, The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks, p. 14.

[110] **BETTATI**, 2013, p. 44; ZHIRKOV Kirill / VERKUYTEN Maykel / WEESIE Jeroen, "Perceptions of world politics and support for terrorism among Muslims: Evidence from Muslim countries and Western Europe", **Conflict Management and Peace Science**, Vol. 31 (5), 2014, pp. 481-501, p. 486.

[111] *Cf.*, *inter alia*, The Guardian, 20 juillet 2018, <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jul/20/muslim-terror-attacks-press-coverage-study>, Independent, 17 janvier 2003, <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/crackdown-on-asylum-seekers-would-do-little-to-lessen-threat-124597.html>; The Guardian, 22 avril 2005, <https://www.theguardian.com/politics/2005/apr/22/election2005.immigrationandpublicservices>; Independent, 2 mars 2005, <https://www.independent.co.uk/incoming/reality-for-muslims-is-they-are-more-likely-to-be-stopped-by-police-warns-minister-526928.html>; Reuteurs, 13 septembre 2018 <https://www.reuters.com/article/us-britain-security-terrorism/tony-blair-worlds-strategy-for-countering-islamist-extremism-flawed-idUSKCN1LS34X>; Washington Post, 1 août 2018, <https://www.washingtonpost.com/ news/made-by-history/wp/2018/08/01/the-distortion-of-islam-that-drives-terrorism/?noredirect=on&utm_term=.a686b9bdc02d>, consulté 30 janvier 2019. Dans une recherche menée sur 617 articles du journal LeMonde publié dans les années 2015-2016, l'auteur observe que le média se réfère à l'Islam en accompagnement du terrorisme, qui a un effet direct de l'image des musulmans parmi les membres de la société. SHEVCHENKO Polina, "Images 0of Muslims on Lemonde.fr during the period of terrorist attacks in Europe in 2015-2016", **Druzboslovne Razprave**, XXXV, 2019, pp. 73-91.

[112] *Cf.* DOOSJE Bertjan / ZIMMERMANN Anja / KÜPPER Beate / ZICK Andreas / MEERTENS Roel, "Terrorist Threat and Perceived Islamic Support for Terrorist Attacks as Predictors of Personal and Institutional Out-Group Discrimination and Support for Anti-Immigration Policies. Evidence from 9 European Countries", Presses universitaires de Grenoble, **Revue internationale de psychologie sociale**, Tome 22, 2009/3, pp. 203-233; *Cf.*, HARDIN Russell, "Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism", **The Journal of Ethics**, 8, 2004, pp. 77-95, p. 80, pour le profilage precedent des afro-américains qui est maintenant remplacé avec le profilage des jeuns arabes.

l'agent suspecte cette personne, une deuxième vérification devient nécessaire[113]. D'après une recherche menée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), la nationalité est à 90% déterminante lorsque l'ethnicité est à 79% déterminante dans l'observation de l'irrégularité de rentrée au territoire européen[114].

Afin d'obtenir l'information sur les mouvements djihadistes, les autorités chargées de la sécurité frontalière questionnent les musulmans et Arabes venant des pays sur le territoire desquels le terrorisme s'exerce[115]. Le personnel travaillant dans les aéroports fait plus d'attention à ces personnes. Ce sont plutôt les Arabes et les musulmans dont les bagages sont cherchés ou qui sont interrogés dans les aéroports[116]. Ou bien, les contrôles policiers sont effectués surtout pour les immigrants ou des personnes appartenant aux minorités ethniques[117].

À part ces pratiques, nous observons que le profilage[118] figure parmi les méthodes qu'utilise Frontex. Ce dernier fait effectivement usage du

---

[113] UE, FRA (*European Agency for Fundamental Rights*), 2018, Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide, p. 54.

[114] UE, FRA, 2014, Fundamental Rights at Airports: Border Checks at Five International Airports in the European Union, p. 46.

[115] **MARTIN / MARTIN**, 2004, p. 343; On doit aussi met l'accent sur le fait que les États-Unis avaient une dominance de déterminer l'ennemi contre lequel la guerre antiterroriste doit être menée. Taliban était l'une des raisons pour laquelle la guerre était déclarée contre Afghanistan mais dans la période suivante où on a séparé le Taliban d'Al-Qaïda, la guerre n'a jamais été menée vers les pays comme Arabie Saoudite même si la plupart des assaillants étaient de cette origine.

[116] HARRIS David, **Profiling in Injustice; Why Racial Profiling Cannot Work**, The New York Press, 2002, p. 140-143; Le renforcement des contrôles aux frontières et la mise en place des interrogatoires des personnes ou de groupes est l'une des caractéristiques du profilage ethnique qui est défini comme "*l'utilisation par la police, sans justification objective et raisonnable, de motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique dans des activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation*" par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance. Conseil de l'Europe, 4 octobre 2007, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, Recommandation de politique générale no 11 de l'ECRI, §I, 1; MIJATOVIĆ Dunja, "Le profilage ethnique: une pratique persistante en Europe", **Le carnet des droits de l'Homme**, 9 mai 2019.

[117] L'information est collectée en interrogeant 25 515 personnes parmi celles appartenant aux minorités ethniques différentes et les immigrants. 14% des participants étaient contrôlés par la police dans les dernières 12 mois précédent l'enquête. UE, 2017, FRA, Second European Union Minorities and Discrimination Survey. Main Results, EU-MIDIS II, p. 16.

[118] Dans la législation de l'UE, le profilage est défini comme "*toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser*

profilage dans les frontières et chez les garde-côtes[119]. Au moment du contrôle dans les frontières, les activités sont surveillées sur la base des informations collectées concernant les comportements, les routes, les moyens de transportation, les appartenances, les compagnons[120].

Quand on parle spécifiquement de la lutte contre le terrorisme, l'exemple le plus concret de la mise en œuvre officielle de la méthode du profilage est le cas de PNR (*Passenger Name Records* - données des dossiers passagers). L'histoire de PNR a commencé juste après les attentats du 11 Septembre avec l'*Aviation and Transportation Security Act*. Les États-Unis demandent aux compagnies aériennes de partager les données des passagers avec leurs autorités douanières. Les compagnies aériennes évaluent des risques de chaque passager afin de créer un profil correspondant à la liste tenue[121]. On cherche donc les passagers à haut risque qui sont définis comme "*un passager qui correspond à une certaine catégorie de risques*"[122]. Les données PNR sont utilisées pour le profilage basé sur le passé des individus et les relations possibles qu'ils peuvent avoir[123]. Ce système est petit à petit mis en œuvre en droit de l'UE par la conviction progressive de différents organes comme nous allons voir en détail dans la deuxième partie. Il prend sa place en tant qu'une des actions importantes de l'UE face à la menace terroriste[124]. L'importance de l'usage

---

ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne". UE, 27 avril 2016, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (...), 2016/680, JO 04/05/2016 L 119/89, article 3(4); UE, 27 avril 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (...), 2016/679, JO 04/05/2016 L 119/1, article 4(4).

119 UE, 12 Juin 2017, Frontex, Common Core Curriculum, 3.1., JC 4.43; 3.1., JC 4.62.

120 UE, 12 Juin 2017, Frontex, Common Core Curriculum, 3.1.17.

121 *Cf.*, ARGOMANIZ Javier, "When the EU is the 'Norm-taker': The Passenger Name Records Agreement and the EU's Internalization of US Border Security Norms", **European Integration**, Vol. 31, no 1, 2009, pp. 119-136, p. 130, pour cet examen.

122 UE, 6 novembre 2007, Résumé de l'analyse d'impact, SEC(2007)1422, p. 3.

123 BROUWER Evelien, "The EU Passenger Name Record System and Human Rights. Transferring passenger data or passenger freedom?", **CEPS Working Document**, no 320, September 2009, p. 3.

124 *Cf.* UE, <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/fight-against-terrorism/#:~:text=%C3%80%20la%20suite%20d'une,de%20lutte%20contre%20le%20terrorisme.&text=Les%20actions%20men%C3%A9es%20par%20l,des%20contr%C3%B4les%20aux%20fronti%C3%A8res%20ext%C3%A9rieures>, consulté le 10 mars 2020.

efficace des données PNR est également soulignée dans la stratégie pour l'union de la sécurité de 2020 par la Commission, considérant ses effets sur la réduction de l'immigration irrégulière et l'identification des personnes à haute risque pour la sécurité[125]. Il s'agit ainsi l'usage de ces données par les autorités administratives pour l'identification des personnes à haut risque qui ne sont pas soupçonnées d'infractions terroristes[126]. C'est-à-dire qu'il existe une la déjudiciarisation de la répression dans les États-membres de l'UE, comme dans la lutte américaine contre le terrorisme[127].

Toutes ces politiques et pratiques montrent que la lutte antiterroriste de l'UE se base ainsi sur la présomption selon laquelle la menace terroriste vient à travers les frontières et que le terroriste ayant les mêmes caractéristiques que le profil-type peut être identifié avant le franchissement des frontières. Les exemples spécifiques de la compétence de Frontex et du cas de *PNR* ne font pas, par contre, preuve d'un ciblage des ressortissants des pays tiers dans le droit de l'UE. Dans ce cas-là, une autre méthode, qui s'appelle l'interopérabilité, sera notre constat principal de la pratique discriminatoire affirmée dans le droit de l'UE.

B. La recherche du profil à risque par l'interopérabilité

La facilité que pose la méthode de profilage pour la prévention des actes terroristes nécessite une analyse profonde de toutes les données auxquelles on a accès. L'objectif est de collecter toutes les informations dans un seul centre pour qu'on puisse analyser toutes les données afin de prévoir l'avenir[128]. Étant consciente de ce fait, l'UE souhaite de renforcer les relations entre ses bases de données. La nature de ces bases de données est apte à concrétiser le lien entre l'immigration et le terrorisme.

---

[125] UE, 24 juillet 2020, COM(2020)605final, p. 28.

[126] On observe l'aveu de ce fait dans le document suivant: UE, 27 avril 2016, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, 2016/681, JO 04/05/2016 L 117/132, préambule, §7. "*L'évaluation des données PNR permet d'identifier des personnes qui n'étaient pas soupçonnées de participation à des infractions terroristes ou à des formes graves de criminalité avant cette évaluation*".

[127] *Cf.*, DELMAS-MARTY Mireille, "Violence et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain", **Dalloz RSC**, 2009, pp. 59 et s., pour l'usage de cette expression concernant les combattants illégaux.

[128] **BIGO**, 2008, p. 75.

Depuis 2002, le renforcement de l'efficacité de l'échange d'information et de l'interopérabilité est à l'ordre du jour de l'UE[129]. Chaque attaque terroriste réalisée en Europe fortifie cette tendance[130]. En outre, l'augmentation des flux migratoires depuis 2015 est mentionnée comme une des raisons de l'exigence de renforcer l'échange d'information et l'interopérabilité[131]. Celle-ci est une méthode utilisée pour la gestion des déplacements migratoires, qui sont aussi considérés comme une source du terrorisme. Avec la "sécurisation" de l'immigration naît la nécessité de renforcer les contrôles aux frontières afin de lutter contre le terrorisme. La sécurité aux frontières est ainsi liée à la vérification des toutes les personnes par le biais du développement des systèmes d'information de l'UE[132].

On entend par interopérabilité: "*la capacité qu'ont les systèmes d'information et les processus opérationnels dont il constituent le support*

---

[129] *Cf.* UE, 28 mai 2002, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, Plan d'action eEurope 2005, une société de l'information pour tous, COM(2002)263 final; UE, 2004, European Commission, European Interoperability Framework for Pan-European eGovernment Services; UE, 24 novembre 2011, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005)597 final.

[130] *Cf.*, par exemple, UE, 6 avril 2016, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité, COM(2016)205 final, pour la réaction de l'UE après les attentats à Paris en 2015 et à Bruxelles en 2016; On peut aussi donner l'exemple de l'attentat manqué du 21 août 2015 dans le train à grande vitesse Thalys marquant la nécessité de l'échange d'information entre les services répressifs et les services de sécurité car l'assaillant avait fait de nombreux déplacements en Europe sans ayant été identifié. UE, 5 octobre 2015, Note de Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme au Conseil, 12318/15; UE, 24 mars 2016, Déclaration commune des ministres européens de la justice et de l'intérieur et des représentants des institutions de l'UE sur les attentats terroristes perpétrés le 22 mars 2016 à Bruxelles, 158/16, §5.

[131] UE, 17 novembre 2017, CEPD, Document de synthèse sur l'interopérabilité des systèmes d'information au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, §1.

