

DROIT PÉNAL ET TERRORISME

CRIMINAL LAW AND TERRORISM

PAULINE LE MONNIER DE GOUVILLE¹

RESUMÉ

Depuis les années 1990 s'engage, en France, une politique criminelle de lutte active contre le terrorisme. L'objectif d'efficacité, de réactivité, suppose de mobiliser des moyens spéciaux de poursuites, de répression mais également de prévention de l'action terroriste. A la lumière des lois des 13 novembre 2014, 24 juillet 2015, 3 juin 2016, 30 octobre 2017, l'analyse propose un aperçu de la politique criminelle antiterroriste menée ces dernières années et de la mutation de la lutte engagée - d'une politique d'action à l'anticipation du phénomène terroriste.

Mots-clés: Mots-clés: Terrorisme; Prévention; Politique criminelle; Criminalité organisée.

ABSTRACT

Since the 1990s, France has been engaged in a criminal policy of active counterterrorism. The objective of effectiveness and responsiveness requires the mobilization of special means of prosecution, repression and also prevention of terrorist action. In the light of the laws of 13 November 2014, 24 July 2015, 3 June 2016 and 30 October 2017, the analysis provides an overview of the anti-terrorist criminal policy conducted in recent years and the transformation of the fight undertaken - from a policy of action to anticipation of the terrorist phenomenon.

Keywords: Terrorism; Prevention; Criminal policy; Organized crime.

Droit pénal et terrorisme: d'une ampleur redoutable, le champ d'étude ne peut se limiter au seul examen du droit substantiel et suppose, par-delà, de se confronter à la procédure et aux moyens techniques de lutte et de traitement - en amont, en aval - de l'acte terroriste. L'état d'urgence, excroissance du droit commun, sera en revanche évincé de la présente analyse, bien qu'il eut été tout à fait légitime de le confronter au champ du droit pénal commun.

Car c'est bien de cela dont il s'agit: mesurer la façon dont le droit pénal appréhende, absorbe, récupère parfois l'urgence qu'il y a à agir, par la mise en place de dispositifs les plus dérogatoires, les plus attentatoires. Droit commun d'exception, exception pérenne, les oxymores fleurissent à mesure que le désarroi grandit face aux limites de nos institutions.

Le terrorisme, en droit, se définit par le lien subjectif avec une « *entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »². Le terrorisme n'exige pas que les actes réalisés soient objectivement de nature à atteindre ce but et

¹ Docteur en Droit Privé. Maître de conférences en droit privé, Université Paris II Panthéon-Assas. Directrice des études de l'Institut d'Etudes Judiciaires Pierre Raynaud.

² C. pén., art. 421-1.

encore moins qu'il ait été effectivement atteint³. Il apparaît surtout comme une menace, et c'est le maître mot, pour les fondements de l'Etat de droit.

Le maître mot, en effet, car la menace guide le droit, bat hélas le rythme et la mesure, jusqu'à la démesure. C'est alors au droit pénal d'appréhender ces réalités et d'apporter les réponses nécessaires par le double biais de moyens préventifs et répressifs. La lutte s'engage dès 1986, par l'adoption, le 9 septembre, d'une loi posant les bases d'un régime répressif spécifique. Des lois successives, éparées et nombreuses, n'auront de cesse d'enrichir notre dispositif - les dernières en date des 13 novembre 2014, 24 juillet 2015 et 3 juin 2016, et 30 octobre 2017 en étant une illustration manifeste.

Comment, dès lors, le législateur français appréhende-t-il la lutte contre le terrorisme ? Si l'on souhaite comprendre et mesurer les données du débat, plusieurs démarches s'imposent.

D'abord, nuancer, à tout le moins tempérer, le paradigme classique de la liberté et de la sécurité, que l'on tend à opposer à tout prix. Il faut pourtant se délier de l'antagonisme apparent et miser sur une complémentarité. L'idée se veut simple et le postulat ambitieux: il n'existe pas de liberté s'il n'y a pas de sécurité pour l'exercer.

Ensuite, et corrélativement, s'interroger sur les moyens de lutte contre le terrorisme conduit inexorablement à soulever deux questions: celle de la *définition des incriminations* (jusqu'où remonter dans le chemin du crime ?) ; puis celle du *contrôle* (quel juge compétent pour contrôler des mesures qui, par nature, portent atteinte aux libertés ?). Des éléments de réponse existent à cet égard. L'article 66 de la Constitution, tout d'abord, lequel érige l'autorité judiciaire en juge de l'*habeas corpus*, seul gardien des libertés individuelles. La Convention et la Cour européenne des droits de l'Homme, ensuite, qui n'acceptent une atteinte aux libertés individuelles qu'à la condition d'être temporaire, proportionnée, prévue par des dispositions législatives précises, puis contrôlée par un juge indépendant.

Or, ces deux questions appellent deux observations. En premier lieu, la lutte contre le terrorisme se définit parfois au mépris des principes les plus élémentaires de notre droit pénal. L'essor de standards, flous - tels que la « menace », les « raisons sérieuses » -, conduit au dévoiement de certains principes de prévisibilité, de nécessité, de (l')égalité, en un et en deux mots. En second lieu, la lutte contre le terrorisme « brise les codes », mêlant compétences administrative et judiciaire. Le dualisme juridictionnel, ADN de notre droit français, s'épanche sans délimitation précise, montrant plus que jamais combien le droit pénal se trouve à la lisière du droit public - preuve en est la compétence accrue de l'autorité administrative. La lutte contre le terrorisme se déjudiciarise, signe curieux d'une défiance à l'égard du juge judiciaire : comme si celui-ci était nécessairement de mauvaise volonté, comme si celui-ci était un obstacle à l'efficacité du procès.

Deux termes majeurs résultent des ces observations: anticipation, dérogation. Ou comment le droit pénal entend-il anticiper l'acte terroriste, par le biais de mécanismes exceptionnels.

Alors nécessairement, la tendance interpelle: jusqu'où peut-on ébrécher le droit commun ? Jusqu'où mêler prévention et répression ? Jusqu'où agir à titre préventif ? Un corps de lutte émerge: un droit pénal du risque, du danger, de la menace, très proche, quoi qu'on en dise, de la doctrine

³ En ce sens, v. M. Lacaze, « Actualités de la répression et de la prévention du terrorisme par le droit pénal français », *Montesquieu Law Review*, n° 3, octobre 2015.

allemande - le droit pénal de l'ennemi -, si chère à Günther Jakobs⁴. Identifier, vérifier, prévenir, agir: les priorités réveillent Michel Foucault dans sa tombe, et à la question de savoir comment lutter contre le terrorisme, la réponse s'impose en deux temps: *surveiller* et *punir*.

I. Surveiller

Surveiller, et le plus tôt possible, le potentiel terroriste. Une surveillance préventive, qui vise à *contrôler*, d'abord (A), *maitriser*, ensuite (B), l'individu dangereux.

A. Contrôler

Si le législateur a su imaginer de multiples moyens de contrôle, tous ont pour point commun de déroger aux procédures classiques. La menace scelle une logique d'anticipation, laquelle commande de s'en remettre, curieusement, aux autorités non pas judiciaires, mais administratives.