[132] BALDACCINI Anneliese, "Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security: Framing Suspects with Biometric Documents and Databases", **European Journal of Migration and Law**, 10 (2008), pp. 31-49, p. 32; *Cf.*, aussi, UE, 15 décembre 2015, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 562/2006 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, p. 2. Cet acte n'est plus en vigueur mais il est utile de voir l'approche de la Commission par rapport à l'échange d'information afin de protéger les frontières; *Cf.*, aussi, UE, Règlement 1052/2013, article 12(2)(a), sur la création d'Eurosur pour le contrôle dans les frontières extérieures pour lutter contre l'immigration illégale et la criminalité transfrontalière.

d'échanger des données et d'assurer le partage des informations et des connaissances"[133]. À cet effet, l'échange d'information est perçu comme l'un des moyens les plus efficaces de la lutte antiterroriste, car la police et les autorités chargées de la sécurité intérieure peuvent utiliser les renseignements collectés par les autres États membres et les institutions de l'UE pour empêcher les attaques terroristes[134]. Il faut brièvement examiner les systèmes d'information en question, qui ont progressivement gagné importance dans la lutte contre le terrorisme.

Le VIS[135] permettait dès sa création le traitement des données des non-ressortissants de l'UE pour la lutte contre le terrorisme[136]. Les données conservées dans le VIS sont déterminées selon les pays soumis à l'obligation de visa. L'obligation de visa est posée par une évaluation faite au cas par cas en prenant en compte divers critères comme l'immigration clandestine, la sécurité, l'ordre public de ces pays ou les relations extérieures de l'UE avec ces pays[137]. C'est-à-dire que les pays, qui sont considérés comme étant une menace possible à la sécurité de l'UE, sont soumis à l'obligation de visa. Les ressortissants de ces pays deviennent ainsi le cible du traitement des données pour la lutte contre le terrorisme.

---

[133] UE, 2004, European Commission, European Interoperability Framework for Pan-European eGovernment Services, §1.1.2.; On observe que cette définition n'a pas beaucoup changé depuis lors. *Cf.*, UE, 12 décembre 2017, European Commission Fact Sheet, Interoperability of EU Information systems for security, border and migration management.

[134] **CHEVALLIER-GOVERS**, 1999, p. 91; **BALDACCINI**, 2008, p. 46. *Cf.*, par exemple, UE, 15 mars 2017, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, 2017/541, JO 31/03/2017 L 88/6, préambule §24; UE, COM(2009)344 final, p. 3 sur l'insuffisance de décision Prüm (UE, 23 juin 2008, Décision du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, 2008/615/JAI) et de Décision-cadre 2006/960/JAI du 18 décembre 2006 qui soulignent la nécessité de l'échange d'informations dans la lutte contre le terrorisme.

[135] VIS (*Visa Information System*) vise à l'échanger les données sur les visas entre les États membres. UE, 9 juillet 2008, Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour, 767/2008, JO 13/08/2008 L 218/60.

[136] UE, COM(2005)597 final, §3.2; Le règlement de VIS contient une disposition permettant d'utiliser ses données pour la prévention, la détection et l'investigation des infractions terroristes. UE, Règlement 767/2008, article 3.

[137] UE, 15 mars 2001, Règlement du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, 539/2001, JO 21/03/2001 L 81/1, préambule, §5.

Pour le SIS[138], utilisé pour le signalement de non-admission ou d'interdiction de séjour des ressortissants de pays tiers, il s'agit un élargissement de ses compétences dans le temps. Il a acquis plus de fonctions dans la lutte contre le terrorisme[139], conformément à la volonté des États membres[140]. Les systèmes d'information récemment créés comme l'EES[141], autorisent également l'accès d'Europol aux données pour l'objectif principal de la prévention et de la détection des infractions terroristes[142].

Le cas d'EURODAC[143] prend une place plus importante pour montrer la transformation des systèmes visant à contrôler les déplacements en des systèmes de la lutte contre le terrorisme. Au moment de la création d'EURODAC, l'accès à ses données enregistrées était limité à l'État membre d'origine, qui effectue le transfert des données à l'unité centrale[144]. Mais selon la Commission, la consultation des données d'EURODAC par les services répressifs constitue le moyen le plus proportionné et le moins

---

138 SIS II (*Schengen Information System*) vise à renforcer la sécurité et à faciliter la libre circulation au sein de l'espace Schengen. UE, 20 décembre 2006, Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), 1987/2006, JO 28/12/2006 L 318/4, §10.

139 UE, 29 avril 2004, Règlement du Conseil concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, 871/2004, JO 30/04/2004 L 162/29. Ce règlement permet l'accès des autorités nationales aux enregistrements de SIS.

140 UE, 1999/C 19/01, §43(1)(c); *Cf.* France, 5 juillet 2016, Assemblée nationale, **op. cit.**, p. 294, propositon no 36 pour le support de France sur l'accès d'Europol au sysyème d'information Schengen.

141 EES (*Entry/Exit System*) vise à enregistrer les informations générales des ressortissants de pays tiers circulant dans l'espace Schengen pour un court séjour. UE, 30 novembre 2017, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/de sortie (...), 2017/2226, JO 09/12/2017 L 327/20.

142 UE, Règlement 2017/2226, article 33.

143 EURODAC est un système central gérant la base de données dactyloscopiques des demandeurs d'asile et certains catégories d'étrangers. UE, Règlement 2725/2000, préambule, article 1(2); *Cf.* UE, 25 March 2004, European Council Declaration on Combating Terrorism, p. 7. Selon les propositions dans le cadre du nouveau pacte sur la migration et l'asile, le système EURODAC comprendra un répertoire commun des données d'identité gérant une base de données biométriques, informatisée et centrale et des moyens de transmissions électroniques. UE, 23 septembre 2020, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'"Eurodac" (...), COM(2020)614 final, §3.

144 Ce qu'on entend par l'État membre d'origine est un État membre qui transmet les données à caractère personnel à l'unité centrale et reçoit les résultats de la comparaison dans le cas d'un demandeur d'asile; qui transmet ces données à l'unité centrale dans le cas d'une personne visée à l'article 8 et 11. UE, Règlement 2725/2000, article 2. "*L'État membre d'origine est seul habilité à modifier, en les rectifiant ou en les complétant, les données qu'il a transmises à l'unité centrale, ou à les effacer...*", UE, Règlement 2725/2000, article 15(3).

cher pour combattre le terrorisme[145]. C'est pourquoi l'objectif principal du règlement de 2013 d'EURODAC est fixé sur la comparaison de ses données avec les autorités répressif des États membres et Europol[146]. Depuis 2016, une révision du système EURODAC est dans l'agenda de la Commission[147] et elle est reprise dans le nouveau pacte sur la migration et l'asile[148]. Ces propositions soulignent également l'efficacité d'accès d'Europol et des autorités nationales au système EURODAC pour la prévention des infractions terroristes[149]. De plus, le 9 décembre 2020, la Commission européenne a proposé l'extension des compétences d'Europol afin de s'adapter à l'évolution des menaces pour la sécurité[150].

En plus de tout cela, une interopérabilité plus grande est petit à petit mise en œuvre dans ces dernières années. L'objectif est d'éviter les conséquences de la possibilité que "*les personnes éventuellement impliquées dans des activités terroristes peuvent être enregistrées dans des bases de données différentes et non interconnectées*"[151]. En 2017, la Commission européenne a proposé la collecte des données d'identité biographiques et biométriques des ressortissants de pays tiers, qui sont enregistrés dans EURODAC, le VIS, l'EES, l'ETIAS[152], l'ECRIS-TCN[153], dans une base

---

145 UE, COM(2009)344 final, p. 7-8. *Cf.*, aussi, UE, COM(2005)597 final, §4.1, 5.2., pour son intention d'élargir ce domaine aux autorités chargées de la sécurité intérieure et de faire usage de ces données dans la lutte contre le terrorisme.

146 UE, Règlement 603/2013, article 7.

147 UE, 4 mai 2016, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'"Eurodac" (...), COM(2016)272final.

148 UE, COM(2020)614final.

149 UE, COM(2020)614final, article 1§d.

150 UE, 9 décembre 2020, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 2016/794 (...), COM(2020)796 final. Le CEPD met l'accent sur la manque de clarité du rôle et des responsabilités juridiques exactes d'Europol dans la proposition. CEPD, 8 mars 2021, Opinion on the Proposal for Amendment of the Europol Regulation, Avis 4/2021. La prise en compte de ses avis est à voir après l'adoption du dit règlement.

151 UE, COM(2017)794 final, p. 1.

152 ETIAS (*European Travel Information and Authorisation System*) vise à gérer les informations des ressortissants de pays tiers qui sont exemptés de l'obligation de visa. UE, Règlement 2016/1624.

153 ECRIS-TCN (*European Criminal Record Information System for third-country nationals*) vise à échanger d'information sur les ressortissants de pays tiers qui sont condamné antérieurement dans un État membre. *Cf.* UE, COM(2017)793 final, p. 4-5; *Cf.* aussi COM(2018)478 final et COM(2018)480 final pour les modifications dans les propositions afin de mettre à jour les propositions précédentes; Il faut aussi mentionner que COM(2017)794 final concerne EURODAC, SIS et ECRIS-TCN et Europol lorsque COM(2017)793 final concerne VIS, SIS, EES et ETIAS.

unique. Un accord provisoire est conclu entre le Parlement européen et le Conseil en février 2019 depuis ces propositions[154]. En mai 2019, les règlements relatifs à l'établissement d'un cadre pour l'interopérabilité sont finalement adoptés[155]. Ces règlements font référence aux objectif de prévention et la détection des infractions terroristes, ainsi que l'objectif de prévention de l'immigration illégale, tout en maintenant la sécurité dans les frontières extérieures[156]. La création d'un portail de recherche européen, un détecteur d'identités multiples, un service partagé d'établissement de correspondances biométriques et un répertoire commun de données d'identité sont ainsi officialisés.

Le nouveau pacte sur la migration et l'asile inclut également la mise en œuvre d'un système de filtrage dans les frontières extérieures pour les ressortissants des pays tiers[157]. Ce système vise à identifier les personnes qui représentent une menace pour la sécurité de l'UE[158]. L'identification est faite par l'usage de toutes les bases de données que nous avons mentionnées, c'est-à-dire par la méthode de l'interopérabilité. Le CEPD observe que les modalités du traitement des données pour l'identification des personnes qui représentent une menace pour la sécurité ne sont pas assez claires[159]. Le contrôle judiciaire et la période de la conservation doivent être précisément indiqués afin de garantir la protection des données des ressortissants des pays tiers selon lui.

L'importance de l'interopérabilité pour notre sujet est liée aux titulaires des données dont il s'agit. Étant donné que les systèmes d'information susmentionnés ne concernent que les données des ressortissants des pays tiers, on lutte contre le terrorisme en cherchant les terroristes parmi les non-

---

[154] UE, 5 février 2019, Conseil de l'UE, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/05/interoperability-between-eu-information-systems-council-presidency-and-european-parliament-reach-provisional-agreement/>, consulté le 18 novembre 2020.

[155] UE, 20 mai 2019, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant l'établissement d'un cadre pour l'intéropérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine des frontières et des visas (...), 2019/817, JO 22/05/2019 L 135/27; UE, 20 mai 2019, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant établissement d'un cadre pour l'intéropérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration (...), 2019/818, 22/05/2019 L 135/85.

[156] UE, Règlement 2019/817, §9, article 2; UE, Règlement 2019/818, §9, article 2.

[157] UE, 23 septembre 2020, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants des pays tiers (...), COM(2020)612 final.

[158] **Ibid.**, article 11.

[159] UE, 30 novembre 2020, CEPD, Avis 9/2020, §31.

ressortissants de l'UE. Le CEPD mentionne depuis longtemps les problèmes que le renforcement de l'échange d'information peut poser sur les droits des personnes concernées[160]. Il met l'accent sur le fait que l'accès des autorités policières à ces données est une faculté ajoutée à un stade ultérieur[161]. Puisque ces bases de données contiennent les informations relatives aux ressortissants des pays tiers, on considère que la consultation de ces bases pour la prévention des actes terroristes est susceptible de créer une présomption selon laquelle il est plus probable que les ressortissants des pays tiers commettront les actes terroristes. Le CEPD a pris connaissance de ce ciblage et a proposé de traiter les ressortissants des pays tiers et les ressortissants ou résidents de l'UE de la même manière, par l'établissement d'un registre pour ces derniers aussi[162]. Les développements récents ne semblent pas être conformes à ces propositions.

Par conséquent, les discours de la "sécurisation" de l'immigration, en renforçant les contrôles aux frontières et en soutenant la conception selon laquelle la menace pour la sécurité vient à travers les frontières, se concrétisent dans la législation de l'UE avec la mise en œuvre de l'interopérabilité entre les systèmes ayant différents buts initiaux de création. Il s'est avéré que tous ces systèmes ont désormais un objectif de prévention du terrorisme en contrôlant les passages aux frontières.

II. QUELLES CONSEQUENCES SUR LES DROITS DES IMMIGRANTS ?

Dans la mise en œuvre des méthodes du profilage et de l'interopérabilité, il s'agit la surveillance d'une vaste catégorie des personnes et des données afin de deviner l'acte terroriste avant sa commission. Cette surveillance peut principalement constituer une ingérence au droit à la vie privée des personnes concernées. Pour le ciblage des ressortissants des pays tiers, le problème principal se pose dans le respect au principe de non-discrimination en lien avec le droit à la vie privée. Cependant, le traitement de leurs données pour la lutte contre le terrorisme n'est pas accompagné avec des mesures spécifiques de la protection du droit

---

160 UE, 5 septembre 2012, CEPD, Avis sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création du système EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement [.../...], §33.

161 UE, 17 novembre 2017, CEPD, §30.

162 UE, 16 avril 2018, CEPD, Avis 4/2018, §44.

à la vie privée. Dans cette deuxième partie, il faut ainsi se tourner vers les arrêts de la Cour de Justice de l'UE et de la CEDH en la matière, afin d'examiner les conséquences des méthodes de la lutte contre le terrorisme sur les droits des immigrants. Nous observons que la Cour de Justice, dans les limites de ses compétences, fournit une protection assez efficace quand il s'agit les ressortissants de l'UE (1.). Pour ce qui concerne les ressortissants des pays tiers, le rôle de la Cour de Justice de l'UE ainsi que de la CEDH devient très difficile pour trouver un équilibre (2.).

1. La protection principale des ressortissants de l'Union européenne

Quand on cherche les arrêts de la Cour de Justice de l'UE ou de la CEDH liés à notre sujet, on en trouve certains, qui traitent les questions indirectement liées aux problèmes qu'on a constatés dans la première partie. La protection qu'assure la Cour de Justice concerne plutôt les ressortissants de l'UE, conformément à son rôle principal[163]. Nous observons que les risques qui reposent sur les droits des personnes surveillées dans la lutte contre le terrorisme sont évités lorsqu'il s'agit la protection adéquate des données des ressortissants de l'UE aux États-Unis (A.). Le côté de la surveillance généralisée et indifférenciée des méthodes susmentionnées est également condamné par les deux hautes cours européennes (B.).

A. La question du niveau de protection des données aux États-Unis

Les critères du respect du droit à la vie privée pour les ressortissants de l'UE dépendent des plusieurs actes en la matière[164]. Ce qui nous intéresse est

---

[163] Dans son arrêt *Heinz Huber*, il s'agit le traitement des données des non-ressortissants d'un État-membre d'abord pour gérer les affaires relatives au droit de séjour des étrangers. Ensuite, l'objectif de la lutte contre la criminalité est ajouté à une stade ultérieure. Même si l'objectif de la lutte contre la criminalité est un but légitime, elle ne justifie pourtant pas le traitement systématique des données des non-ressortissants de l'État en question de manière différente que ses ressortissants. UE, 16 décembre 2008, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-524/06. Cette jurisprudence est importante au regard des problèmes que nous avons constatés dans la première partie, car le détournement de finalité pour le traitement des données était au cœur de la mise en œuvre de la méthode d'interopérabilité. Néanmoins, l'examen de la Cour de Justice assure une protection équivalent pour tous les ressortissants de l'UE et non pour les ressortissants des pays tiers.

[164] UE, 24 octobre 1995, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, 95/46/CE, JO 23/11/1995 L 281/31; UE, Directive 2016/680. Ces directives prévoient une exception des mesures prises tant pour la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique que pour la prévention des infractions pénales car elles étaient hors de la compétence communautaire. Mais l'exclusion de certains domaines nationaux dans

plutôt le cas de la protection des données lors de ses transferts, quand on parle de la lutte contre le terrorisme. À cet égard, l'exigence de la protection adéquate est le principe fondamental à respecter dans le droit de l'UE. Si le pays, vers lequel les données à caractère personnel sont transférées, n'offre pas une protection équivalente à celle de l'UE, le transfert de données doit être interdit depuis la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données[165]. Cette exigence est d'abord au cœur de l'histoire de PNR devant la Cour de Justice de l'UE. Les organes de l'UE insistent sur la mise en œuvre des accords liés au transfert des dossiers passagers, tandis que la Cour de Justice essaye de primer la protection des données des ressortissants européens.

D'abord, la Commission avait constaté que le niveau de protection des données personnelles était adéquat aux États-Unis dans une décision de 2004[166]. Le Conseil de l'UE avait également adopté une décision concernant la conclusion d'un accord entre les deux côtés de l'Atlantique le 17 mai

---

l'échange des données personnelles a exigé une protection supplémentaire qui est fournie par la décision-cadre 2008/977/JAI. *Cf.*, CATELAN Nicolas / CIMAMONTI Sylvie / PERRIERR Jean-Baptiste, "La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne", **Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice**, Rapport final novembre, Synthèse, 2012, p. 5, pour ce commentaire. Puis, la création d'une autorité spécifique pour le contrôle des activités traitant les données à caractère personnel est prévue en 2001 dont les avis on a beaucoup consulté dans ce travail. UE, 18 décembre 2000, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes phyysiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, 45/2001, JO 12/01/2001 L 8/1, article 1(2). Plus on a facilité l'échange d'information, plus on a eu besoin d'une protection accrue avec l'adoption de plusieurs textes au sein de l'UE. *Cf.*, par exemple, UE, 27 novembre 2008, Décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, 2008/977/JAI, JO 30/12/2008 L 350/60 qui est abrogée par UE, Directive 2016/680; UE, 18 décembre 2006, Décision-cadre du Conseil relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'UE, 2006/960/JAI, 29/12/2006 L 386/89, article 8. *Cf.*, aussi, UE, Charte des droits fondamentaux de l'UE, 2000/C 364/01, JO 18/12/2000 C 364/1, articles 7-8; UE, Traité sur le fonctionnement de l'UE, JO 26/10/2012, C 326/47, article 16; Conseil de l'Europe, 28 janvier 1981, Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Série des traités européens, no 108, article 5(b); Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, Convention européenne des droits de l'Homme, article 8.

165 UE, Directive 95/46/CE, préambule, §57, article 25; UE, Directive 2016/680, article 35-36.

166 UE, 14 mai 2004, Décision de la Commission relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis d'Amérique, 2004/535/CE, JO 06/07/2004 L 235/11.

2004[167]. L'accord était conclu le 28 mai 2004 mais les critiques n'ont jamais arrêtées[168].

Puis, la décision du Conseil et l'accord[169] ainsi que la décision de la Commission[170] furent annulées par la Cour de Justice, non pas pour ces critiques mais en raison de sa base juridique erronée. La Cour de Justice a évalué la décision de la Commission d'après sa finalité pour vérifier s'il s'agissait d'une activité découlant du droit communautaire. Mais le transfert des données était effectué pour la lutte contre le terrorisme, qui relève du droit pénal, un domaine relevant de la compétence des États et non du droit de l'Union[171]. Elle n'a donc pas effectué un contrôle sur le niveau adéquat de la protection offerte par les États-Unis. Elle a cependant annulé les décisions concernées. Le CEPD critiquait cette position de la Cour de Justice[172] en ce qu'elle a examiné seulement la procédure utilisée mais pas le contenu.

---

[167] UE, 17 mai 2004, Décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, 2004/496/CE, JO 20/05/2004 L 183/83.

[168] *Cf.*, **ARGOMANIZ**, 2009, p. 123, pour ce commentaire concernant le non-respect aux obligations que pose UE, Directive 95/46/CE, article 25; Le Parlement européen avait aussi une position défavorable préoccupée par le niveau de la protection des droits des individus. *Cf.*, UE, 18 novembre 2008, Résolution du Parlement européen sur la décision-cadre du Conseil relative à l'utilisation des dossiers passagers à des fins répressives, P6_TA(2008)0561; UE, 5 mai 2010, Résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur le lancement des négociations sur les accords relatifs aux données des passagers aériens avec les États-Unis, l'Australie et le Canada, P7_TA(2010)0146. On observe cette même approche dans la consultation du Parlement sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (COM(2005)0475). UE, 14 juin 2006, P6_TA(2006)0258.

[169] UE, 30 mai 2006, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-317/04 et C-318/04, §56-59; La raison étant que le transfert des données PNR concerne la sécurité publique et l'action gouvernementale en matière pénale qui ne relève pas du cadre du premier pilier. *Cf.*, MITSILEGAS Valsamis, "Coopération antiterroriste États-Unis/Union européenne: l'entente cordiale", *in* BIGO Didier / BONELLI Laurent / DELTOMBE Thomas (dir.), **Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme**, Éditions La Découverte, Paris, 2008, pp. 118-130, p. 126.

[170] UE, 30 mai 2006, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-317/04 et C-318/04, §56. Cette affaire est aussi importante pour le fait que la Cour a fait référence à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme - relatif à la protection du droit à la vie privée et familiale - et non à une législation communautaire au début de l'arrêt. CLAVET Sophie, "Les conséquences de l'accord *Passenger Name Record* sur la protection des droits fondamentaux en Europe", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

[171] UE, 30 mai 2006, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-317/04 et C-318/04, §56.

[172] UE, 30 mai 2006, PNR: première réaction du CEPD au jugement de la Cour de Justice, EPDS/06/8.

Elle s'est trouvée à faire un examen du fond dans un avis récent, concernant un accord sur le transfert des données PNR au Canada. L'accord donnait la possibilité aux autorités de traiter les données pour des autres fins que la prévention des infractions terroristes. Ce traitement peut concerner les données sensibles[173]. La Cour de Justice a constaté que les cas permettant au traitement pour des autres fins sont très vagues et généraux[174]. En plus, le traitement des données sensibles ne doit être possible qu'en existence d'une justification particulièrement solide et précise[175]. La Cour de Justice a ainsi demandé une révision avec un renforcement du respect des dispositions de la Charte des droits fondamentaux. Cet avis peut être interprété comme une validation implicite du système de PNR, car l'existence d'une justification précise et solide permet le traitement de ces données sensibles. À cet égard, la Cour de Justice est critiquée pour avoir détourné de sa jurisprudence *Digital Rights Ireland Ltd.* que nous allons prochainement examiner, en ce qu'elle interdisait la surveillance généralise[176].

Néanmoins, cet assouplissement de la position de la Cour de Justice concernant le cas de PNR n'est pas observé dans des autres décisions de la Commission constatant le niveau adéquat de la protection des données aux États-Unis. La jurisprudence *Schrems* de 2015, reprise en 2020, contient des dispositions importantes relatives au niveau américain de protection des données à caractère privé. La question se posait sur le transfert des données à caractère personnel vers les États-Unis par le réseau social Facebook. La décision 2000/520 de la Commission relative à la pertinence de la protection

---

[173] Les données sensibles sont définies comme "*des informations révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ou qui concernent la santé ou la sexualité d'une personne*". UE, 18 juillet 2013, Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre le Canada et l'UE sur le transfert et le traitement de données des dossiers passagers, COM(2013)528 final, article 2(e).

[174] UE, 26 juillet 2017, Avis de la Cour de Justice (Grande Chambre), 1/15, §178-181.

[175] UE, 26 juillet 2017, Avis de la Cour de Justice (Grande Chambre), 1/15, §164-167.

[176] L'avis de l'avocat général Paolo Mengozzi avait mis l'accent à cette contrarieté avec la jurisprudence de *Digital Rights Ireland Ltd*. et la portée large de transfert des données PNR concernant l'accord avec Canada car il traite toutes les personnes comme les suspects potentiels. UE, 8 septembre 2016, Conclusions de l'avocat général, Avis 1/15, §176. *Cf.*, aussi, PEYROU Sylvie, "Accord PNR UE-Canada: validation par le CJUE du système PNR, des modalités à revoir ! (réflexions sur l'avis 1/15 de la CJUE, 26 juillet 2017)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 2017, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/07/28/informations-generales/accord-pnr-ue-canada-validation-cjue-systeme-pnr-modalites-a-revoir-reflexions-lavis-115-de-cjue-26-juillet-2017/>, consulté le 6 mars 2020, pour l'examen de cet avis et les critiques.

assurée par les principes de la "sphère de sécurité" avait constaté que les États-Unis d'Amérique assuraient un niveau adéquat de protection. Elle prévoyait, en outre, une exception de sécurité nationale à la protection adéquate exigée dans les transferts entre deux côté d'Atlantique[177]. En ce cas, le transfert des données n'était pas lié avec le niveau nécessaire de protection. Ceci pouvait créer une jouissance moins efficace des droits par les Européens que les Américains, d'après la communication de la Commission datée de 2013[178]. La Cour de Justice a ainsi considéré que les États-Unis n'offrent pas une protection adéquate des droits des ressortissants de l'UE en ce qu'ils priment sa sécurité nationale[179].