L'une des évolutions majeures résulte de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement. Georges Orwell nous regarde, prophète, tant une société de surveillance paraît se mettre en place. Les plus optimistes y verront l'heureuse entreprise d'un cadre légal donné au renseignement; les plus réfractaires dénonceront la caution, hélas, offerte à toujours plus d'atteintes. Au fond, la loi du 24 juillet 2015 est au renseignement ce que celle du 9 mars 2004 fut à la police judiciaire, offrant à cette dernière de nombreux pouvoirs⁵. La différence tient au fait que les techniques de renseignement sont utilisées, exclusivement, dans un but de prévention des atteintes aux intérêts de la Nation et relèvent, dès lors, de la police administrative⁶. Ciblées, redoutables car intrusives, ces mesures visent à surveiller, détecter, identifier des individus dangereux. Plusieurs procédés, définis par le Code de la sécurité intérieure, sont spécialement dédiés à la lutte contre le terrorisme et se révèlent particulièrement attentatoires aux libertés. Que l'on songe à l'*Imsi Catcher*, fausse antenne relais permettant de rendre lisibles toutes les communications électroniques instantanées, mais également de capter à distance des données téléphoniques⁷. Que l'on évoque, ensuite, les fameuses « boîtes noires » installées sur les réseaux électroniques des opérateurs en vue de détecter à partir, notamment, de mots-clé « *des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste* »⁸. S'il est en principe impossible d'identifier les personnes concernées, le caractère terroriste de la menace permet au Premier ministre d'ordonner une telle identification, après avis d'une commission spécialisée⁹. Dans le même ordre d'idées, le Code de la sécurité intérieure autorise désormais, pour la seule prévention du terrorisme, le recueil en temps réel, sur les réseaux de télécommunication, des données relatives « *à une personne préalablement identifiée comme présentant une menace* »; sans hélas que ne soient définis les critères de ladite menace¹⁰. Les interceptions de courriels, encore, sont dorénavant étendues à l'entourage de la personne visée, sans précision aucune - cela vise-t-il tous les membres d'un carnet d'adresses, ou, plus encore, toutes les personnes liées à ce carnet d'adresses? Enfin, la loi autorise à localiser des équipements terminaux, par la transmission

⁴ V. not. G. Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, 2e ed., traduit de l'allemand par M. Cancio Meliá, Thomson, coll. Civitas, 2006; G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7.

⁵ V. not. G. Roussel, « Le régime des techniques de renseignement », *A.J. pén.* 2015, p. 520; O. Desautnay et R. Ollard, « Le renseignement français n'est plus hors la loi », *Dr. pén.* 2015, ét. 2017; P. Gonod, « Loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement: quels contrôles? », *Procédures* 2015, ét. 10; R. Parizot, « Surveiller et prévenir... à quel prix? », *JCP G* 2015, n° 41, 1077; N. Catelan, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement: un moindre mal », *RSC* 2015, p. 922.

⁶ Cons. const., 23 juill. 2015, déc. n° 2015-713 DC, consid. n° 9.

⁷ CSI, art. L851-6 et L852-1, II.

⁸ CSI, art. L851-3.

⁹ *Ibid.* Il s'agit de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement.

¹⁰ CSI, art. L851-2.

en temps réel des données de connexion à un service du Premier ministre¹¹. A ces techniques de renseignement s'ajoutent, par ailleurs, des mesures semblables à celles prévues dans le cadre de l'enquête judiciaire et ce, indépendamment de toute procédure judiciaire: géolocalisation, captation d'image et sonorisations, accès à distance aux disques durs, infiltrations électroniques.

Le juriste aguerri sera nécessairement frappé à la lecture d'un tel dispositif. La cause peut être heureuse, la forme laisse songeur. Le premier élément de discordance réside dans la grande imprécision des finalités poursuivies. Le Code de la sécurité intérieure vise la prévention du terrorisme ou de la criminalité organisée¹², notions vastes par essence. Mais que dire, encore, des concepts d' « *intérêts majeurs de politique étrangères* », de prévention des « *violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique* »¹³? Le législateur distingue, certes, des critères de dangerosité, en évoquant les « *menaces, les risques et les enjeux liés aux intérêts fondamentaux de la Nation* ». Une bien maigre cautèle. Ces finalités sont en réalité si floues qu'elles laissent aux services de renseignement une marge de manoeuvre suffisamment grande pour mettre en oeuvre ces techniques en dehors de tout cadre judiciaire. Cette imprécision, sous un angle technique, soulève nécessairement la question de la conformité de ces dispositions aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Pourquoi ne pas transposer le principe de légalité à des mesures relevant de la pure police administrative? Le Conseil constitutionnel ne s'en inquiète pas outre mesure, jugeant que les techniques visent exclusivement à préserver l'ordre public et à prévenir les infractions, jamais à constater des infractions ou à en rechercher les auteurs¹⁴. Il est pourtant raisonnablement permis de penser que le renseignement qui aura servi à empêcher un attentat fondera aisément une condamnation de l'association de malfaiteurs à visée terroriste ou encore de l'entreprise individuelle terroriste.

La seconde difficulté tient à la faiblesse du contrôle prévu. En l'état, une autorisation écrite et motivée du Premier Ministre s'avère nécessaire, après avis d'une autorité administrative indépendante - la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Or, d'abord, l'urgence de la situation peut justifier une absence d'autorisation. Surtout, cet avis n'est que consultatif. La Commission ne dispose par ailleurs d'aucun pouvoir de contrainte directe, la seule possibilité pour elle étant de solliciter auprès des ministres une suspension ou interruption d'une mesure. À ce stade, l'autorité administrative apparaît bien désarmée et l'on s'interroge sur la carence d'un contrôle de l'autorité judiciaire. Pourquoi ne pas requérir, *a priori*, l'accord d'un juge, qu'il soit administratif ou judiciaire? Rien ne justifie que les garanties requises en matière de police administrative soient moindres qu'en matière de police judiciaire dès lors, en effet, que se trouve en jeu une atteinte à la vie privée. Certes, remarquera-t-on, il ne s'agit que de police administrative. Mais le renseignement dont il est question, ici, n'est rien d'autre qu'une technique pro-active visant essentiellement à identifier les terroristes. L'intervention d'une autorité administrative indépendante se révèle d'autant plus problématique que les juges européens ne tolèrent les imprécisions relatives aux interceptions de communication qu'à la condition qu'une autorisation judiciaire préalable soit prévue¹⁵. Notons, en outre, que les mesures sont justifiées par la *dangerosité* d'un individu, et non par le *soupçon*; critère aléatoire qui pourrait être invalidé par la Cour de Justice de l'Union européenne au regard de sa précédente prise de position¹⁶. Alors certes, objectera-t-on encore, un

¹¹ CSI, art. L 851-4. Un individu peut, notamment, être localisé grâce à ses connexions ou lors de ses déplacements par l'activation des antennes de téléphonie mobile.

¹² CSI, art. L811-3.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Cons. const., 23 juill. 2015, précit.

¹⁵ CEDH, 5 décembre 2015, req. n° 47143/06, *Zakharov c/ Russie*.

¹⁶ CJUE, 8 avr. 2014; *Association Digital rights Ireland Ltd et affaire Mickaël Seitlinger*. La Cour invalide un dispositif de conservation des données de connexion d'abonnés au motif que l'ingérence dans la vie privée n'était pas précisément encadrée ni strictement nécessaire, aucun indice ne permettant de penser que le comportement d'un individu « *puisse avoir un lien, même direct ou incertain, avec des infractions graves* », ce qui fait donc référence au soupçon.

contrôle juridictionnel s'organise *a posteriori*, devant le Conseil d'État. Mais il s'agit-là d'un contrôle de type dérogatoire. Le requérant, et son conseil entendu séparément, n'auront notamment jamais accès à l'intégralité des pièces du dossier - à la différence du juge, des services de l'État et de la Commission. Un huis-clos est en outre possible, au mépris du principe de publicité¹⁷. Plus encore, le juge n'est pas obligé, en cas d'irrégularité constatée, d'ordonner la destruction des renseignements, cela au mépris de la position de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle subordonne l'efficacité du recours à la destruction d'enregistrements litigieux¹⁸. Un rapport parlementaire ne manquait pas, à cet égard, d'évoquer un « *risque permanent* » de condamnation de la France par la Cour de Strasbourg¹⁹.