En 2020, la question s'est posée sur la décision 2016/1250 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis devant la Cour de Justice dans son arrêt *Schrems II*. La Commission avait ainsi réévalué la protection depuis 2015 et considéré certaines améliorations sur la protection des données des non-américains comme étant suffisantes. Néanmoins, les programmes de surveillance avaient toujours l'accès aux données des non-citoyens dans des cas exceptionnels liés à la sécurité nationale, à l'intérêt public et à la législation des États-Unis. En plus, cette procédure ne prévoyait aucune limitation à l'habilitation qu'il comporte pour la mise en œuvre des programmes de surveillance aux fins du renseignement extérieur. Elle ne contenait pas des garanties suffisantes pour les non-américaines potentiellement visées par ces programmes. Ni la protection accordée par la réglementation interne des États-Unis ni les voies des recours effectif offert aux personnes concernées ne répondaient pas aux exigences de l'UE. La décision d'adéquation est ainsi invalidée par la Cour de Justice le 16 juillet 2020[180].

La Cour de Justice insiste donc sur le fait que la protection des droits fondamentaux n'est pas de même niveau qu'Europe aux États-Unis. Néanmoins, la politique de la lutte antiterroriste de l'UE continue à soutenir

---

[177] UE, 26 juillet 2000, Décision de la Commission conformément à la directive 95/46/Ce du Parlement européen et du Conseil (...), 2000/520/CE, JO 25/08/2000 L 215/7, annexe I.

[178] UE, 27 novembre 2013, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil rétablir la confiance dans les flux de données entre l'UE et les États-Unis d'Amérique, COM(2013)846 final, §3.2; La Commission prévoit que cette exception est vague et n'est pas limitée avec des conditions strictes afin de protéger les données.

[179] UE, 6 octobre 2015, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-362/14.

[180] UE, 16 juillet 2020, Arrêt de la Cour de Justice (Grand Chambre), C-311/18.

la politique de la guerre contre le terrorisme aux États-Unis. Le cas de PNR est devenu l'une des méthodes principales de la politique antiterroriste de l'UE par la conclusion des accords avec plusieurs pays[181] y compris les États-Unis[182]. L'adoption de la directive relative au transfert des données PNR ainsi que les mesures nationales mettant en œuvre ce système montrent la conviction de l'UE sur l'efficacité de la lutte américaine contre le terrorisme[183]. Par conséquent, l'internalisation européenne de la politique américaine antiterroriste, selon laquelle le renforcement de la sécurité des documents de voyage est nécessaire pour la sécurité intérieure, est clairement admise dans le cas de PNR[184]. Néanmoins, la Cour de Justice continue à être le gardien de la protection des données des ressortissants européens.

---

[181] VEDASCHI Arianna / GRAZIANI Chiara, "PNR Agreements Between Fundamental Rights and National Security: Opinion 1/15", 23 janvier 2018, <http://europeanlawblog.eu/2018/01/23/pnr-agreements-between-fundamental-rights-and-national-security-opinion-115/>, consulté le 1er février 2019. Les auteurs mentionnent les accords conclus avec le Mexique, l'Argentine et le Japon. *Cf.*, aussi, UE, 13 décembre 2011, Décision du conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'UE et l'Australie sur le traitement et le transfert des données PNR par les transporteurs aériens au service australien des douanes et de la protection des frontières, 2012/381, JO 14/07/2012 L 186/3, pour l'accord entre l'UE et l'Australie conclut le 29 septembre 2011.

[182] UE, 16 octobre 2006, Décision du Conseil relative à la signature au nom de l'Union européenne, d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données contenues dans les dossiers des passagers par des transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure, 2006/729/PESC/JAI, JO 27/10/2006 L 298/27. Cet accord s'appelle "accord PNR 2007" et sa version française est publiée dans le JO 04/08/2007 L 204/18. Les informations que contiennent les données transférables se trouvent dans sa section III. Ensuite, l'accord en vigueur est adopté pour l'utilisation des données PNR et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure le 14 décembre 2011 (JO 11/08/2012 L 215/5). UE, 26 avril 2012, Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre les États-Unis d'Amérique et l'UE sur l'utilisation des données des dossiers passagers et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure, 2012/472, JO 11/08/2012 L 215/4.

[183] UE, Directive 2016/681. *Cf.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32016L0681>, consulté le 22 novembre 2020, pour les mesures nationales. *Cf.*, aussi, UE, 21 septembre 2010, Communication de la Commission relative à la démarche globale en matière de transfert des données des dossiers passagers aux pays tiers, COM(2010)492 final; UE, 2 février 2011, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, COM(2011)32 final.

[184] *Cf.* CLAVET Sophie, "Coopération antiterroriste transatlantique: Sûreté aérienne, transferts de données personnelles et négociation de l'accord *Passenger Name Record*", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

B. La question d'interdiction d'une surveillance généralisée

Une autre question qui s'est posée au regard du respect au droit à la vie privée par le traitement des données dans la lutte contre la criminalité grave est la surveillance généralisée et automatisée. Nous observons qu'elle est effectivement traitée par la Cour de Justice de l'UE et la CEDH, sans prenant en compte le ciblage des ressortissants des pays tiers dans la mise en œuvre de la méthode de l'interopérabilité.

La position de la Cour de Justice de l'UE par rapport à la surveillance généralisée des ressortissants de l'UE est appréciée depuis sa fameuse affaire *Digital Rights Ireland Ltd.* susmentionnée. Dans cette affaire, il s'agit la demande d'une décision préjudicielle sur la validité de la directive 2006/24/CE concernant l'harmonisation des bases de données nationales, afin de prévenir les infractions graves[185]. Il y a d'abord la question de la conservation d'une vaste catégorie des données selon cette directive[186]. En plus, les personnes concernées ne sont pas informées de la surveillance dont elles furent sujettes. Ceci peut ainsi créer le sentiment d'être surveillé constamment[187]. Ensuite, l'autre problème principal qui se pose est la conservation de tous les moyens de communication électronique de tous les abonnés et utilisateurs. Il s'agit donc une surveillance généralisée sans limites ou exceptions quant à la zone où ces mesures sont appliquées ou quant à la durée de l'application. La seule restriction est l'objectif de prévention, de détection ou de poursuite des infractions graves, qui sont définies dans chaque système national. Cet objectif ne reconnaît donc pas une limite précise et claire en commun[188]. La Cour de Justice a ainsi invalidé ladite directive.

Cette jurisprudence protectrice des données personnelles de 2014 est reprise dans son affaire *Tele2 Sverige AB* de 2016. Il s'agit les règlementations nationales adoptées conformément à la directive invalidée par l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*. La Suède et le Royaume-Uni avaient imposé l'obligation de conservation des données aux fournisseurs de service

---

185 UE, 15 mars 2006, Directive du Parlement européen et du Conseil sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications et modifiant la directive 2002/58/CE, 2006/24/CE, JO 13/04/2006 L 105/54, article 1.

186 UE, Directive 2006/24/CE, article 3.

187 UE, 8 avril 2014, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-293/12 et C-594/12, §37.

188 **Ibid.**, §51-65.

sur la base de cette directive. La question se pose, encore une fois, sur la conservation de tous les moyens de communication, de toutes les données relatives au trafic de tous les abonnés et utilisateurs inscrits. Cette ingérence n'est pas justifiée selon la Cour de Justice, sans qu'il y ait une limitation telle que l'existence des poursuites pénales à l'encontre des personnes concernées. La sauvegarde de la sécurité nationale peut être une exception comme prévue dans la directive 2002/58/CE[189]. Mais les exceptions doivent être interprétées de manière stricte afin que la portée de la protection ne soit pas vidée. Les États membres sont tenus d'assurer une protection contre les risques d'abus ou l'accès illicite à ces données de manière proportionnelle avec la quantité des données conservées. Sans limitation selon l'objectif visé par les mesures et sans limitation temporelle ou personnelle, le droit de l'UE ne peut pas s'accorder avec une conservation généralisée et indifférenciée des données[190].

De l'autre côté, la CEDH exige aussi une limitation quant à la durée, aux catégories des personnes sujettes aux mesures et à la portée de la surveillance secrète[191]. L'affaire *S. Marper c. Royaume-Uni* constitue un bon exemple de l'interdiction de la conservation illimité et générale des données. Dans cet arrêt, il s'agit de la conservation des empreintes digitales et les échantillons d'ADN des requérants qui étaient inculpés mais acquittés. Considérant qu'on peut tirer l'origine ethnique d'une personne à partir de ses données ADN[192], cette caractéristique est dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant le droit à la vie privée[193]. En outre, les empreintes digitales, les échantillons cellulaires, les profils ADN constituent des données à caractère personnel sont donc protégé par l'article 8[194]. Étant donnée la sensibilité de ce type de données, le traitement de ou la seule conservation de celles-ci constituent une ingérence au droit à la vie privée[195].

---

189 UE, 12 juillet 2002, Directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, 2002/58/CE, JO 31/01/2002 L 201/37, article 15(1).

190 UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15.

191 CEDH [GC], 4 décembre 2015, Roman Zakharov c. Russie, no 47143/06, §238.

192 Nuffield Council on Bioethics, Septembre 2007, The Forensic Use of Bioinformation: Ethical Issues, p. 80-81; CEDH [GC], 4 décembre 2008, S. Marper c. Royaume-Uni, nos 30562/04 et 30566/04, §76.

193 CEDH [GC], 4 décembre 2008, S. Marper c. Royaume-Uni, nos 30562/04 et 30566/04, §66.

194 **Ibid.**, §68.

195 **Ibid.**, §73, 75, 86.

La CEDH admet l'utilité des techniques scientifiques d'identification dans la lutte contre le terrorisme[196]. Ce qui pose problème ici est qu'il s'agit des données des personnes soupçonnées mais finalement pas condamnées[197]. Elle conclut à la violation du droit à la vie privée dans la mesure où la conservation des données des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions n'est pas justifiée équitablement avec l'intérêt public[198]. Le caractère général et systématique de la conservation des données privées pour une durée illimitée ne constitue pas un juste équilibre d'après la CEDH.

Dans le cas du terrorisme nous pouvons donner l'exemple de l'affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni*, qui est pendant devant la Grande Chambre. Les requêtes portent sur les régimes d'interception massive de communications, le partage de renseignements et l'acquisition de données auprès de fournisseurs de services de communication. Il existe plusieurs services de renseignement électronique comme *Government Communications Headquarters*, qui utilise deux systèmes de traitement des données pour l'interception en masse de communications. L'un des systèmes fonctionne par comparaison du trafic de transmission des données avec une liste de sélecteurs simples. Les sélecteurs simples sont liés à une cible connue, qui ressemble au fonctionnement de la méthode du profilage que nous avons mentionné ci-dessus. Ensuite, il y a le partage du renseignement avec l'office national de sécurité américain par les opérations de PRISM et Upstream. La Chambre a admis que l'interception de masse est un moyen significatif d'atteindre les buts poursuivis considérant le niveau actuel de la menace terroriste et de la criminalité grave[199]. Néanmoins, ce régime doit être soumis à une procédure de supervision sur le processus de sélection des canaux de transmission, des sélecteurs et des critères du filtrage des communications. Les analystes devraient connaitre les éléments à prendre en compte et les garanties suffisantes devraient être prévues. En absence de ces critères, l'ingérence n'est pas prévue par la loi selon la Chambre[200]. Le troisième régime d'acquisition de données auprès de fournisseurs de services de communication ne convient également pas aux

---

196 **Ibid.**, §105.

197 **Ibid.**, §122.

198 **Ibid.**, §124-126.

199 CEDH, 13 septembre 2018, Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni, nos 58170/13, 62322/14 et 24960/15, §386.

200 **Ibid.**, §387.

exigences du respect au droit à la vie privée. Lorsqu'elle arrive à cette conclusion, elle se réfère effectivement aux arrêts mentionnés de la Cour de Justice quant aux limites nécessaires pour la mise en œuvre d'une telle mesure. Elle considère, de l'autre côté, les garanties entourant le deuxième régime d'échange du renseignement comme suffisantes car la responsabilité principale ne repose pas sur le gouvernement britannique[201]. Les conclusions de la Grande Chambre sur ce sujet sont à voir bientôt.

Par conséquent, les deux hautes cours européennes condamnent la surveillance généralisée et indifférenciée des données. Cette interdiction concerne les ressortissants de l'UE dans les arrêts de la Cour de Justice. Nous observons, en outre, une banalisation de cette surveillance si certains critères sont remplis. Qu'en est-il alors pour la question principale de la protection des données des ressortissants des pays tiers, cibles principaux des mesures de surveillance ? Cette question nécessitera la reprise des arrêts mentionnés quant aux critères de limitation de la surveillance généralisée.

2. La protection partiale des ressortissants des pays tiers

Le profilage utilise les caractéristiques ethniques, nationales, raciales ou religieuses des personnes afin de déterminer les groupes à risque. Cependant, l'usage de ces caractéristiques comme un élément déterminant, où le seul élément est celui du profilage, met en péril le respect du principe de non-discrimination[202]. Nous cherchons ainsi si les hautes cours européennes ont effectivement traité ce sujet et si elles offrent une protection proportionnée à l'ingérence aux droits d'une certaine catégorie des personnes. Nous observons que les condamnations dépendent de l'existence d'une inégalité de traitement manifeste (A.). Par contre, la limitation personnelle de la surveillance généralisée risque de justifier le ciblage des ressortissants des pays tiers, qui n'est pas en soi condamnée dans la lutte contre le terrorisme (B.).

A. La discrimination manifeste condamnée

Le principe de non-discrimination est garanti dans des nombreux actes internationaux ou européens[203]. Les organes de l'UE gardent en plus cette

---

[201] **Ibid.**, §467.

[202] UE, FRA, 2018, p. 60.

[203] *Cf.*, par exemple, ONU, 10 décembre 1948, Assemblée générale, Déclaration universelle des droits de l'Homme, article 2; ONU, 26 juin 1945, Charte des Nations Unies, article 1(3); ONU, 23 mars 1976 (entrée en vigueur), Pacte international relatif aux droits civils et

clause de non-discrimination dans leurs documents relatifs à la gestion de circulation des personnes[204] et aussi dans ceux relatifs à la lutte contre le terrorisme[205]. La directive 2016/680[206] et le règlement 2016/679[207] de l'UE protégeant les données à caractère personnel interdisent explicitement le profilage entrainant une discrimination basée sur des catégories particulières de personnes. À cet égard, ces actes et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme sont à la base de la protection accordée en cas d'existence d'une discrimination manifeste dans la lutte européenne contre le terrorisme.

L'affaire *Timichev c. Russie* de la CEDH constitue un bon exemple des pratiques discriminatoires dans les contrôles frontaliers. Il s'agit un requérant d'origine tchétchène qui réside en Russie depuis que sa propriété en Tchétchénie est détruite par une opération militaire. Il demande une résidence permanente en Russie mais la loi locale interdit les anciens résidents de Tchétchénie d'acquérir ce statut. Lors d'un contrôle frontalier dans le passage vers la République de Kabardino-Balkarie, il est interdit de passer à cause de son origine. Le gouvernement allègue que c'était son comportement et l'absence des documents nécessaires qui ont causé

---

politiques, article 2(1) pour l'interdiction de discrimination sur la base de trois caractéristiques qu'on a mentionnées et ONU, 4 janvier 1969 (entrée en vigueur), Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; pour l'interdiction de la discrimination raciale et ethnique; Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, Convention européenne des droits de l'Homme, article 14; Conseil de l'Europe, 4 novembre 2000, Convention européenne des droits de l'Homme, Protocole no 12, STE 177.

[204] UE, Règlement 767/2008, préambule, §12 et article 7(2) pour le système de VIS; UE, 18 février 2003, Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable (...) (Dublin II), 343/2003, JO 25/02/2003 L 50/1, préambule, §12 pour l'asile; UE, Règlement 2016/399, article 7(2); UE, 15-16 octobre 1999, Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, §18-21; UE, COM(2000)757 final, p. 10-11.

[205] *Cf.*, UE, Directive 2017/541, préambule, §35; UE, COM(2001)743 final, p. 6; UE, 21 septembre 2001, Résolution du Parlement européen sur la réunion extraordinaire du Conseil européen du 21 septembre 2001 à Bruxelles, B5-0666, 0668 et 0674/2001, §3; UE, 21 septembre, Conclusions and Plan of Action of the Extraordinary European Council Meeting, pour l'UE. Ces deux derniers font surtout référence à l'Islam en tant qu'une religion pacifique de ne pas être associée au terrorisme suite aux attentats du 11 septembre. *Cf.*, aussi, Conseil de l'Europe, 27 janvier 2016, Assemblée Parlementaire, Combattre le terrorisme international tout en protégeant les normes et les valeurs du Conseil de l'Europe, Résolution 2090(2016), §7-8; Conseil de l'Europe, 25-26 septembre 2001, Democracies facing terrorism, Résolution 1258(2001), §11; ONU, 7 février 2005, Conseil économique et social, Protection des Droits de l'Homme dans la lutte antiterroriste, E/CN.4/2005/103, §75.

[206] UE, Directive 2016/680, article 11(3).

[207] UE, Règlement 2016/679, article 22(1).

l'interdiction du passage. Néanmoins, un officier supérieur de police avait apparemment ordonné aux agents de police d'interdire la circulation des personnes d'origine tchétchène selon les faits établis par la CEDH. D'abord, sa liberté de circulation est violée pour l'absence d'une base légale. Ensuite, c'est une inégalité de traitement manifeste au regard du droit à la liberté de circulation en raison de l'origine ethnique d'une personne selon la CEDH. Il s'agit ainsi une discrimination raciale qui est une discrimination particulièrement odieuse[208].

Si nous nous questionnons sur les affaires liées au terrorisme, nous pouvons chercher les cas où les effets spécifiques des méthodes du profilage et de l'interopérabilité sont traités. Le lien opérationnel entre le terrorisme et la migration par l'échange de données des bases de différente nature créé une présomption de dangerosité des personnes dont les données se trouvent dans ces bases. Le traitement des données collectées dans les bases non liées à la criminalité pour la détection des activités criminelles est susceptible de constituer un désavantage pour ces ressortissants des pays tiers[209]. À cet effet s'ajoute un deuxième désavantage avec le profilage pour les ressortissants des pays, qui sont considérés comme des sources du terrorisme. Les vols des destinations à haut risque transportent aussi les passagers en besoin de la protection considérant les déplacements, qui dépendent aux conflits civils et transnationaux y compris les actes d'extrémisme violent hors des zones de guerre[210]. Les conséquences deviennent ainsi deux fois plus graves.

Ce double effet est plus clair dans le cas du refus des demandes liées à la protection internationale. La possibilité d'exclusion de la protection internationale est devenue indissociable du terrorisme suite au 11 Septembre avec la subordination de la politique d'immigration à la lutte contre le terrorisme[211]. On observe que le contexte du terrorisme prend effectivement sa place sur la scène de l'exclusion en droit de l'UE. Il peut constituer un motif d'exclusion faisant parti des "*actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique*" qui constituent un crime grave de droit commun ou il peut figurer parmi les agissements

---

208 CEDH, 13 décembre 2005, Timichev c. Russie, nos 55762/00 et 55974/00, §53-59.

209 **BALDACCINI**, 2008, p. 48.

210 UE, FRA, 2014, p. 47.

211 TUMLIN Karen C., "Suspect First: How Terrorism is Reshaping Immigration Policy", **California Law Review**, Vol. 92, Issue 4, 2004, pp. 1173-1239, p. 1177.

contraire aux buts et principes de l'ONU[212]. En outre, l'exclusion du statut de réfugié dépend de l'existence des *raisons sérieuses de penser* qu'une personne a commis ce crime[213]. L'exclusion est donc premièrement liée à la perception de ressortissant de pays tiers comme un risque à la société et au système politique de l'État membre[214]. Ce risque est évalué sur la base d'une analyse subjective concernant l'existence des *raisons sérieuses*[215]. Le pays d'origine peut effectivement contribuer à cette analyse subjective pour le refus de cette protection. Quant à l'asile, le double effet repose sur la vulnérabilité des demandeurs d'asile[216]. On accorde l'asile aux personnes qui fuient une persécution ou des atteintes graves[217]. Néanmoins, si on profile certains pays dans la lutte contre le terrorisme, on est confronté à une réaction selon laquelle les demandes d'asile des ressortissants de ces pays risquent d'être refusées. Dans une recherche datant 2014, on observe que l'asile est moins accordé aux ressortissants des pays musulmans[218].

---

[212] UE, 29 avril 2004, Directive du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers (...), 2004/83/CE, JO 30/09/2004 L 304/12, article 12(2)(b), (c); *Cf.*, UE, 13 décembre 2011, Directive du Parlement européen et du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers (...), 2011/95/UE, JO 20/12/2011 L 337/9, article 12(2)(b), (c) pour la version en vigueur; *Cf.*, aussi, UE, COM(2001)743 final, p. 7-8, pour les motifs d'exclusion en lien avec les actes terroristes; ONU, 1951, Convention relative au statut des réfugiés, article 32, pour une exception à l'interdiction de l'exclusion en cas de raisons sérieuses de sécurité nationale. Dans l'arrêt *Lounani* de la Cour de Justice, il s'agit une personne inscrite sur la liste du comité des sanctions de l'ONU depuis 2002 qui a obtenu le statut réfugié en Belgique. La question posée devant la Cour de Justice est de qualifier l'acte d'"appartenance" à une organisation terroriste dans l'absence d'une commission d'un acte terroriste est en soi "contraire aux buts et aux principes de l'ONU. La Cour de Justice a conclu qu'il n'est pas nécessaire d'être instigateur ou l'auteur d'un acte terroriste pour que ses agissements soient contraire aux buts et aux principes de l'ONU (UE, 31 janvier 2017, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-573/14, §63-77). Cette affaire montre bien la souplesse de l'application de ces motifs pour l'exclusion du statut réfugié.

[213] On observe une tendance similaire aux États-Unis pour les personnes dont les demandes d'admissibilité seront refusées. Si les personnes chargées ont des raisons sérieuses de penser que *alien* est susceptible de s'engager à des activités terroristes, cette personne sera inadmissible. *Cf.*, États-Unis, 1952, Immigration and Nationality Act, 8 USC, Chapter 12, §1182.

[214] MITSILEGAS, Valsamis, **The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law**, Springer Cham, Heidelberg New York Dordrecht London, 2015, p. 80.

[215] **Ibid.**

[216] UE, 7 octobre 2009, CEPD, Avis sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système Eurodac (...), 2010/C 92/01, JO 10/04/2010 C 92/1, §12(d), 29, 31.

[217] UE, 2014, Commission européenne, Le régime d'asile européen commun, p. 3.

[218] AVDAN Nazlı, "Do asylum recognition rates in Europe respond to transnational terrorism ? The migration-security nexus revisited", **European Union Politics**, Vol. 15(4), 2014, pp. 445-471, p.

Par contre, le contrôle de la Cour de Justice de l'UE semble être stricte quant aux conditions d'exclusion. Dans son arrêt *Bundesrepublik Deutschland*, elle nie fortement les décisions automatisées d'exclusion. Elle insiste sur une évaluation précise au cas par cas de la responsabilité individuelle de la personne en question[219]. On observe aussi dans le document du travail préparé juste après les attentats du 11 Septembre que la nationalité, la religion et l'opinion publique de l'intéressé ne peuvent pas être les fondements de réexamen du statut de réfugié[220]. La CEDH a également reconnu les droits procéduraux en cas d'expulsion de manière progressive, qui vise à éviter l'arbitraire[221]. Il s'agit normalement une interprétation timide des droits procéduraux des étrangers, car les États jouissent une marge large d'appréciation en la matière[222]. Néanmoins, la Grande Chambre a récemment inclus certaines garanties supplémentaires au

459; L'auteur fait une recherche parmi 17 pays européen y compris 14 membres de l'UE englobant les années 1980-2007 et obtient ce résultat. Le contexte est différent depuis la migration des syriens dans l'UE. L'accord du statut de protection est 538 000 sur 560 000 en 2017. Néanmoins, ces chiffres montrent une baisse de près de 25% par rapport à 2016 quant à l'accord du statut de protection. UE, Eurostat, Statistiques sur l'asile, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/fr#Nationalit.C3.A9_des_primo-demandeurs:_la_plupart_sont_originaires_de_Syrie_et_d.27Iraq> consulté en ligne le 31 août 2019. *Cf.*, aussi, France, 19 novembre 2020, Cour nationale du droit d'asile, Décision no 19009476, pour le refus de demande d'asile des requérants sur la base du niveau diminué de la violence en Afghanistan.

219 UE, 9 novembre 2010, Arrêt de la Cour (Grand Chambre), C-57/09 et C-101/09, §99. Dans cette affaire, il s'agit deux ressortissants turcs condamnés des infractions terroristes qui ont sollicité l'asile et la protection en tant que réfugié en Allemagne. Selon la directive 2004/83/CE du Conseil, il est possible d'être exclu du statut de réfugié lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser que la personne a commis un crime grave du droit commun. La Cour de Justice indique que la participation aux activités terroristes ne saurait relever automatiquement des clauses d'exclusion à l'issu.

220 UE, COM(2001)743 final, p. 8.

221 Selon la jurisprudence constante de la CEDH, l'article 6 ne s'applique pas au cas d'expulsion. CEDH [GC], 5 octobre 2000, Maaouia c. France, no 39652/98. Néanmoins, en cas du deni de justice flagrant, l'article 6 peut se trouver à appliquer pour l'extradition. *Cf.*, CEDH, Plén., 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, no 14038/88, §113. L'article 1er du Protocol additionnel no 7 est entré en vigueur le 1er novembre 1988 pour stipuler les garanties procédurales en cas d'expulsion.