À défaut de garanties suffisantes, la lecture de ces différentes techniques de contrôle préventif rend nécessairement sceptique. La loi du 3 juin 2016 ne laisse guère plus optimiste, si ce n'est que la difficulté liée à la compétence de l'autorité administrative semble avoir été appréhendée. Ainsi, autant le projet de réforme envisageait d'offrir au préfet, en cas de menace terroriste, le pouvoir d'ordonner les forces de l'ordre à visiter les véhicules et à fouiller les bagages aux abords de lieux sensibles - brouillant les pistes des compétences de police administrative et judiciaire -, autant le Conseil d'Etat argua de la nécessité de s'en remettre au contrôle non pas du préfet mais du procureur. L'argument, sur ce point, sera entendu.

La loi nouvelle prévoit, en outre, un dispositif de fouilles au sein d'établissements pénitentiaires, confirmant la logique préventive d'un contrôle du potentiel délinquant dangereux. Notons, enfin, toute une série de dispositions de nature à lutter contre le financement du terrorisme, et ce, en conformité avec les objectifs affichés de la Commission européenne²⁰. La cellule TRACFIN, notamment, a désormais la possibilité de désigner aux établissements financiers les personnes ou les opérations qui présentent un risque de financement de terrorisme, les obligeant à une vigilance accrue.

Par la suite, la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 poursuit le mouvement, en introduisant dans le droit commun la mesure de « visites et de sécurité intérieure »²¹. Dans le prolongement de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, l'initiative des opérations est confiée à l'autorité préfectorale, la différence tenant toutefois à l'obligation pour cette dernière de saisir le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Paris, dont l'autorisation de ce magistrat du siège est requise tant pour la visite que pour la saisie des documents, objets ou données susceptibles d'être appréhendés, et doit précéder de l'avis du procureur de la République de Paris ayant reçu tous les éléments relatifs à ces opérations. Cette mesure ainsi introduite peut être perçue comme la pérennisation des perquisitions administratives réalisées dans le cadre de l'état d'urgence et le signe manifeste d'une confluence entre police administrative et police judiciaire. Deux éléments viennent au soutien de cette réflexion. D'abord, ces opérations de sécurité intérieure bénéficient d'un champ d'application très redondant avec celui des perquisitions judiciaires, bien qu'il ait été annoncé, lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 30 octobre

¹⁷ Lorsqu'est en jeu le secret de défense nationale.

¹⁸ CEDH, 3 février 2015, req. n° 30181/05, *Pruteanu c. / Roumanie*.

¹⁹ J.-J. Urvoas et P. Verchère, Rapport d'information n° 1022 déposé par la commission des lois (...) en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement, Assemblée nationale, 14 mai 2013, p. 13 et s. Sur ce point, v. C. Lazerges, « Politique criminelle, renseignements et droits de l'homme », *RSC* 2015, p. 761.

²⁰ La Commission européenne a, en effet, présenté le 2 février 2016 un plan d'action en vue d'actualiser et de développer la réglementation et les outils, de renforcer les cellules de renseignement financier de l'Union européenne et de faciliter la coopération entre elles.

²¹ CSI, art. L229-1.

2017, que le dispositif prévu par le Code de la sécurité intérieure est conçu à titre « subsidiaire »²². Un champ redondant apparaît, donc, à l'examen des critères de mise en oeuvre: les mesures de visites et de saisies peuvent en effet être réalisées en présence de « *raisons sérieuses* » de penser que le comportement d'une personne constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public, en raison de mauvaises relations ou de propos de nature terroriste²³. Or, comment distinguer les « *raisons sérieuses* » des « *raisons plausibles de soupçonner* »²⁴ qu'un individu a commis ou tenté de commettre une infraction ? Les mesures de visites et de saisies de sécurité intérieure visent un lieu fréquenté par une personne dont le comportement pourrait sans doute justifier une perquisition pénale. L'objectif poursuivi par le législateur, de prévention des actes de terrorisme²⁵, n'est-il pas en effet si vaste qu'il offre une grande marge d'appréciation, et ce, d'autant plus que le Code de sécurité intérieure ne définit nullement la notion ? Ne pourrait-on pas obtenir, par la voie judiciaire, le résultat poursuivi par ces mesures de visites ? Ce croisement entre les procédures est d'autant plus manifeste que la perquisition judiciaire ne vise pas forcément le domicile du suspect, ni davantage le suspect lui-même. Il suffit que des éléments intéressant l'enquête soient susceptibles de se trouver sur le lieu de la perquisition. Comme le relève un auteur s'appuyant sur une affaire portée devant la chambre criminelle, si l'on prend l'exemple d'une perquisition dans un bar comme point de ralliement entre deux individus, dans une affaire de recel et de détention d'arme²⁶: ne pourrait-on pas, envisager, en ce cas, une visite de sécurité intérieure ? Lorsque l'on sait le développement des infractions-obstacles permettant de punir de plus en plus tôt l'acte préparatoire de l'action terroriste²⁷, qu'entendre par « *comportements constitutifs d'une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics* » qui n'inciteraient pas les autorités à ouvrir une enquête ou une instruction ? Au regard de ce qui précède, et de ce point de vue, les critères de distinction sont en définitive très poreux. Le second élément, ensuite, de nature à s'interroger sur la pertinence de la distinction entre les polices administrative et judiciaire réside

²² Sénat, Rapp. n° 629 relatif au Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (M. MERCIER), 12 juillet 2017, p. 70. Selon le rapport, l'opération de visite domiciliaire administrative peut être mise en oeuvre « *soit en cas d'impossibilité de recourir à une procédure judiciaire dans l'hypothèse ou l'indice de la menace grave et caractérisée n'est pas corroboré et émane d'une source unique* », soit parce que l'information sur la menace que représente une personne émane d'un service de renseignement étranger et ne peut, pour cette raison, être transmise à l'autorité judiciaire (les règles d'échange de renseignement impliquant l'accord du service source à toute diffusion extérieure dudit renseignement). Il s'agit donc de restreindre l'opération à une « *levée de doute* », « *lorsque les éléments sont insuffisants pour permettre une judiciarisation* ».

²³ CSI, art. L229-1: les mesures de visites et de saisies sont possibles « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes* ».

²⁴ C; proc. pén., art. 61-1 et 62-2.

²⁵ La loi prévoit en effet que les mesures de visites et de saisies, mais aussi de surveillance administrative, de fermeture de lieux de culte, peuvent être décidées « *aux seules fins de prévenir des actes de terrorisme* » (CSI, art. L227-1, L228-1, L229-1 et L-229-5, I). S'agissant des périmètres de protection instaurés, la loi réserve son utilisation à un lieu ou évènement « *exposé à un risque d'actes de terrorisme* » (CSI, art. L226-1).

²⁶ Dans cet exemple, la Cour de cassation a rappelé que la perquisition peut se réaliser indépendamment de l'existence d'indices de participation à une infraction: il suffit que des éléments intéressant l'enquête soient susceptible de se trouver à l'endroit perquisitionné (Crim., 27 janvier 1987, n° 86-83278) ; v. F. FOURMENT, « La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2018, n° 3, p. 82.

²⁷ C. pén., art. 421-1 à 421-8. V. not.: R. PARIZOT, « L'anticipation de la répression », in *Le principe de nécessité en droit pénal, actes de la journée d'études radicales*, O. CAHN et K. PARROT (dir.), Lextenso éd. 2013, p. 123 ; R. OLLARD, « Vers un droit pénal du risque ? », *Lexbase éd. privée* 2015, n° 626, p. 2 ; A. PONSEILLE, « Les infractions de prévention, argonautes de la lutte contre le terrorisme », *RDLF* 2017, chron. n° 26 ; J. ALIX, « Quelle place pour le droit pénal contre le terrorisme ? », in *Humanisme et justice, Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016 p. 429 ; P. PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *Arch. de pol. crim.*, 2016, p. 15 et O. CAHN, « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », in *ibid.*, p. 98.

dans la transformation d'un renseignement recueilli par la police administrative en une preuve produite dans une procédure pénale. Si la mesure de visite de sécurité intérieure révèle en effet une infraction, alors l'officier de police judiciaire doit dresser un procès-verbal et peut procéder à toute saisie utile²⁸. Les éléments saisis sont donc à la fois des renseignements et des preuves. L'article 811-2, alinéa 3, du Code de la sécurité intérieure, quant à lui, renvoie à l'article 40 du Code de procédure pénale selon lequel un fonctionnaire qui acquiert la connaissance d'une infraction doit en informer le procureur de la République²⁹. L'information recueillie à titre de renseignement peut ainsi se retrouver dans un dossier pénal. L'articulation des polices permet de glisser véritablement du renseignement vers la preuve pénale en vue d'établir des faits devant le juge judiciaire: le renseignement devient une « pré-preuve »³⁰. Sachant que cette pré-preuve peut comporter des indices de suspicion ouvrant la voie à la réalisation d'actes coercitifs ou intrusifs d'enquête ou d'instruction. Quel serait d'ailleurs l'intérêt de la mesure de visite et de saisie si celle-ci n'aboutissait pas rapidement à des interpellations, gardes à vue, mises en examen et condamnations ? Sous le régime de l'état d'urgence, plusieurs rapports ont démontré l'utilité des perquisitions administratives, ayant permis, d'une part, d'avoir accès à des informations qu'il n'aurait pas été possible de recueillir dans le cadre des procédures judiciaires et, d'autre part, de mettre en oeuvre par la suite des procédures judiciaires³¹. Au-delà de ces exemples, la chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît elle-même cette exploitation judiciaire du renseignement collecté dans un arrêté en date du 6 octobre 2015 : le procès-verbal consignait le renseignement est dépourvu de force probante mais est destiné à permettre des investigations ultérieures³². Deux années plus tard, 19 septembre 2017, la chambre criminelle, tout en rappelant que les renseignements ne constituent pas des actes de police judiciaire, affirme que ces éléments peuvent servir à guider d'éventuels actes d'investigations mais également de preuve de culpabilité à la double condition d'être débattus contradictoirement et de ne pas constituer le fondement exclusif de culpabilité³³.

Les nouvelles lois de police administrative représentent en définitive « l'antichambre de la procédure pénale »³⁴, au détriment des exigences de prévisibilité et d'accessibilité de la loi. Le critère finaliste de la distinction entre police administrative et judiciaire apparaît dépassé, voire dangereux lorsqu'il conduit à évincer le contrôle judiciaire. Doit-on alors nettement distinguer, par des critères tangibles et grâce à des agents appartenant à des corps distincts, l'information recueillie

²⁸ CSI, art. L229-2: l'officier de police judiciaire en informe sans délai le procureur de la République territorialement compétent, ce qui permettra l'ouverture incidente d'une procédure judiciaire. Dans le même ordre d'idées, si l'exploitation ou l'examen des données conduit à la constatation d'une infraction, ces dernières sont conservées selon les règles applicables en matière de procédure pénale (CSI, art. L 229-5). Les mêmes données saisies, au cours de la même procédure, font ainsi l'objet d'un traitement judiciaire distinct du traitement administratif.

²⁹ É. VERNY, « Du renseignement à la preuve pénale », in *Les transformations de la preuve pénale, Actes du Congrès de l'AFDP 2017*, précit., p. 155 ; F. FOURMENT, « La loi « Renseignement », le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », *Gaz. Pal.* 26 janvier 2016, dossier « Le renseignement dans un dossier pénal », p. 637.

³⁰ V. É. VERGÈS, « La procédure pénale au temps des confluences. À propos des visites domiciliaires et saisies instituées par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2018, p. 153.

³¹ Rapp. Ass. Nat. com. enquête n° 3922 relatif aux moyens mis en oeuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015 (S. PIETRASANTA), 5 juillet 2016, p. 264-265 ; Rapp. Ass. Nat. n° 4281 d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence (D. RAIMBOURG et J.-F. POISSON), 6 décembre 2016, p. 119.

³² Crim., 6 octobre 2015, n° 15-82247 (à propos d'un renseignement fourni par une personne désirant conserver l'anonymat), *D.* 2016, p. 1727, note J. PRADEL.

³³ Crim., 19 septembre 2017, n° 17-82317, *D.* 2018, p. 155, note T. HERRAN ; *AJ pén.* 2017, p. 507, note G. ROUSSEL.

³⁴ T. HERRAN, « L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2018, n° 3, p. 66 ; M. TOULLIER, « La loi sur le renseignement traduit-elle l'émergence d'une procédure para-pénale ? », in *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?* précit., p. 159 ; G. BEAUSSONNIE, « Chronique législative. Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017, n° 4, p. 777.

à titre de renseignement et celle recueillie à des fins probatoires ? C'est toute la difficulté, sachant que la base de ces actes demeure la même : des faits, qui seront qualifiés tantôt de menaces pour la sécurité et l'ordre public, tantôt d'infractions³⁵.

À ce mécanisme s'ajoutent la possibilité pour le préfet d'instaurer, pour une durée maximale d'un mois, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé³⁶ : il s'agit par là de viser des lieux ou événements exposés à un risque d'actes de terrorisme en raison de leur nature et de l'ampleur de la fréquentation. L'arrêté préfectoral doit, à cette fin, mentionner les informations justifiant le périmètre de protection, lesquelles doivent être nécessaires et proportionnées au regard des circonstances et des impératifs liés à la vie privée, professionnelle et familiale de la population concernée. Sa durée de validité sera limitée à un mois, sous réserve de la possibilité pour le préfet de renouveler l'arrêté au-delà si les circonstances le justifiant continuent d'être réunies. Au titre des évolutions apportées par la loi de 2017, il est encore possible de mentionner l'extension du champ d'application des contrôles d'identité, les forces de l'ordre pouvant les pratiquer aux abords des gares internationales pour la recherche et la prévention des infractions liées à la criminalité transfrontalière. L'article 78-2 du Code de procédure pénale, alinéa 10, prévoit en effet la mise en oeuvre de ces contrôles, pour une durée de douze heures consécutives dans un même lieu, dans un rayon de dix kilomètres autour de certains ports et aéroports accueillant du trafic international, désignés par arrêté en raison de l'importance de leur fréquentation et de leur vulnérabilité. Dans le même ordre d'idées, aux fins de prévention, le Code de la sécurité intérieure prévoit désormais la possibilité, prévue déjà par l'article 8 de la loi précitée relative à l'état d'urgence, pour le ministre de l'Intérieur ou au préfet, selon les cas, d'ordonner la fermeture provisoire pour une durée maximale de six mois des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes³⁷. Là encore, la durée de la fermeture administrative ordonnée par le préfet doit être proportionnée aux circonstances qui ont justifié sa mise en oeuvre. La décision du préfet doit en outre faire suite à une procédure contradictoire et est assortie d'un délai d'exécution de quarante-huit heures, afin de permettre aux intéressés d'agir en référé devant le juge administratif.

Contrôler, prévenir, tels sont ainsi les objectifs premiers de ces dispositifs de lutte antiterroriste.

Mais la menace grandit. Il ne s'agit plus seulement de surveiller - ou veiller sur - l'individu, mais bien de le maîtriser.