222 CEDH [GC], Muhammad et Muhammad c. Roumanie, 80982/12, §114, pour le droit des États de contrôler l'entrée, le séjour ou l'éloignement des étrangers. L'article 1er du Protocol additionnel no 7 s'applique seulement aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un État. Ceci limite le champ d'application des garanties procédurales pour les étrangers, considérant que l'article 6 ne s'applique pas non plus aux étrangers. *Cf.*, BRIAN Ian / LANGFORD Peter, "Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights", **Nordic Journal of International Law**, 79, 2010, pp. 457-479, p. 471, pour les critiques de la CEDH concernant l'inapplicabilité de l'article 6.

texte de l'article, qui peuvent empêcher les pratiques discriminatoires en cas d'expulsion, lorsque la sécurité nationale est en jeu[223]. Nous pouvons ainsi conclure que les effets néfastes d'exclusion de la protection internationale peuvent être empêchés selon la jurisprudence des hautes cours, pour autant qu'elles reposent sur une discrimination directe sur la base de la nationalité et non sur la base des critères objectifs.

Il existe effectivement des arrêts de la CEDH qui portent sur les mesures antiterroristes adoptées au Royaume-Uni et qui sont plus ou moins relatifs à notre problématique. La discrimination manifeste des étrangers dans la lutte contre le terrorisme est examinée dans son affaire *A et autres c. Royaume-Uni*. La question principale de l'affaire est liée à l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* adopté après les attentats du 11 Septembre 2001. Il s'agit des mesures prises contre les étrangers que le gouvernement britannique ne pouvait pas expulser vers leurs pays d'origine à cause du risque de mauvais traitement. La problématique concernant la discrimination consiste en l'attribution d'un pouvoir élargi pour détenir les ressortissants étrangers[224]. Les autorités britanniques considéraient que la menace venait principalement mais pas exclusivement de ressortissants étrangers[225]. La motivation était que les ressortissants étrangers pouvaient former un réseau de soutien à des opérations islamistes terroristes y compris Al-Qaïda[226]. L'examen de certaines institutions nationales s'est mis d'accord sur la non-conformité de ces pouvoirs à l'article 14 qui interdit la discrimination[227].

---

[223] CEDH [GC], Muhammad et Muhammad c. Roumanie, 80982/12. Même si la majorité de la Grande Chambre est beaucoup critiquée dans les opinions concordantes des juges sur la motivation de la conclusion, il s'agit l'attribution du droit d'être informé aux étrangers et d'accéder au dossier qui ne figure pas dans le texte de l'article. Cet arrêt ne concerne pas la discrimination des étrangers, mais il ouvre la voie pour une protection plus grande des droits procéduraux en cas d'expulsion des étrangers.

[224] *Cf.*, Royaume-Uni, 2001, *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, Part 4..

[225] Royaume-Uni, 16 décembre 2004, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2004] UKHL 56, §32.

[226] *Cf.*, Conseil de l'Europe, 18 décembre 2001, Declaration contained in a Note Verbale from the Permenant Representation of United Kingdom; CEDH [GC], 19 février 2009, A et autres c. Royaume-Uni, no 3455/05, §10.

[227] Royaume-Uni, 2004, Joint Committee on Human Rights, Eighteenth Report, §42-47; Royaume-Uni, 2005-2006, Joint Committee on Human Rights, Counter-Terrorism Policy and Human Rights: Prosecution and Pre-Charge Detention, Twenty-fourth Report, HC 1576, §158, pour les soucis concernant cet acte sur le profilage racial; Royaume-Uni, 18 décembre 2003, Privy Counsellor Review Committee, Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 Review: Report, p. 5.

L'examen de la CEDH reposait sur le droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle soutenait qu'il n'y avait pas de preuve justifiant les arguments du gouvernement qui consiste à dire que la menace que présentent les étrangers est plus grave que celle des ressortissants[228]. La nature discriminatoire de ces mesures est ainsi constatée surtout avec ses disproportions injustifiées quant au droit à la liberté et à la sûreté des étrangers.

De même, l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* de 2010 traite la question des pouvoirs étendus de la police en matière de l'interpellation et de la fouille des personnes pour la prévention du terrorisme dans le cadre de *Terrorism Act* de 2000. L'importance de cet arrêt est que la violation de l'article 8 de la Convention était constatée au regard de la nature discrétionnaire de ces pouvoirs qui peuvent être exercés de manière discriminatoire contre les personnes d'une certaine origine[229]. Même si les statistiques ne montraient pas une pratique particulièrement discriminatoire, la CEDH fait référence au constat des pratiques policières d'équilibrer les statistiques raciales[230]. En absence de la condition de soupçon légitime ces pouvoirs peuvent effectivement être sujets d'abus et de ciblage discriminatoire d'une certaine catégorie de la population.

Ces arrêts montrent qu'une pratique manifestement discriminatoire lors de franchissement des frontières, ou lors de l'accord de la protection internationale ainsi qu'une législation ciblant explicitement les étrangers ou permettant le ciblage d'une certaine catégorie de la population dans la lutte contre le terrorisme sont effectivement condamnées par les hautes cours européennes au regard des différents droits et libertés. Néanmoins, cela ne sera pas toujours le cas dans les arrêts plus récents rendus dans une époque, où la réponse à la montée du terrorisme moderne modifie les règles du jeu d'un ordre libéral démocratique.

B. La discrimination implicite banalisée

Est-ce que les hautes cours européennes traitent le sujet de chercher le terroriste parmi les ressortissants des pays tiers dans les frontières ? Nous avons effectivement trouvé certains arrêts qui montrent qu'elles ont banalisé

---

[228] CEDH [GC], 19 février 2009, A et autres c. Royaume-Uni, no 3455/05, §188-190.

[229] CEDH, 12 janvier 2010, Gillan et Quinton c. Royaume-Uni, no 4158/05, §87.

[230] CEDH, 12 janvier 2010, Gillan et Quinton c. Royaume-Uni, no 4158/05, §85.

le ciblage des ressortissants des pays tiers ou des personnes franchissant les frontières.

Il faut d'abord mentionner que la surveillance généralisée et indifférenciée est interdite en principe par les deux hautes cours comme indiqué ci-dessus. Néanmoins, le régime de la protection des données prévoit une exception dans l'article 15 de la directive 2002/58/CE sur la vie privée et les communications électroniques. Les obligations des États pour la protection des données peuvent être limitées pour la sauvegarde de la sécurité nationale, de la sûreté de l'État ou pour la prévention, la détection et la poursuite d'infractions pénales. La Cour de Justice insiste sur une interprétation stricte de cette exception à la lumière de la Charte des droits fondamentaux dans l'arrêt *Tele2 Sverige AB*. Cependant, ces motifs légitiment une conservation ciblée et préventive des données en cas d'existence des limites suffisantes[231]. Quelles sont ces limites ? Afin de limiter la surveillance généralisée et indifférenciée, les deux hautes cours recommendent d'abord une limitation du public ciblé à celui, dont les données sont susceptibles de révéler un lien direct ou indirect avec l'objectif de la lutte contre la criminalité grave. Puis, le critère géographique peut également justifier la conservation préventive des données[232]. La limitation du public ciblé semble à justifier le ciblage des ressortissants des pays tiers, alors que le critère géographique semble à justifier le ciblage des personnes franchissant les frontières.

Nous avons plusieurs exemples de la jurisprudence de la CEDH sur le critère géographique, qui légitime l'approche selon laquelle la menace terroriste vient à travers les frontières. Pour ce qui concerne le régime de surveillance ciblant les personnes se trouvant en dehors du territoire de l'État en question, l'arrêt *Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni* de la Chambre traite effectivement les rapports de ce régime avec le principe de

---

[231] UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §108. Ces motifs peuvent être interprétés dans la jurisprudence de la CEDH comme étant un des critères de limiter la surveillance généralisée. La CEDH recommende une limitation sur la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception. CEDH, 13 septembre 2018, Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni, nos 58170/13, 62322/14 et 24960/15, §307.

[232] UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §111. La CEDH propose de limiter les catégories de personnes dont les communications sont susceptibles d'être interceptées doivent être définies, la durée d'exécution de la mesure. CEDH, 13 septembre 2018, Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni, nos 58170/13, 62322/14 et 24960/15, §307.

non-discrimination. La CEDH met l'accent sur le fait que le régime de surveillance ne détermine pas les personnes selon la nationalité mais selon leur situation géographique. Considérant que le gouvernement a déjà une compétence sur des personnes se trouvant sur les îles britanniques, ce ciblage est justifié d'après la cour[233].

Concernant le contrôle dans les frontières, qui légitime aussi le constat selon lequel la menace terroriste vient à travers les frontières, l'arrêt *Beghal c. Royaume-Uni* de la CEDH contient certaines conclusions importantes. Il s'agit les pouvoirs étendus de la police sur l'interrogatoire, la fouille et la rétention des personnes dans les aéroports. Nous avions mentionné que les pouvoirs étendus peuvent résulter en traitement discriminatoire aux personnes d'une certaine origine, surtout si on regarde aux pratiques dans les aéroports. Dans l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* de 2010, la CEDH avait constaté un risque d'arbitraire au regard de la discrimination possible d'une certaine catégorie des personnes[234]. En 2019, nous observons qu'elle est plus souple quant aux contrôles dans les aéoroports. Dans l'arrêt *Beghal c. Royaume-Uni*, elle admet l'importance des contrôles aux frontières pour la prévention du terrorisme et elle souligne que les personnes franchissant les frontières internationales peuvent effectivement attendre un certain degré de contrôle à cette fin[235].

La limitation de la surveillance généralisée selon un critère géographique est, ainsi, appréciée par deux hautes cours européennes. C'est pourquoi, la protection accordée pour les ressortissants de l'UE ou au regard de l'interdiction de la surveillance massive des deux hautes cours européennes ne touche pas à la question de la discrimination implicite par la recherche du terroriste dans les frontières parmi les ressortissants des pays tiers.

De l'autre côté, l'existence d'un mécanisme de contrôle justifie également le recours à l'exception. Dans son arrêt récent du 6 octobre 2020.

---

[233] **Ibid.**, §518.

[234] **Ibid.**, §98; "*(...) bien que les personnes appartenant aux minorités ethniques et en particulier les personnes originaires d'Asie et d'Afrique du Nord, aient été interpellées plus souvent que leur proportion parmi la population des voyageurs ne l'aurait justifié en toute objectivité, (...), cela ne signifie pas pour autant que les contrôles aient été effectués à mauvais escient*".

[235] CEDH, 28 février 2019, Beghal c. Royaume-Uni, 4755/16, §92. Il faut cependant mentionner qu'elle a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention pour l'absence des garanties suffisantes afin de contrôler la légalité des pouvoirs étendus de la police (§109).

La Cour de Justice de l'UE a encore une fois interprété les dispositions de la directive 2002/58/CE. En répétant sa conclusion de l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd.* concernant l'interdiction d'une surveillance automatisée et généralisée, elle a mis l'accent sur la nécessité d'existence d'une menace grave à la sécurité nationale et d'un contrôle effectif par une juridiction ou par une autorité administrative indépendante. Si ces critères sont remplis, une conservation préventive ou rapide des données à titre généralisé et automatisé devient donc possible[236].

À cet égard, les compétences exceptionnelles d'Europol semblent être problématique. La question se pose d'abord sur l'accès d'Europol aux bases de données, qui contiennent les informations relatives aux ressortissants des pays tiers. Normalement, il est interdit d'utiliser des données relatives à l'origine raciale ou ethnique, aux convictions religieuses, à l'appartenance syndicale etc.[237]. Mais on a une exception pour prévenir les formes de criminalité relevant des objectifs d'Europol y compris le terrorisme. Si le traitement de ces données est strictement nécessaire et proportionné, il est permis dans le but de prévention du terrorisme. Même s'il existe une clause selon laquelle "*la sélection d'un groupe particulier des personnes sur la seule base de ces données est interdite*"[238], ce groupe particulier peut apparemment être les ressortissants des pays tiers, considérant ses compétences élargies telles qu'elles sont mentionnées dans la première partie.

En outre, le contrôle de ses compétences pose également des problèmes, car les actes terroristes peuvent constituer un cas d'urgence exceptionnelle. En matière terroriste, les conditions d'accès d'Europol à ces bases et l'existence d'une urgence exceptionnelle ne sont vérifiées qu'*a posteriori*.

---

236 UE, 6 octobre 2020, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-511/18, C-512/18, C-520/18, §172-182. *Cf.*, aussi, PEYROU-BARTOLL Sylvie, "Protection des données à caractère personnel: interdiction d'un stockage de masse généralisé et indifférencié, oui mais... Réflexions sur les arrêts de la CJUE, 6 octobre 2020, Privacy international (aff. C-623/17), et la Quadrature du Net, French Data Network, Ordre des barreaux francophones et germanophone (aff. jointes C-511/18, C-512/18, C-520-18)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 22 octobre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/10/22/informations-generales/protection-des-donnees-a-caractere-personnel-interdiction-dun-stockage-de-masse-generalise-et-indifferencie-oui-mais-reflexions-sur-les-arrets-de-la-cjue-6-octobre/>, consulté le 26 novembre 2020.

237 UE, Directive 2016/680, article 11(3); UE, Règlement 2016/679, article 22(1).

238 UE, 11 mai 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'UE pour la coopération des services répressifs (Europol) (...), 2016/794, JO 24/05/2016 L 135/53, article 30(2).