B. Maîtriser

L'autre versant de ce dispositif de « surveillance préventive » révèle une logique similaire d'exception, sinon de confusion, du régime instauré. L'analyse de différents mécanismes procéduraux permet de s'en assurer. Le premier d'entre eux a pour objectif la maîtrise des risques de propagande. Depuis la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, il est acquis que les fournisseurs d'accès et les hébergeurs n'ont pas à surveiller les informations qu'ils transmettent ou qu'ils stockent. Or, par exception, leur concours est requis pour un certain nombre d'infractions, au rang desquelles figure, depuis la loi du 13 novembre 2014, la lutte contre la provocation à la commission d'acte de terrorisme et leur apologie. Les fournisseurs d'accès à

³⁵ V. M. LACAZE, « La dualité juridictionnelle française, instrument de la lutte contre le terrorisme », in *Les politiques criminelles antiterroristes en Europe*, M. LACAZE et A. GORGOZA (dir.), Les colloques de l'ISJC 2017, n° 1, p. 99.

³⁶ CSI, art. L. 226-1.

³⁷ art. L. 227-1 et L. 227-2.

internet et les hébergeurs sont ainsi soumis à une triple obligation de vigilance en matière terroriste : mettre en place un dispositif permettant à toute personne de signaler l'existence de sites internet appelant à la commission de ces infractions ; en cas de signalement, en informer le plus rapidement possible les pouvoirs publics ; puis rendre publics les moyens consacrés à cette lutte. La maîtrise résulte de la possibilité pour l'autorité administrative - la Direction générale de la police nationale, office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication - de demander aux fournisseurs de bloquer l'accès aux sites concernés. Le processus fonctionne en deux temps. L'autorité demande, d'abord, aux hébergeurs de retirer les contenus illicites, puis en informe les fournisseurs d'accès. Si, dans les 24 heures, les contenus n'ont pas été retirés, l'autorité notifie aux fournisseurs la liste des adresses électroniques internet contrevenantes aux fins de blocage immédiat. En parallèle, elle transmet les demandes de retrait et la liste des adresses électroniques en cause à la CNIL. Si celle-ci constate une irrégularité, elle pourra demander à l'autorité administrative de mettre fin à la mesure. Si sa recommandation n'est pas suivie, elle saisira, alors, le juge administratif. L'autorité est en outre habilitée à demander aux moteurs de recherche le déréférencement des sites prônant le terrorisme afin de les rendre invisibles sur la toile. Si ce dispositif, pris dans son ensemble, vise assurément à maîtriser le risque terroriste, l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire, l'intervention *a posteriori* du juge administratif, révèlent toute l'ambivalence de la politique de lutte antiterroriste, à la croisée des polices judiciaire et administrative.

L'autre moyen mis au place au service d'une lutte préventive consiste à maîtriser les flux terroristes. Deux dispositifs retiendront, à cet égard, notre attention. L'interdiction de sortie de territoire, tout d'abord, créée par la loi du 13 novembre 2014, sur la base de la dangerosité d'un individu français s'il existe des raisons sérieuses de penser que celui-ci projette des déplacements à l'étranger en vue de participer à des activités terroristes ou sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de laisser planer le risque d'un acte terroriste à son retour³⁸. Concrètement, il s'agit de lutter contre le départ de français pour le Djihad. Là encore, l'autorité de contrôle est de nature administrative : le Ministre de l'Intérieur prononce l'interdiction. L'intéressé devra remettre son passeport et sa carte d'identité, sachant que tout refus constitue un délit, comme le fait également de quitter ou de tenter de quitter le territoire. Ce dispositif fut beaucoup décrié, notamment au regard de l'article 2.2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne, lequel prévoit que « toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y-compris le sien ». La Cour de Strasbourg a en outre pu juger que la mesure par laquelle un individu se trouve dépossédé d'un document de voyage, tel un passeport, s'analyse en une ingérence dans l'exercice de la liberté de circuler³⁹. Cela étant, l'article 2.3 admet des restrictions au nom d'impératifs, notamment, de sécurité nationale ; de ce point de vue, la difficulté peut donc être résorbée, cela d'autant plus que la durée prévue se trouve limitée, de six mois à deux ans. En réalité, la faiblesse du dispositif naît, une nouvelle fois, de l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire et du choix de l'autorité administrative - le Ministre de l'intérieur -, pour prononcer la mesure. Certes, la décision du Ministre peut être déférée au juge administratif. Il faut toutefois avoir à l'esprit que l'interdiction posée s'envisage comme une atteinte non seulement à la liberté individuelle mais, en outre, à la présomption d'innocence. Un juge du siège indépendant, tel que le juge des libertés et de la détention, aurait toute légitimité, si ce n'est pour prononcer la mesure, au moins, pour la contrôler *a posteriori*. L'autre lacune résulte de l'absence de débat contradictoire *a priori* : rien ne permet en effet, dans ce cadre, à la personne se défendre, alors même que la procédure instaure une présomption de culpabilité. Certes, un débat *a posteriori* est prévu devant le Ministre, mais seulement huit jours après la notification de la décision. Pourquoi différer ainsi les droits de la

³⁸ CSI, art. L224-1. Sur ce point, v. A. Cappello, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *AJ pén.* 2014, p. 560 ; Y. Mayaud, « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion ! », *JCP G* 2016, n° 12, 344.

³⁹ CEDH, 22 mai 2001, req. n° 33592/96, *Baumann c. / France*, §62.

défense ? *Quid si, in fine*, l'individu n'avait nulle intention de participer à des activités terroristes ? La mesure instaurée relève de la police administrative au mépris d'une certaine cohérence et des libertés tant la procédure contient, en elle-même, une forme de poursuites anticipées - anticipation sur la base de présomptions de dangerosité, avec tous les risques d'abus que cela comporte.

Le second dispositif qui nous intéresse tient à la possibilité pour un européen, en sens inverse, de faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence constituerait, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. En dehors des zones européennes, un étranger peut aussi bien être interdit du territoire lorsque sa présence en France constituerait une menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de France⁴⁰. Comme pour le dispositif précédent, ces interdictions administratives font l'objet d'une décision écrite et motivée du Ministre de l'Intérieur. Très logiquement, les réserves émises sont en réalité similaires. D'abord, la procédure n'est pas contradictoire. Ensuite, la motivation de la décision peut être écartée lorsque des considérations relevant de la sûreté sont en jeu⁴¹, ce qui est par définition le cas en matière de terrorisme. L'étranger n'a en outre la possibilité de demander l'abrogation de l'interdiction que dans le délai d'un an à compter du prononcé de l'interdiction, sachant que « *le silence gardé pendant plus de quatre mois sur la demande de levée vaut décision de rejet* »⁴². Le dispositif interpelle, une fois de plus, quant aux coups portés aux principes fondamentaux de procédure - motivation, recours effectif, et contrôle de l'autorité judiciaire - , et cela, alors même qu'une liberté se trouve en jeu.

Il faut préciser que ces deux dispositifs d'interdictions liées au territoire seraient inefficaces s'il n'était pas possible de surveiller les flux migratoires. C'est la raison pour laquelle a été créé, en vue principalement de lutter contre le terrorisme, un mécanisme, dénommé API-PNR, de traitement des données d'enregistrement à destination et en provenance de France⁴³. Il s'agit de traiter le recueil et la transmission, par les transporteurs aériens, des données d'enregistrement relatives aux passagers des vols à destination et en provenance du territoire national. Ce traitement est confié à l'Unité Information Passagers (UIP) rattachée au Ministre des Douanes⁴⁴ et complète le système SEATRADER couvrant les déplacements à partir et à destination des Etats hors Union européenne.