Nous observons ce problème dans les règlements d'EURODAC[239], de VIS[240] et d'EES[241], qui n'exigent pas une vérification *a priori* dans ses règlements. La Cour de Justice de l'UE ne s'oppose pas à cette absence du contrôle préalable si nous retournons à son arrêt *Tele2 Sverige AB*. On observe effectivement que le contrôle préalable de l'accès des autorités chargées de la sécurité peut être écarté en cas d'urgence dûment justifié selon la Cour[242]. De ce fait, l'exception de l'interdiction de la surveillance automatisée est l'existence d'un contrôle effectif et l'exception d'un contrôle préalable est l'existence d'un cas exceptionnel justifié. Nous sommes ainsi arrivés à un point où nous avons oublié la règle principale.

Le seul contrôle préalable pour le fonctionnement des systèmes d'information semble être celui du CEPD[243]. Néanmoins, ses avis ne sont pas toujours pris en compte si on regarde à sa proposition de définir le cas d'urgence exceptionnelle[244]. Dans les règlements d'EURODAC et d'EES adoptés après cet avis, le cas d'urgence exceptionnelle n'est pas défini malgré ses propositions[245]. En plus, il est possible que les pratiques attentatoires aux droits fondamentaux sont constatées après une longue période[246].

Que peuvent faire les hautes cours européennes alors ? Un examen au regard de l'innocence des ressortissants des pays tiers peut ouvrir une voie, lorsque la portée des autres droits n'est pas suffisante. Dans l'arrêt *S. et*

---

239 UE, Règlement 603/2013, article 19(3).

240 UE, Règlement 767/2008, article 3(2).

241 UE, Règlement 2017/2226, article 31(2).

242 UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §120.

243 UE, Règlement 767/2008, article 42; UE, Règlement 603/2013, article 31; UE, Règlement 2017/2226, article 56.

244 UE, 5 septembre 2012, CEPD, §53-54.

245 Le CEPD considère par contre son contrôle *a priori* nécessaire pour les données biométriques qui sont d'une nature particulière. UE, 13 octobre 2006, CEPD, Avis sur le projet de règlement du Conseil (CE) portant fixation de la forme des laissez-passer délivrés aux membres et aux agents des institutions, 2006/C 313/13, JO 20/12/2006 C 313/36, §1.4.

246 *Cf.*, par exemple, UE, 28 mai 2019, CEPD, Affaire no 2018/0638, pour le contrôle de l'exercice des compétences d'Europol dans le cadre d'un accord conclu avec les États-Unis pour le transfert des données dans la lutte contre le financement du terrorisme. Le CEPD constate la préservation des demandes de transfert depuis la conclusion de l'accord, qui ne convient pas à la limite de cinq années selon l'accord. Il peut y ainsi avoir des pratiques attentatoires aux droits fondamentaux qui sont constatées très tard.

Marper c. Royaume-Uni de la CEDH, c'était le constat principal concernant le traitement des personnes innocentes de la même manière que les personnes condamnées. Le risque de stigmatisation, le caractère illimité de la conservation des données et la catégorie vaste des infractions étaient à la base de la violation du droit à la vie privée des requérants. Qu'en est-il pour la stigmatisation des ressortissants des pays tiers ? Malheureusement cette approche de la CEDH par rapport aux personnes soupçonnées dans l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* ne concerne pas le cas du terrorisme. En plus, s'il s'agit une affaire liée à l'expulsion, il faut admettre que la présomption d'innocence garantie dans l'article 6§2 de la Convention ne s'applique pas aux cas d'expulsion, en absence d'une inculpation en matière pénale selon la jurisprudence de la CEDH[247].

Finalement, l'arrêt *Tele2 Sverige AB* de la Cour de Justice de l'UE indique expressément le contraire. La surveillance des personnes qui ne sont pas soupçonnées des infractions graves ou même impliquées dans une telle infraction est légitime, si l'accès aux données de ces personnes contribue à la lutte contre le terrorisme selon la Cour[248]. Le terrorisme est ainsi un motif indéniable de recourir à l'exception, qui permet la surveillance ciblée des ressortissants des pays tiers de manière généralisée et préventive, sans qu'il y ait une justification précise de chercher le terroriste parmi ces personnes ou un contrôle préalable.

Ces banalisations devant les deux hautes cours ne s'expliquent par rien d'autre que le constat du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad c. Roumanie* du 15 octobre 2020: "*Dans un domaine aussi sensible que celui de la protection de la sécurité nationale et la lutte contre le terrorisme, si prospice aux abus des autorités étatiques et aux excès de zèle de certains dirigeants, dont d'illustres cours suprêmes ou constitutionnelles se rendent parfois complices, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour demeure aujourd'hui encore la gardienne de la sécurité juridique et des libertés civiles. Malheureusement, il n'en est rien.*"

---

247 *Cf.*, CEDH [GC], 5 octobre 2000, Maaouia c. France, no 39652/98, pour le constat général sur l'applicabilité de l'article 6 en matière d'expulsion; CEDH, Plén., déc., 10 mars 1994, L.A. c. Suède, no 23253/94, pour un examen spécifique en matière d'expulsion liée au terrorisme.

248 UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §119.

CONCLUSION

Après les attentats du 11 septembre, Tony Blair, le premier ministre britannique de l'époque, avait dit que "*la plus grande liberté est de vivre à l'abri des attaques terroristes*"[249]. Dans la communication de la Commission relative à la stratégie de l'UE pour l'union de la sécurité datant le 24 juillet 2020, l'idée soulignée est que "*la sécurité (...) protège aussi les droits fondamentaux*" et elle "*est liée à nos valeurs fondamentales*"[250]. Cette approche nous rappelle clairement l'idée principale des théories de contrat social selon laquelle "*la liberté de chacun repose sur la sécurité de tous*"[251]. Nous sommes ainsi arrivés à l'époque initiale du libéralisme où on cherche la justification de l'existence d'une autorité étatique. La lutte contre le terrorisme fait apparaître les défis de l'ordre libéral étatique dans la mesure où l'existence de cet ordre dépend de la préservation d'une valeur plus grande que la liberté; la sécurité[252].

L'objectif de la réunification de la politique migratoire et la politique antiterroriste de l'UE est évidemment la prévention des actes terroristes. Néanmoins, le ciblage des immigrants risque de compromettre l'efficacité de cette politique de prévention. Le terrorisme n'est pas l'expression d'une culture spécifique mais d'un combat politique[253]. Le départ pour le djihad s'est désormais élargi aux classes moyennes, aux post-adolescents, aux femmes et aux convertis[254]. Les terroristes d'origine intérieure (*homegrown*) ou les étrangers

---

[249] "*There is no greater civil liberty than to live free from terrorist attacks*". Telegraph, 24 février 2005, <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1484284/We-must-put-safety-before-liberty-says-Blair.html>, consulté le 11/02/2019.

[250] UE, 24 juillet 2020, COM(2020)605final, p. 1, 34.

[251] LASCOUMES Pierre / PONCELA Pierrette / LENOËL Pierre (1989). **Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal**, Hachette, Paris, 1989, p. 8-12.

[252] MÜLLER Jan-Werner, **A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought**, Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 181. L'auteur mentionne que le libéralisme a ainsi atteint ses limites. Il faut aussi mentionner que le libéralisme est défini par les sphères contradictoires selon certaines recherches à savoir les études juridiques critiques. La liberté a ainsi un aspect qui s'identifie avec la nécessité. La liberté est assurée dans le but de préserver notre sécurité. C'est la raison pour laquelle nous avons mentionné *l'apparition* des défis du libéralisme. FRUG Gerald E., "The City as a Legal Concept", **Harvard Law Review**, Vol. 93, No 6, 1980, pp. 1059-1154, p. 1075, pour les sphères du libéralisme.

[253] ECKERT Roland, "Culture or Conflict? Migration, Culture Conflict and Terrorism", *in* Joshua D. Freilich & Robert T. Guerette, **Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism**, Taylor & Francis Group, 2007, pp. 21-25, p. 25.

[254] GARAPON Antoine / ROSENFELD Michel, **Démocraties sous stress, Les défis du terrorisme global**, Press universitaires de France, 2016, p. 84, 89.

avec les permis de séjour légaux sont également intégrés à ce combat[255]. En plus, les terroristes tendent de franchir les frontières de manière légale[256] pour ne pas attirer l'attention avant l'exécution de l'attentat. C'est ce qu'on voit aux États-Unis ou dans les attentats de Madrid[257]. Cette situation limite l'efficacité du contrôle d'immigration à des fins de la prévention du terrorisme[258]. On cherche les terroristes parmi les ressortissants des pays tiers comme chercher une aiguille dans une botte de foin. Il est hautement probable que les personnes non-profilées utilisent cette approche à leur bénéfice[259]. La concentration de la politique antiterroriste sur une certaine catégorie des personnes a également l'influence dans l'opinion publique, qui peut mettre en cause l'accueil des immigrants[260]. L'intégration de ces personnes devient plus difficile et leur réaction à ce traitement peut être, dans certains cas, la radicalisation contre la société-hôte[261]. On est donc en présence d'un cercle vicieux.

La prévention des actes terroristes et le maintien de la sécurité semblent d'être les arguments principaux pour restreindre les droits des certains groupes considérés à risque. Alors que la détermination des groupes à risque est elle-même discriminatoire, le niveau de protection de ses droits n'est pas augmenté de manière proportionnelle à la gravité de l'ingérence. Le rôle des juridictions européennes est très difficile à cet égard pour éviter le ciblage d'une certaine catégorie des personnes tout en limitant la surveillance généralisée. Elles semblent, par contre, jouer selon les règles changées du jeu dans la lutte contre le terrorisme, tant qu'elles justifient la mise en œuvre des exceptions des exceptions. Le lien établi entre le terrorisme et l'immigration dans le droit de l'UE et confirmé implicitement par les mécanismes de contrôle constitue ainsi le meilleur exemple du dysfonctionnement de l'ordre libéral où les valeurs fondamentales sont reléguées au second plan par rapport à la gravité de la menace terroriste.

---

255 **SCHMID**, 2016, p. 48.

256 **BALDACCINI**, 2008, p. 32-33.

257 **Ibid.**, p. 33; **MARTIN / MARTIN**, 2004, p. 329-330.

258 **SCHMID**, 2016, p. 48.

259 **HARCOURT**, 2007, p. 80, 84.

260 **AVDAN**, 2014, p. 450-453.

261 **SCHMID**, 2016, p. 45.

BIBLIOGRAPHIE

ARGOMANIZ Javier, "When the EU is the 'Norm-taker': The Passenger Name Records Agreement and the EU's Internalization of US Border Security Norms", **European Integration**, Vol. 31, no 1, 2009, pp. 119-136.

AVDAN Nazlı, "Do asylum recognition rates in Europe respond to transnational terrorism ? The migration-security nexus revisited", **European Union Politics**, Vol. 15(4), 2014, pp. 445-471.

BALDACCINI Anneliese, "Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security: Framing Suspects with Biometric Documents and Databases", **European Journal of Migration and Law**, 10 (2008), pp. 31-49.

BAUD Jacques, **Encyclopédie des terrorismes**, Charles-Lavauzelle, 1999.

BECK Ulrich, "The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited", **Theory, Culture & Society**, Vol. 19(4), 2002, pp. 39-55.

BECK Ulrich, **Risk Society. Towards a New Modernity**, Sage Publications, London, Newbury Park, New Delhi, 1992.

BETTATI Mario, **Le terrorisme Les voies de la coopération internationale**, Odile Jacob, Paris, 2013.

BEVELANDER Pieter / TARAS Raymond, "The Twilight of Multiculturalism? Findings from across Europe", *in* Raymond Taras (ed.), **Challenging Multiculturalism**, Edinburgh University Press, 2013, pp. 3-24.

BIGO Didier, "Liberty, whose liberty? The Hague Programme and the conception of freedom", 2006b, <https://www.academia.edu/3102843/Liberty_whose_liberty_The_Hague_Programme_and_the_conception_of_freedom>, consulté en ligne le 13 janvier 2019.

BIGO Didier, "Migration and Security Issues", December 27, 2006b, <https://www.academia.edu/3102809/Migration_and_security>, consulté le 10 janvier 2019.

BIGO Didier, "The Emergence of a Consensus: Global Terrorism, Global Insecurity, and Global Security", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 67-94.

BIGO Didier, "The Emergence of a Consensus: Global Terrorism, Global Insecurity, and Global Security", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 67-94.

BIGO Didier, "Sécurité et immigration: vers une gouvernementalité par l'inquiétude ?", **Cultures & Conflits**, 31-32, printemps-été, 1998.

BOURBEAU Philippe, "Politisation et sécuritisation des migrations internationales: une relation à définir", **Critique internationale**, no 61, 2013/4, pp. 127-145.

BOURBEAU Philippe, "Processus et acteurs d'une vision sécuritaire des migrations: le cas du Canada", **Revue Européenne des Migrations Internationales**, Vol. 29, no 4, 2013.

BOUTEILLET-PAQUET Daphné, **L'Europe et le droit d'asile: La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale**, L'Harmattan, Paris, 2001.

BOYER Florence / CHAPPART Pascaline, "Les frontières européennes au Niger", **Association Vacarme**, no 83, 2018/2, pp. 92-98.

BRIAN Ian / LANGFORD Peter, "Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights", **Nordic Journal of International Law**, 79, 2010, pp. 457-479.

BROUWER Evelien, "The EU Passenger Name Record System and Human Rights. Transferring passenger data or passenger freedom?", **CEPS Working Document**, no 320, September 2009.

CARLIER Jean-Yves / CRÉPEAU François, "Le droit européen des migrations: Exemple d'un droit en mouvement ?", **Annuaire français de droit international**, CNRS Éditions, Paris, LVII, 2011, pp. 641-674.

CASALE Davide, "Institutional and Legal Aspects of EU Counter-Terrorism", *in* Centre of Excellence Defence Against Terrorism (ed.), **Legal Aspects of Combating Terrorism**, IOS Press, Asterdam, 2008, pp. 115-130.

CASSESSE Antonio, "Terrorism as an International Crime", *in* Andrea BIANCHI (ed.), **Enforcing International Law Norms Against Terrorism**, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 213-225.

CATELAN Nicolas / CIMAMONTI Sylvie / PERRIERR Jean-Baptiste, "La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne", **Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice**, Rapport final novembre, Synthèse, 2012.

CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Bayard, Paris, 2004a.

CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "De 1968 à l'islamisme radical", *in* CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Paris, 2004a, Bayard, pp. 243-279.

CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "Le terrorisme dans la guerre, de la Seconde Guerre mondiale aux guerres de la libération nationale", *in* CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Bayard, Paris, 2004a, pp. 229-239.

CHALIAND Gérard, **Terrorisme et politique**, CNRS Éditions, Paris, 2017.

CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane, "Immigration, Security and Integration in the European Union", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 203-228.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, **De la cooperation à l'intégration policière dans l'Union Européenne**, Bruylant, Bruxelles, 1999.

CLAVET Sophie, "Coopération antiterroriste transatlantique: Sûreté aérienne, transferts de données personnelles et négociation de l'accord *Passenger Name Record*", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

CLAVET Sophie, "Les conséquences de l'accord *Passenger Name Record* sur la protection des droits fondamentaux en Europe", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

COLEMAN Nils, "From Gulf War to Gulf War - Years of Security Concern in Immigration and Asylum Policies at European Level", *in* GUILD Elspeth / BALDACCINI Anneliese (eds.), **Terrorism and the Foreigner: A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2007, pp. 3-84.

COTTEY Andrew, **Security in the New Europe**, Palgrave Macmillan, New York, 2007.

CRELINSTEN Ronald D. / ÖZKUT İffet, "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe. Implications for Human Rights" *in* REINARES Fernando (ed.), **European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation**, Ashgate, Dartmouth, 2001, pp. 245-272.

DE GOEDE Marieke, "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", **European Journal of International Relations**, 14(1), 2008, pp. 161-185.

DE TAPIA Stéphane, **Les nouvelles configurations de la migration irrégulière en Europe: Rapport de conférence 12 et 13 novembre 2002**, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003.

DELMAS-MARTY Mireille, "Violence et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain", **Dalloz RSC**, 2009, pp. 59 et s.

DESTOMBES Emilie, "L'UE dans le domaine migratoire: la persistance de l'adolescence ou l'avènement de l'âge de raison ?", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 23 septembre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/09/23/asile/lue-dans-le-domaine-migratoire-la-persistance-de-ladolescence-ou-lavenement-de-lage-de-raison/>, consulté le 4 novembre 2020.

DOOSJE Bertjan / ZIMMERMANN Anja / KÜPPER Beate / ZICK Andreas / MEERTENS Roel, "Terrorist Threat and Perceived Islamic Support for Terrorist Attacks as Predictors of Personal and Institutional Out-Group Discrimination and Support for Anti-Immigration Policies. Evidence from 9 European Countries", Presses universitaires de Grenoble, **Revue internationale de psychologie sociale**, Tome 22, 2009/3, pp. 203-233.

ECKERT Roland, "Culture or Conflict? Migration, Culture Conflict and Terrorism", *in* Joshua D. Freilich & Robert T. Guerette, **Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism**, Taylor & Francis Group, 2007, pp. 21-25.

ERÇAKICA Mustafa, **Silahlı Çatışma ve İç Karışıklık Sonrası Dönemlerde İnsan Haklarının Korunmasında Birleşmiş Milletler'in Rolü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

FRUG Gerald E., "The City as a Legal Concept", **Harvard Law Review**, Vol. 93, No 6, 1980, pp. 1059-1154.

GARAPON Antoine / ROSENFELD Michel, **Démocraties sous stress, Les défis du terrorisme global**, Press universitaires de France, 2016.

GUILD Elspeth / CARRERA Sergio / BALZACQ Thierry, "The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union", **Challenge Liberty & Security**, Research Paper no 12, October 2008.

GUILLAUME Gilbert, **Terrorisme et Droit international**, The Hague Academy of International Law, 2008.

GUIRAUDON Virginie, "Les effets de l'européanisation des politiques d'immigration et d'asile", **Politique européenne**, 2010/2, no 31, pp. 7-32.

HARCOURT Bernard E., "Muslim Profiles Post-9/11: Is Racial Profiling an Effective Counter-terrorist Measure and does it Violate the Right to be Free from Discrimination", *in* GOOLD Benjamin J. & LAZARUS Liora, **Security and Human Rights**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 73-99.

HARDIN Russell, "Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism", **The Journal of Ethics**, 8, 2004, pp. 77-95.

HARRIS David, **Profiling in Injustice; Why Racial Profiling Cannot Work**, The New York Press, 2002.

HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, Columbia University Press, New York, 2017.

HUYSMANS Jef, "The European Union and the Securitization of Migration", **Journal of Common Market Studies**, Vol. 38, no 5, 2000, pp. 751-777.

KASTORYANO Riva, "Radicalisation in Europe", **IEMed Mediterranean Yearbook**, Institut européen de la Méditerranée, 2017, pp. 87-92.

LASCOUMES Pierre / PONCELA Pierrette / LENOËL Pierre (1989). **Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal**, Hachette, Paris, 1989.

LUTZ James M. / LUTZ Brenda J., **Terrorism, Origins and Evolution**, Palgrave Macmillan, London, 2005.

MARTIN Jean-Cristophe, **Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme**, Bruylant, Bruxelles, 2006.

MARTIN Susan / MARTIN Philip, "National Security Discussion: International Migration and Terrorism: Prevention, Prosecution and Protection", **Georgetown Immigration Law Journal**, Vol. 18: 329, 2004, pp. 329-344.

MASSEY Douglas S. / DURAND Jorge / PREN Karen A., "Why Border Enforcement Backfired", **American Journal of Sociology**, 121(5), 2016, pp. 1557-1600.

McDONALD Matt, "Securitization and the Construction of Security", **European Journal of International Relations**, Vol. 14(4), 2008, pp. 563-587.

MIJATOVIĆ Dunja, "Le profilage ethnique: une pratique persistante en Europe", **Le carnet des droits de l'Homme**, 9 mai 2019.

MITSILEGAS Valsamis, "Measuring Irregular Migration: Implications for Law, Policy and Human Rights", *in* Barbara Bogusz, Ryszard Cholewinski, Adam Cygan & Erika Szyszczak (eds.), **Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 29-40.

MITSILEGAS Valsamis, "Coopération antiterroriste États-Unis/Union européenne: l'entente cordiale", *in* BIGO Didier / BONELLI Laurent / DELTOMBE Thomas (dir.), **Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme**, Éditions La Découverte, Paris, 2008, pp. 118-130.

MITSILEGAS, Valsamis, **The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law**, Springer Cham, Heidelberg New York Dordrecht London, 2015.

MORAES Claude, "The Politics of European Union Migration Policy", **The Political Quarterly Publishing**, 2003, pp. 116-131.

MÜLLER Jan-Werner, **A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought**, Yale University Press, New Haven and London, 2003.

NAIL Thomas, "A Tale of Two Crises: Migration and Terrorism after Paris Attack", **Studies in Ethnicity and Nationalism**, Vol. 16, no 1, 2016, pp. 158-167.

ÖKTEM Emre, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Basım, Derin Yayınları, İstanbul, 2011.

PEYROU Sylvie, "Accord PNR UE-Canada: validation par le CJUE du système PNR, des modalités à revoir ! (réflexions sur l'avis 1/15 de la CJUE, 26 juillet 2017)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 2017, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/07/28/informations-generales/accord-pnr-ue-canada-validation-cjue-systeme-pnr-modalites-a-revoir-reflexions-lavis-115-de-cjue-26-juillet-2017/>, consulté le 6 mars 2020.

PEYROU-BARTOLL Sylvie, "Protection des données à caractère personnel: interdiction d'un stockage de masse généralisé et indifférencié, oui mais... Réflexions sur les arrêts de la CJUE, 6 octobre 2020, Privacy international (aff. C-623/17), et la Quadrature du Net, French Data Network, Ordre des barreaux francophones et germanophone (aff. jointes C-511/18, C-512/18, C-520-18)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 22 octobre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/10/22/informations-generales/protection-des-donnees-a-caractere-personnel-interdiction-dun-stockage-de-masse-generalise-et-indifferencie-oui-mais-reflexions-sur-les-arrets-de-la-cjue-6-octobre/>, consulté le 26 novembre 2020.

PICKERING Sharon, "Border terror: policing, forced migration and terrorism", **Global Change, Peace & Security**, Vol. 16, no 3, October 2004, pp. 211-226.

ROBERT Bartko, "Irregular Migration and Terrorism in the European Union", **Journal of Eastern-European Criminal Law**, no 1/2017, pp. 149-154.

SANCHEZ Miguel Acosta, "Coopération et sécurité aux frontières extérieures européennes: le cas du détroit de Gibraltar", **Annuaira français de droit international**, Vol. 54, 2008, pp. 197-223.

SANGUINETTI Gianfranco. **Du terrorisme et de l'État. La théorie et la pratique du terrorisme divulguées pour la première fois**, (traduit par Jean-François Martos), 2e Édition, J.F. Martos, Paris, 1980.

SAUL Ben, **Defining Terrorism in International Law**, Oxford University Press, New York, 2006.

SCHMID Alex P., "Links between Terrorism and Migration: An Exploration", **International Centre for Counter-Terrorism**, The Hague, 2016.

SCHOENHOLTZ Andrew I., "Transatlantic Dialogue on Terrorism and International Migration", **International Migration**, Vol. 41 (4), 2003, pp. 173-192.

SKOLL Geoffrey R., "Toward a Theory of Terrorism: A Multidimensional Analysis", *in* Rene A. Larche (ed.), **Global Terrorism Issues and Developments**, Nova Science Publishers, New York, 2008, pp. 19-60.

SÖNMEZ Pelin, **Avrupa Birliği'nde Yeni Dönem Postkolonyal İlişkiler ve Göç Politikaları Diyaloğu**, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi 4, 2015.

SOREL Alexander, "Asylum, Migration and Border Controls in the Hague Programme", *in* ZWAAN Jaap W. de / GOUDAPPEL Flora A.N.J. (eds.), **Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme**, TMC Asser Press, The Hague, 2006, pp. 11-20.

TSOUKALA Anastassia, "The Terrorism-Immigration Nexus in the Post-11 September Era: An Analysis of the Political Discourses in the British Press", *in* BERGGREN Erik / LIKIĆ-BRBORIĆ Branka / TOKSÖZ Gülay / TRIMIKLINIOTIS Nicos (eds.), **Irregular Migration, Informal Labour and Community: A Challenge for Europe**, Shaker Publishing, Maastricht, 2007, pp. 393-400.

TUMLIN Karen C., "Suspect First: How Terrorism is Reshaping Immigration Policy", **California Law Review**, Vol. 92, Issue 4, 2004, pp. 1173-1239.

VEDASCHI Arianna / GRAZIANI Chiara, "PNR Agreements Between Fundamental Rights and National Security: Opinion 1/15", 23 janvier 2018, <http://europeanlawblog.eu/2018/01/23/pnr-agreements-between-fundamental-rights-and-national-security-opinion-115/>, consulté le 1er février 2019.

WILLIAMS Michael C., "Words, Images, Enemies: Securitization and International Politics", **International Studies Quarterly**, Vol. 47, no 4, 2003, pp. 511-531.

ZHIRKOV Kirill / VERKUYTEN Maykel / WEESIE Jeroen, "Perceptions of world politics and support for terrorism among Muslims: Evidence from Muslim countries and Western Europe", **Conflict Management and Peace Science**, Vol. 31 (5), 2014, pp. 481-501.