La loi du 3 juin 2016 conforte, quant à elle, la logique, créant deux dispositifs assez polémiques en ce qu'ils évincent, une nouvelle fois, le juge judiciaire. Le premier d'entre eux consiste en une retenue pour vérification de situation administrative⁴⁵. Toute personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une vérification d'identité pourra être retenue sur place ou dans un local de police pour une durée de quatre heures, s'il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement est lié à des activités terroristes, ou qu'elle est en relation avec une personne ayant un tel comportement. Il s'agit d'une mesure de police administrative, sans audition, qui vise à démanteler des réseaux terroristes et à instaurer un suivi de la personne, par la pose, pourquoi pas, d'une balise sur son véhicule ou encore par le choix d'une interdiction de sortie du territoire.

Une mesure de police administrative, donc, et pourtant. *Quid si* des soupçons apparaissent au cours de cette retenue ? L'affirmation, au fil de la navette parlementaire, de droits de la défense témoigne bien, d'ailleurs, de l'ambivalence de la mesure. Comme pour la garde à vue et l'audition libre, la personne a en effet le droit d'être informée du fondement légal et de la durée de la mesure ;

⁴⁰ Ceseda, art. L 214-1.

⁴¹ CSI, art. L214-3.

⁴² CSI, art. L214-5.

⁴³ CSI, art. R 232-12 s. Il s'agit d'informations allant de l'identité à l'information sur les bagages en passant par « tout renseignement préalable sur les passages qui a été collecté ».

⁴⁴ CSI, art. R232-13.

⁴⁵ C. proc. pén., art. 78-3-1.

de faire prévenir un proche et son employeur. Plus encore, elle doit être informée du droit de se taire tout en étant prévenue, paradoxalement, qu'il ne s'agit pas d'une audition. Le procureur, lui, doit être averti sans délai et peut mettre fin à la mesure à tout moment. Toute une série d'incohérences, en somme, qui en dit bien long sur la finalité recherchée. Nous sommes sur le fil : l'individu n'est pas suspect - ou alors à l'état embryonnaire - et la différence est infime. D'un côté, des soupçons laissant penser qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction justifient une garde à vue ; de l'autre, des « *raisons sérieuses* » (mais lesquelles ?) ne permettent, qu'une simple retenue. La confusion est latente mais l'enjeu crucial : la personne objet d'une retenue ne bénéficie, pas, elle, du droit à l'assistance d'un avocat. En l'état, le dispositif soulève trois questions. Comment, d'abord, distinguer « l'embryon » de soupçons (c'est-à-dire les « *raisons sérieuses* ») du soupçon lui-même - cela d'autant plus que la loi définit très largement les infractions à caractère terroriste et que le soupçon naît de plus en plus tôt ? Comment éviter, dès lors, les détournements de procédure ? Un officier de police judiciaire pourrait en effet être tenté de feindre ne ne pas soupçonner l'individu pour le priver d'un avocat. Le texte adopté, enfin, est-il conforme aux normes européennes, lorsque l'on sait que l'article 5 de la Convention n'envisage pas la privation de liberté en vue de recueillir des renseignements ? Quant au contrôle de la mesure, (supprimer enfin), il est permis une nouvelle fois de suggérer de soumettre cette procédure au regard d'un juge externe, tiers et indépendant, que pourrait être le juge des libertés et de la détention. Lorsque l'on connaît, en effet, l'ambivalence inhérente au statut du Ministère public⁴⁶, l'on peut douter de l'opportunité de ce que le législateur a cru être une garantie suffisante. La mesure intrigue et, sauf à éluder les droits de la défense, son intérêt apparaît bien faible dès lors que l'individu sera dans les faits, très vraisemblablement, placé en garde à vue.

La seconde mesure visée par la loi du 3 juin 2016 tient à la prévision d'un « contrôle administratif des retours sur le territoire national », sur la base de raisons sérieuses de penser qu'une personne s'est rendue ou a manifesté l'intention de se rendre sur des théâtres d'opérations terroristes. Pareille mesure fait écho à l'état d'urgence et à la possibilité pour le Ministre de prononcer des assignations à résidence : la logique est exactement la même, et le dispositif semble à cet égard être récupéré par le droit commun. Il s'agit de surveiller une personne revenant, par exemple, d'Irak ou de Syrie, ou simplement soupçonnée de vouloir s'y rendre. Le Ministre de l'Intérieur a la possibilité d'assigner l'individu à son domicile, pour une durée d'un mois ; de l'obliger, également, à se présenter régulièrement aux services de police et de gendarmerie, ou encore de lui interdire d'être en relation avec certaines personnes. La violation de ces contraintes constitue un délit - on se demande, du reste, si l'infraction ne se confond pas avec celle de l'association de malfaiteurs ou d'entreprise individuelle terroriste. Le contrôle instauré semble-t-il convenir ? Certes, le Ministre rend une décision motivée, et la personne peut présenter ses observations, à l'aide d'un conseil ou d'un représentant, dans un délai de huit jours à compter de la décision. Mais est-ce suffisant pour compenser l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire ? La critique se confond, de ce point de vue, avec celle émise à propos de l'interdiction de sortie du territoire. Pourquoi évincer le juge du siège ? Cela est d'autant plus ennuyeux que la Cour européenne estime que les assignations à résidence peuvent constituer une privation de liberté, en fonction d'indices tels que la durée de la mesure, ses modalités d'exécution⁴⁷. Il n'est pas exclu qu'au regard des contraintes prévues, elle sanctionne la procédure, d'autant qu'à la différence des mécanismes prévus dans le cadre de l'état d'urgence, la technique nouvelle, elle, s'inscrit dans le temps.

⁴⁶ V. not.: CEDH, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, *Medvedyev et a. c/ France*. Les juges européens ont considéré que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens que la Cour donne à cette notion.

⁴⁷ La Cour a ainsi qualifié de mesure privative de liberté une assignation d'une durée de neuf heures par jour, assortie d'une obligation d'autorisation pour téléphoner et un signalement biquotidien aux autorités, et prononcée pour une durée de trois ans (CEDH, *Guzzardi c/ Italie*, 6 novembre 1980).

Contrôler, maîtriser donc. L'objectif est louable mais l'entreprise douteuse. Le retour au droit pénal commun ne signifie pas qu'il faille exclure catégoriquement l'autorité administrative ; la nuance est de mise. Et pourtant, à menace grandissante, mesures imposantes et contrôle ajusté : la sécurité n'a le prix de la liberté que si celle-ci est dûment protégée. Il n'est pas sûr, en l'état, que ce soit véritablement le cas.

II. Punir

Que Michel Foucault nous regarde : il verrait le droit pénal se colorer avec audace d'une logique répressive à des fins préventives. Le droit pénal n'attend plus, le droit pénal anticipe, le droit pénal agit. *Anticiper* et *agir* : punir, autrement dit, avant même que l'acte ne soit réalisé (A) ; agir, une fois que « le mal est fait » (B).

A. Anticiper

La lutte contre le terrorisme est nécessairement une affaire d'incriminations. Il s'agit pour le législateur de saisir les réalités et de leur attribuer des qualifications juridiques adaptées. La mutation de la politique criminelle antiterroriste - de la réaction vers la prévention - est une caractéristique majeure du droit pénal français depuis plus de vingt ans⁴⁸. Ce glissement préventif s'est réalisé au lendemain des attentats commis à Paris au cours de l'année 1995. Depuis lors, les incriminations n'auront de cesse de se multiplier. L'infraction terroriste a ceci de particulier de ne pas être, à l'origine, une infraction autonome. A l'exception du terrorisme écologique⁴⁹, la technique législative reposait en effet initialement sur la qualification d'une circonstance aggravante, et c'est alors sur la base des infractions de droit commun - commises en vue de troubler l'ordre public par l'intimidation et la terreur - que s'est forgé le droit pénal antiterroriste. Or, à partir de la loi du 22 juillet 1996, des infractions autonomes se sont développées pour parfaire la répression, prenant la forme d'infractions de soutiens matériel et humain au terrorisme (infractions à la législation sur les armes, recels, délits d'initiés, blanchiment, financement du terrorisme, terrorisme par non-justification de ressources, recel de malfaiteurs, participation aux groupes de combats et mouvements dissous, participation à une association de malfaiteurs en vue d'une infraction terroriste, recrutement en vue de participer à un groupement terroriste ou de commettre un acte terroriste). La loi pénale s'envisage désormais comme un outil d'anticipation permettant à la répression de s'exprimer avant même que toute action ne soit commise⁵⁰, l'idée étant d'aller le plus en amont dans l'*iter criminis*. Or, la neutralisation du risque terroriste par le droit pénal n'est pas anodine, tant elle se réalise, parfois, au mépris des principes de légalité, de nécessité mais également de présomption d'innocence.

Deux exemples sont particulièrement symptomatiques de cette évolution. Le fameux délit d'entreprise terroriste individuelle, tout d'abord, créé par la loi du 13 novembre 2014 en vue d'anticiper les difficultés nées de personnes, totalement isolées, qui dressent des plans pour commettre un acte terroriste⁵¹. L'incrimination vise des individus qui réalisent, par exemple, des repérages, achètent des livres ou consultent des sites expliquant le processus de fabrication d'explosifs, pré-rédigent les communiqués en vue de les diffuser après l'attentat, ou encore suivent une formation idéologique à l'étranger ou une formation au maniement des armes à l'étranger.

⁴⁸ Sur ce point, v. J. Alix, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014, p. 849. V. également: N. Catelan, « Lutte contre le terrorisme », *RSC* 2015, p. 425 ; Y. Mayaud, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ pén.* 2013, p. 442 ; P. Beauvais, « La nouvelle surveillance pénale », *Humanisme et Justice, Mélanges dédiés à Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 259.

⁴⁹ C. pén., art. 421-2.

⁵⁰ J. Alix, *op. cit.*

⁵¹ C. pén., art. 421-2-6.

L'acte terroriste n'est pas encore réalisé, il s'agit de punir celui qui le projette. Cette infraction, obstacle, est particulièrement complexe, et suppose deux actes punissables, l'un obligatoire, l'autre alternatif. Le premier, d'abord : il s'agit de détenir, se procurer, fabriquer, ou rechercher des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui. Le second, ensuite, alternatif : l'individu doit recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes (renseignements permettant de commettre des actions dans ces lieux ou contre ces personnes) ou surveiller ces lieux ou ces personnes ; ou s'entraîner ou se former au maniement des armes ou au combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; ou consulter de façon habituelle des sites internet ou détenir des documents provoquant directement au terrorisme ou en faisant l'apologie du terrorisme ou détenir des documents ; ou avoir séjourné sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes à l'étranger. Il faut, en outre, démontrer un contexte terroriste, en prouvant que « la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». La structure particulièrement renforcée de cette infraction démontre bien l'aporie du droit pénal classique face au terrorisme et l'insuffisance de la responsabilité fondée sur la commission d'un acte matériel en connaissance de cause. L'intrusion ainsi réalisée du droit dans les résolutions criminelles se réalise malheureusement au mépris des principes les plus fondamentaux en la matière. Que l'on s'interroge alors : comment prouver l'élément intentionnel en dehors d'un commencement d'exécution, sinon en se fondant sur les actes préparatoires eux-mêmes⁵² ? Le législateur ne s'en cache pas et assume : la technique est clairement dérogoire et l'anticipation devient la clef de lecture de la répression -d'aucuns évoqueront une « dilataion de la responsabilité pénale »⁵³. A cela, encore faut-il ajouter deux précisions. Bien évidemment, ce délit renforce l'importance des éléments recueillis par les services de renseignements, dont l'activité se trouve de la sorte presque légitimée. Surtout, l'anticipation sert en réalité moins la répression que l'enquête: le soupçon permettra en effet d'enquêter sur des individus en amont de leur passage à l'acte, grâce aux nombreux moyens coercitifs attachés à la lutte contre le terrorisme.

L'autre exemple consiste, depuis la loi du 13 novembre 2014, à avoir déplacé les délits d'apologie et de provocation au terrorisme de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse vers le Code pénal⁵⁴. Il s'est agi de réprimer spécifiquement le « Djihad médiatique » théorisé il y a plusieurs années et lié aux activités de recrutement et de propagande sur internet⁵⁵. Le Code pénal punit ainsi le « fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes ». La provocation ne requiert plus la condition de publicité exigée auparavant par la loi de 1881, et il n'est désormais nul fait état des moyens utilisés pour la commettre⁵⁶. En réalité, l'objectif - non dissimulé - vise à permettre la mise en oeuvre, à l'encontre des auteurs de ces infractions, d'un régime procédural davantage rigoureux. Il est en effet désormais possible de recourir aux procédures de droit commun telles que les saisies, la procédure de comparution immédiate, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou la détention provisoire, interdites en matière de presse. De même, la prescription abrégée est évincée au profit de celle de droit commun. Sont en outre dorénavant autorisées toutes les mesures exceptionnelles d'investigation réservées à la lutte contre la criminalité organisée : compétence du pôle

⁵² En ce sens, v. C. Mauro, « Une nouvelle loi contre le terrorisme: quelles innovations ? », *JCP G* 2014, n° 48, 1204.

⁵³ R. Parizot, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010.

⁵⁴ C. pén., art. 421-2-5.

⁵⁵ Sur ce point, v. not. C. Henriet, « Entrée en vigueur du nouveau dispositif de lutte anti-terroriste », *Dr. pén.* 2014, n° 12, ét. n° 2 ; H. Roudi, « La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions ? », *AJ. pén.* 2014, p. 556.

⁵⁶ Discours publics, écrits ou images, affiches exposées au regard du public, ou tout moyen de communication au public par voie électronique: le texte actuel ne précise aucun mode particulier de réalisation des infractions.

antiterroriste, infiltrations, interceptions de télécommunications, sonorisations et captation de données informatiques, à l'exception, toutefois, de la garde à vue et des perquisitions dérogoires.

Cette évolution, sensible, appelle plusieurs remarques. Faut-il y voir, tout d'abord, la création d'un délit d'opinion ? Le législateur s'en défend. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, envisage l'apologie du terrorisme comme une restriction à la liberté d'expression, justifiée toutefois lorsqu'elle s'avère « *nécessaire dans une société démocratique* »⁵⁷. Ensuite, et surtout, la loi prévoit une aggravation des peines lorsque les faits sont commis par le biais d'internet⁵⁸, au mépris du principe d'égalité. Comprenons : l'animateur d'un blog djihadiste serait ainsi, par exemple, puni plus sévèrement qu'un représentant d'une organisation terroriste s'exprimant sur une chaîne grand public⁵⁹, comme put le faire, à l'époque, Carlos⁶⁰ ? A quel titre ? En tout état de cause, il s'agit bien, à travers une telle évolution, d'enrayer le phénomène terroriste à sa source et d'annihiler toute forme de radicalisation pour mieux éviter des comportements plus graves.

La loi du 3 juin 2016 confirme la logique en créant, notamment, un délit de consultation habituelle de sites terroristes⁶¹ (lequel sera réintroduit par la loi du 28 février 2017, suite à une censure du Conseil constitutionnel⁶²) ou encore de trafic de biens culturels provenant d'un théâtre d'opérations terroristes. Ces innovations participent assurément d'une entreprise sincère de lutte contre le terrorisme. La mosaïque législative dont il est fait état empêche toutefois d'identifier clairement un critère de qualification. La matière, prolix, s'étoffe dès lors au prix d'une certaine confusion, sans compter le risque de redondances de qualifications.

Mais comment réagir, encore, face à l'acte, ou au soupçon d'acte, terroriste ? Il n'est plus question d'anticiper mais bien d'agir, par le biais d'un régime répressif résolument dérogoire.

B. Agir

Une fois l'infraction suspectée, les autorités publiques doivent pouvoir mettre en oeuvre des moyens efficaces, de nature à assurer les poursuites et la répression. Deux types de régimes dérogoires sont prévus à cet égard.

Les investigations et les poursuites, d'abord, se trouvent renforcées par le biais de mesures d'exception. Cela passe, avant tout, par une compétence spéciale dévolue au TGI de Paris, doté d'un pôle dédié à la lutte contre le terrorisme. Cela passe, encore, par une application de la loi dérogoire aux principes d'applications de la loi dans l'espace, s'agissant des infractions terroristes commises par un français à l'étranger⁶³. Concrètement, sont visés par-là des français partant à l'étranger se former au Djihad : des poursuites pourront être engagées en France, alors même qu'ils n'auront commis aucun acte sur notre territoire. La réponse du droit pénal est d'autant plus forte, sur ce point, que les pays qui tolèrent les camps d'entraînement sont rarement ceux qui répondent à l'exigence de réciprocité d'incrimination ou qui dénoncent officiellement les faits, comme cela est en principe requis. La loi du 3 juin 2016 poursuit la logique, en créant un article 113-2-1 au sein du

⁵⁷ CEDH, 2 octobre 2008, req. n° 36109/03, *Leroy c./France*.

⁵⁸ Ces faits sont toujours punis de 5 ans d'emprisonnement mais l'amende passe de 45 000 à 75 000 euros d'amende. Enfin, les peines peuvent être portées à 7 ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende si les faits ont été commis au moyen de l'internet.

⁵⁹ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, 25 sept. 2014, §25.

⁶⁰ Paris, 28 mars 2007 : arrêt mentionné dans le *Rép. pén. Dalloz*, v° Cybercriminalité (F. Chopin), 2013, §152.

⁶¹ C. pén., art. 421-2-5-2.

⁶² Cons. const., 10 février 2017, déc. n° 2016-611 QPC.

⁶³ C. pén., art. 113-13.

Code pénal selon lequel tout crime ou délit réalisé par le biais d'internet qui sera tenté ou commis au préjudice d'une personne résidant en France sera réputé commis en France.

Mais, peut-être plus que tout autre dispositif, l'exemple le plus manifeste de mesures dérogatoires tient aux techniques coercitives, et intrinsèquement déloyales d'ailleurs, dont s'enrichit le Code de procédure pénale depuis la loi du 9 mars 2004 en matière de criminalité organisée. Garde à vue prolongée et report des droits de la défense, perquisitions de nuit, sonorisations et fixations d'images de lieux ou de véhicules, écoutes téléphoniques, infiltrations : autant de moyens coercitifs qui confortent la porosité des enquêtes et de l'instruction. L'on songe également à la possibilité, depuis la loi du 13 novembre 2014, de réaliser des perquisitions informatiques à distance, ou des enquêtes sous pseudonyme pour échanger par courriel avec des personnes suspectées. La loi du 3 juin 2016, quant à elle, confirme sans ambages cette logique d'exception, en transposant des moyens jusque-là réservés aux services de renseignement, tel que l'*Imsi catcher*, désormais possible tant dans le cadre de l'instruction que celui de l'enquête grâce à l'autorisation du juge des libertés et de la détention⁶⁴. Le législateur va plus loin encore, permettant au procureur, en cas d'urgence, de s'affranchir de l'accord du juge du siège. La référence à « l'urgence », du reste, suscitera réflexion tant elle se banalise - on se souvient d'une entreprise législative similaire dans le cadre de la technique de géolocalisation consacrée par la loi du 28 mars 2014, laquelle justifie au nom de l'urgence l'absence d'un contrôle *a priori* de l'autorité judiciaire⁶⁵. Dans le même ordre d'idées, le législateur de 2016 entérine un glissement des pouvoirs d'instruction vers l'enquête de police : ainsi des sonorisations et captations, désormais autorisées dans le cadre d'une enquête ; ainsi également des perquisitions nocturnes dans des lieux d'habitation, dorénavant permises en enquête préliminaire.

L'évolution, en réalité, n'est guère nouvelle. Le tournant sécuritaire qui donnera lieu à la loi du 9 mars 2004 avait amplement marqué les esprits et posé les pierres d'un édifice répressif majeur. Faut-il s'en émouvoir ? La tendance n'est pas forcément régressive. Si l'on est probablement tenté de dénoncer l'édiction de mesures toujours plus liberticides en prétendant que notre arsenal suffit, il est toutefois possible de souligner que c'est précisément grâce aux dispositifs créés en 2004, vivement décriés à l'époque, que des investigations ont pu être menées, des attentats, parfois, être déjoués. Au fond, la question n'est pas tant de savoir quels actes réaliser que de réfléchir aux moyens de les contrôler. L'attention sera naturellement portée sur le rôle du juge judiciaire. Au demeurant, tout reste encore à faire : renforcement de la motivation des actes, contrôle en temps réel, autorisation *a priori*, recours *a posteriori* ... Le débat dépasse le champ de cette étude, et nous renverrons, sur ce point, au phénomène maintes fois commenté de la juridictionnalisation de l'enquête et à l'opportunité de repenser le rôle du magistrat du siège⁶⁶.

La seconde série de dispositifs répressifs dérogatoires tient, ensuite, à la sanction. Le législateur avait depuis longtemps déjà choisi d'aggraver les peines dans le cadre d'infractions à caractère terroriste. La loi du 3 juin 2016 poursuit l'entreprise : durcissement de la législation sur les armes, aggravation pour les crimes les plus graves et période de sûreté incompressible, suivi socio-judiciaire renforcé... Autant de tentatives pour une question sans réponse : lorsque la mort ne fait plus peur, comment envisager la peine dans le cadre de la lutte antiterroriste ? L'ambition est de taille et l'imagination requise. Robert Badinter fut le premier à avoir proposé de qualifier l'acte

⁶⁴ Sur ce point, v. not. H. Matsopoulou, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée », *JCP G* 2016, n° 25, 707 ; O. Cahn, « Réflexion désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ pén.* 2016, p. 408.

⁶⁵ C. proc. pén., art. 230-35.

⁶⁶ V. not. : *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Actes du Colloque ICSJ/ENM Bordeaux, 30 avril 2014, O. Décima (dir.), Cujas, coll. Actes et études, 2015, not., sur la question du rôle du juge du siège, P. Le Monnier de Gouville, « Quel juge pour l'enquête ? », p. 83.

terroriste de crime contre l'humanité⁶⁷. L'idée, forte, le symbole, crucial, séduisent assurément. La conséquence première serait d'isoler résolument le droit pénal antiterroriste du droit pénal commun.

C'est pour ainsi dire déjà fait. La lutte antiterroriste contamine de nombreuses règles, et la présente étude aura sans doute offert un aperçu de cette gangrène législative. Un « Code dans le Code » émerge, excroissance audacieuse qui traduit bien toute la difficulté qu'il y a à appréhender cette nouvelle forme de criminalité. L'évolution ne se réalise pas sans heurts, au mépris, parfois, de la clarté du droit pénal, de ses principes, de ses fonctions les plus élémentaires. « Surveiller plus et punir plus » ? De quoi sceller définitivement la tombe de Michel Foucault.

Des discordes sans doute, un consensus toutefois: l'analyse, complexe, du droit pénal délivre des clefs passionnantes du point de vue juridique de nature à comprendre le phénomène terroriste pour mieux s'interroger. Sinon prédire hélas, au moins anticiper.

⁶⁷ R. Badinter, « Un crime contre l'humanité », *Le nouvel observateur*, 20 sept. 2001. V. également J. Alix, « Réprimer la participation au terrorisme », précit.

Recebido em: 29/04/2020

Aprovado em: 19/05/2020